



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME ALMENAR BELENGUER, 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 32/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 20 de septiembre 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 SEPTIEMBRE DEL SERVICIO KIT ADSL, BAJO LA OPCIÓN DE FACTURACIÓN POR VOLUMEN DE DESCARGA “ADSL 12/04”, PROPUESTA POR TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U. Y DESTINADA A EMPLEADOS DE GRANDES EMPRESAS, SOCIOS Y MIEMBROS DE ASOCIACIONES EMPRESARIALES, CULTURALES Y DEPORTIVAS, ASÍ COMO ALUMNOS Y PERSONAL DOCENTE DE UNIVERSIDADES**

Expediente AEM 2005/1294

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero.** Con fecha 5 de agosto 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 realizar una promoción consistente en:

- La gratuidad de la cuota de alta y cuotas de abono mensual reducidas del servicio Kit ADSL, bajo la opción de facturación por volumen de descarga “ADSL 12/04” (ADSL Mini), en contrataciones realizadas entre los días 15 de septiembre y 15 de noviembre de 2005, ambos inclusive.
- Módem USB gratuito o módem router inalámbrico al precio de 67 euros, a elección del cliente.
- Asimismo, y con el fin de incentivar el uso del Canal On-Line de TESAU, las contrataciones del servicio realizadas a través de dicho canal incluirán un regalo, con un coste máximo de 25 euros.
- En el caso de que esta promoción sea suscrita por empleados de grandes empresas, socios y miembros de Asociaciones Empresariales, Culturales y Deportivas, así como alumnos y personal docente de Universidades y que



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

realicen la contratación a través del Canal On-Line de TESAU, el regalo asociado consistirá en la gratuidad del módem router.

**Segundo.** Con fecha 13 de septiembre de 2005 tuvo entrada en el registro de esta Comisión, escrito de TESAU en el que comunica que, finalmente, el regalo efectivo para las contrataciones realizadas a través del canal electrónico será por un valor de 4 euros, y que se traducirá en el revelado de fotos digitales.

**Tercero.** Mediante escrito del Secretario de la CMT de 19 de septiembre de 2005 fue notificado el trámite de apertura de procedimiento a TESAU.

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 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



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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.

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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 para cada uno de los casos:

- Gratuidad de la cuota de alta. 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, su coste asciende a **41,83 €** por lo que ésta será la cantidad promocionada.
- Cuota de abono mensual a 19,90 €/mes durante 6 meses, lo que supone un descuento de 10,00 € con respecto a la cuota mensual de referencia de 29,90 €/mes. Por tanto, el descuento en la cuota mensual se ha valorado a 10,00 €/mes \* 6 meses = **60,00 €**
- A elección del cliente, regalo del módem USB o módem router inalámbrico al precio de 67 €. El módem USB se ha valorado a **19,00 €<sup>1</sup>**.
- En el caso de contrataciones realizadas a través del Canal On-Line de TESAU, se incluye un regalo con un coste máximo de **4,00 €**
- En caso de contrataciones realizadas a través del Canal On-Line de TESAU por parte de empleados de grandes empresas, socios y miembros de Asociaciones Empresariales, Culturales y Deportivas, así como alumnos y personal docente de Universidades, el regalo asociado consistirá en la gratuidad del módem router que se ha valorado a **52,90 €**

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

**Importe Promoción (regalo módem USB) = 41,83 + 60,00 + 19,00 = 120,83 €**

**Importe Promoción (COL no colectivo) = 41,83 + 60,00 + 19,00 + 4,00 = 124,83 €**

**Importe Promoción (COL colectivo) = 41,83 + 60,00 + 52,90 = 154,73 €**

Teniendo presente que:

- En la Resolución de 19 de mayo de 2005 sobre la modificación de la Oferta de Acceso al Bucle de Abonado (OBA) de TESAU para adecuarla a la elevación de

---

<sup>1</sup> Se ha estimado bajo el supuesto más restrictivo, esto es, se ha considerado cliente representativo aquél que contrata el servicio ADSL con equipamiento módem USB. En el caso de que el cliente eligiera módem router inalámbrico, como su precio de coste es de 52,90 €, no se computaría ningún tipo de promoción al respecto.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

velocidades ADSL en el nivel minorista, esta Comisión actualizó el margen para replicabilidad teniendo en cuenta tanto la promediación del servicio mayorista de acceso indirecto con el acceso desagregado al bucle, como los nuevos precios aplicables al servicio GigADSL y el coste equivalente al servicio GigADSL a partir de acceso compartido.

La cantidad máxima a destinar para la promoción propuesta por TESAU es 124,49 €, que es la cantidad máxima establecida por esta Comisión para promociones del servicio ADSL 12/04 de facturación por volumen de descarga<sup>2</sup>. Como se constata, sólo la primera de las promociones presentada por TESAU se sitúa por debajo del límite máximo permitido para ese fin. En el caso de la promoción por el Canal On-Line no destinada a colectivos concretos, superaría el límite máximo fijado en 0,34 euros, cuantía que resulta irrelevante teniendo en cuenta que se destina únicamente a contrataciones por el Canal On-Line y estableciendo el supuesto más restrictivo posible en la valoración del módem, es decir, suponiendo que el 100% de los usuarios eligiera el módem USB.

En el caso de la promoción destinada a colectivos, se comprueba que excede la cantidad máxima permitida para ese fin y por tanto no sería emulable por terceros. Teóricamente se dice destinada a un grupo restringido de usuario, pero en la realidad es que el colectivo resultante es prácticamente la totalidad del mercado, por lo que la incidencia de la oferta lo sería sobre todo el mercado.

### **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>2</sup> Este importe para destinar a promociones se ha calculado teniendo en cuenta que, a 30 de junio de 2005, la proporción que representaban las líneas desagregadas sobre el total de líneas ADSL minoristas de operadores alternativos soportadas en infraestructuras ADSL de TESAU ascendía al 27,30%.



## 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 15 de septiembre al 15 de noviembre de 2005) y de la capacidad de TESAU para comercializar las restantes promociones propuestas del servicio ADSL de facturación por volumen.

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

### **ACUERDA**

**Primero.** La promoción que incorpora regalo del módem USB y la comercializada a través del Canal On-Line de TESAU y no destinada a colectivos, no presentan riesgo para la competencia porque respetan el límite para las promociones aplicable a TESAU, en los términos de este escrito. No es el caso de la promoción destinada a colectivos y suscrita a través del Canal On-Line que, para poder ser comercializada, debería respetar el límite indicado, fijado en el apartado I.1.1 de la presente resolución.

**Segundo.** Respecto a la última de las modalidades mencionadas en el acuerdo primero, TESAU no podrá comercializarla con una promoción por importe superior a los 124,49 € referidos.

**Tercero.** En caso de haberse iniciado la comercialización de dicha promoción, TESAU deberá adaptarla al límite indicado en el acuerdo anterior.

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.



## COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera