



IGNACIO REDONDO ANDREU, 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 número 26/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 7 de septiembre de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución del conflicto interpuesto por Infraestructuras y Gestión 2002 contra Red de Banda de Andalucía en relación con la prestación de servicios por parte de este último operador desde su centro de Valencina de la Concepción (Sevilla) (RO 2010/501)

I ANTECEDENTES

PRIMERO.- Escrito presentado por Infraestructuras y Gestión 2002

Con fecha 11 de marzo de 2010, tiene entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de la entidad Infraestructuras y Gestión 2002, S.L. (en adelante, Ingest), por el que plantea un conflicto con Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. (en adelante, Axión) en relación con la prestación de servicios mayoristas de interconexión a Ingest desde el centro de Axión en Valencina de la Concepción (Sevilla).

En su escrito, Ingest señala que, en tanto operador de comunicaciones electrónicas debidamente inscrito en el Registro de la CMT, prestaba el servicio portador de difusión de la señal de televisión al operador de televisión local Trade Bump, S.L. (en adelante, Trade), que emitía su programación en Sevilla. La provisión del citado servicio a Trade se articulaba a través de la suscripción de un acuerdo de acceso entre Ingest y Axión, en virtud del cual este último prestaba a Ingest un servicio de interconexión a su sistema radiante desde el centro de Axión en Valencina de la Concepción.

Ingest señala que, con fecha 24 de febrero de 2010, Axión remitió una carta a Ingest por la que le comunicaba que, a raíz de la apertura por parte de la Junta de Andalucía de un procedimiento sancionador contra Trade por la emisión de la señal de televisión en Sevilla sin contar con el preceptivo título habilitante, se veía obligado a cesar en la prestación de servicios a Ingest desde su centro en Valencina de la Concepción. Según Ingest, dicho cese se produjo de manera efectiva con fecha 3 de marzo de 2010.

Ingest alega que, en el acuerdo que rige la relación entre ambos operadores, no se contempla ninguna causa de resolución o suspensión anticipada del servicio que Axión le viene prestando y que pueda ser invocada en este caso concreto. Ingest se refiere a la existencia de otros precedentes en los cuales Axión ha procedido a cesar en la prestación del servicio a Ingest, lo que en última instancia ha llevado a este operador a tener que buscar otras alternativas para poder prestar sus servicios a televisiones de ámbito local.



Para la resolución del presente expediente, Ingest invoca en particular la Resolución de 28 de julio de 2005¹, donde la CMT concluyó que no existe obligación legal por parte del operador que explota la red, de comprobar la habilitación del operador de televisión al que presta el servicio. De la citada Resolución se deduce –según Ingest– que la inexistencia de dicho título por parte del operador que presta el servicio de televisión no puede ser causa suficiente para proceder a la resolución unilateral de un acuerdo.

Por todo lo que antecede, Ingest solicita que la CMT adopte una Resolución por la que en particular se obligue a Axión a (i) dejar sin efecto la suspensión por parte de Axión del acuerdo de interconexión suscrito con Ingest respecto al centro emisor de Valencina de la Concepción; (ii) obligar a Axión a restablecer el servicio suspendido, en las mismas condiciones en que se venía prestando, si Ingest así lo solicita.

SEGUNDO.- Apertura del procedimiento para la resolución del conflicto y requerimientos de información a los interesados.

Mediante sendos escritos de fecha 25 de marzo de 2010, y en cumplimiento de lo establecido en el artículo 42.4 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), se comunica a los interesados, Ingest y Axión, que ha quedado iniciado el expediente administrativo para la resolución del conflicto planteado por la primera de estas entidades.

Asimismo, en dichos escritos se remite un requerimiento de información a Axión e Ingest para la determinación y conocimiento por esta Comisión de los hechos a que se refiere el conflicto planteado, al amparo de lo dispuesto en el artículo 78.1 de LRJPAC.

TERCERO.- Alegaciones de Axión y contestación al requerimiento de información

Con fecha 12 de abril de 2010, tiene entrada en el Registro de la CMT escrito de Axión por el que evacua el requerimiento de información efectuado por esta Comisión en el marco del presente procedimiento, realizando también las oportunas alegaciones.

En su escrito, Axión señala que ha venido prestando servicios a Ingest a partir de julio de 2008 y hasta el mes de marzo de 2010, sobre la base de una oferta comercial realizada por Axión a Ingest y que nunca fue firmada por este último operador.

En febrero de 2010, Axión recibe una comunicación de la Dirección General de Comunicación Social de la Junta de Andalucía, donde se le informa de la apertura de un expediente sancionador iniciado contra Trade por la emisión de señales de televisión sin título administrativo habilitante en Sevilla. En la misma comunicación, la Junta de Andalucía insta a Axión a que proceda a la suspensión de la difusión de la señal de televisión en el canal en que venía emitiendo la entidad Trade desde sus instalaciones en Valencina de la Concepción.

Axión menciona la existencia de otros precedentes (algunos, como en relación con la Comunidad Autónoma de Cataluña, bien conocidos por la CMT dado que fueron objeto de la

¹ Resolución por la que se pone fin al período de información previa iniciado como consecuencia de la denuncia presentada por la Dirección General de Medios y Servicios de Difusión Audiovisuales de la Generalidad de Cataluña contra Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. por la prestación de servicios de infraestructura de red soporte para servicios de radiodifusión de televisión a entidades que no se encuentran habilitadas para prestar estos servicios (Expediente RO 2005/824).



oportuna Resolución por este organismo) donde los órganos competentes administrativos de las Comunidades Autónomas han instado a Axión a tomar las medidas oportunas desde sus centros para asegurar el cese inmediato de emisiones en tecnología analógica.

Axión se refiere por último a la existencia de una cláusula en su oferta comercial a Ingest, según la cual ambas entidades acuerdan que en el caso de que una resolución judicial se dirija a cualquiera de ellas manifestando que la actividad desarrollada no está amparada jurídicamente, las partes se reservan la capacidad de resolver unilateralmente el contrato sin que exista derecho a indemnización alguna con motivo de tal resolución. Según Axión, aún cuando las comunicaciones que ha recibido de las diferentes Administraciones públicas no pueden considerarse decisiones judiciales, no cabe duda de que el espíritu del acuerdo con Ingest busca evitar la repetición de los problemas que se suscitaron entre estos dos operadores en Cataluña, por lo que de volver a ocurrir estos problemas, sea en vía judicial o administrativa, podrá cesarse en la prestación de servicios sin responsabilidad alguna para las partes.

Por todo lo que antecede, Axión solicita que la CMT adopte una Resolución desestimando íntegramente las pretensiones de Ingest.

CUARTO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 13 de abril de 2010, y a raíz de la solicitud a tal efecto de Axión, se procede a declarar confidenciales una serie de elementos del escrito de Axión anteriormente referido (en particular, las comunicaciones entre este operador y los organismos competentes de la Junta de Andalucía), por contener información que afecta al secreto comercial e industrial de este operador.

QUINTO.- Contestación de Ingest al requerimiento de información

Con fecha 14 de abril de 2009, tiene entrada en el Registro de la CMT escrito de Ingest por el que evacua el requerimiento de información efectuado por esta Comisión en el marco del presente procedimiento.

SEXTO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 15 de abril de 2010, y a raíz de la solicitud a tal efecto de Ingest, se procede a declarar confidenciales una serie de elementos del escrito de Ingest anteriormente referido (en particular, los acuerdos suscritos entre las entidades Ingest y Trade para la prestación del servicio portador de difusión de la señal de televisión a nivel local), por contener información que afecta al secreto comercial e industrial de este operador.

SÉPTIMO.- Alegaciones adicionales de Axión

Con fecha 22 de abril de 2010, tiene entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Axión por el que formula alegaciones adicionales en el marco del expediente de referencia. En concreto, Axión se refiere a la existencia de actuaciones administrativas por parte de los órganos autonómicos competentes de Cataluña similares a las acontecidas en Sevilla, y en virtud de las cuales Axión ha debido cesar en la prestación de los servicios de albergamiento² que había venido prestando a Ingest desde sus instalaciones en Barcelona.

² Como se detallará en el presente procedimiento, el citado servicio es un servicio de interconexión mayorista.



OCTAVO.- Declaración de confidencialidad

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 22 de abril de 2010, y a raíz de la solicitud a tal efecto de Axió, se procede a declarar confidenciales una serie de elementos del escrito de Axió anteriormente referido (en particular, las comunicaciones administrativas entre los órganos autonómicos competentes de la Comunidad de Cataluña y este operador), por contener información que afecta al secreto comercial e industrial de Axió.

NOVENO.- Trámite de audiencia

Con fecha 10 de mayo de 2010, y de conformidad con lo estipulado en el artículo 84 de la LRJPAC, se comunica a Axió e Ingest el informe de audiencia elaborado por los Servicios de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a los efectos de que las citadas entidades formulen las alegaciones que estimen convenientes.

DÉCIMO.- Alegaciones de Ingest al informe de audiencia

Con fecha 27 de mayo de 2010, tiene entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Ingest por el que formula sus observaciones al informe de audiencia.

Las alegaciones de Ingest son tratadas en el cuerpo de la presente Resolución.

DÉCIMOPRIMERO.- Alegaciones de Axió al informe de audiencia

Con fecha 4 de junio de 2010, tiene entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Axió por el que manifiesta su total conformidad con el informe de audiencia elaborado por los Servicios de la CMT.

DÉCILOSEGUNDO.- Ampliación del plazo para resolver

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 15 de junio de 2010, se comunica a los interesados la ampliación del plazo legalmente previsto para la resolución del conflicto en un plazo adicional de cuatro meses.

DÉCIMOTERCERO.- Requerimiento de información a la Junta de Andalucía

Con fecha 13 de julio de 2010, se remite un requerimiento de información a la Dirección General de Comunicación Social de la Junta de Andalucía, a efectos en particular de conocer el estado de tramitación del expediente sancionador incoado por el citado organismo contra la entidad Trade.

DÉCIMOCUARTO.- Contestación al requerimiento de información

Con fecha 30 de julio de 2010, la Dirección General de Comunicación Social de la Junta de Andalucía da contestación al requerimiento de información remitido por la CMT. La Junta de Andalucía aporta la Resolución de 24 de mayo de 2010 del Director General de Comunicación Social, por la que se decide el procedimiento sancionador S.2009/017TV, incoado a Trade Bump, S.L., por la emisión de señales de televisión local por ondas terrestres sin título administrativo habilitante.

A los anteriores Antecedentes de hecho le son de aplicación los siguientes



II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 HABILITACIÓN COMPETENCIAL

En relación con la solicitud presentada por Ingest, las competencias de esta Comisión para intervenir resultan de lo dispuesto en la normativa sectorial.

En particular, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece en su artículo 48.2 que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tendrá por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones específicas que hayan de cumplir los operadores en los mercados de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, conforme a lo previsto por su normativa reguladora, la resolución de los conflictos entre los operadores y, en su caso, el ejercicio como órgano arbitral de las controversias entre los mismos”*.

Asimismo, entre las funciones que la LGTel otorga a esta Comisión está, en el artículo 48.3 e), la de *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios [...]”*.

Para el cumplimiento de su objeto, el artículo 48.3 d) de la LGTel atribuye a esta Comisión la función de resolver de forma vinculante los conflictos que se susciten entre operadores en materia de acceso e interconexión de redes.

Asimismo, el artículo 11.4 de la LGTel establece que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”*. Por su parte, el artículo 3 de la citada Ley recoge los objetivos cuya consecución debe garantizar esta Comisión, siendo el primero de ellos *“fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación”*.

El artículo 14 de la LGTel señala que la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones conocerá de los conflictos en materia de obligaciones de interconexión y acceso derivadas de esta ley y de sus normas de desarrollo.

En consecuencia, esta Comisión está habilitada para conocer y resolver el presente expediente.

II.2 OBJETO DEL PROCEDIMIENTO

El procedimiento de referencia tiene por objeto resolver el conflicto interpuesto por Ingest frente a Axión en relación con la prestación de servicios mayoristas a Ingest desde el centro de Axión en Valencina de la Concepción (Sevilla).

En concreto, según se desprende de los documentos aportados por los interesados, Ingest ha venido prestando el servicio portador de difusión de la señal de televisión al operador de televisión local en tecnología analógica Trade desde el centro de Axión en Valencina de la Concepción.

Existe por tanto una relación jurídica entre tres partes, en virtud de la cual: (i) Ingest presta el servicio portador de difusión de la señal de televisión al operador de televisión local en analógico Trade; (ii) para ofrecer dicho servicio portador a Trade, Ingest hace uso de los



servicios de albergamiento (interconexión al sistema radiante) de Axión en su centro de Valencina de la Concepción.

A raíz de la apertura de un procedimiento sancionador incoado por la Junta de Andalucía contra la entidad Trade por carecer del preceptivo título habilitante³, Axión ha procedido a la resolución del acuerdo que tenía suscrito con Ingest para la prestación de servicios a Trade a partir de dicho centro. Como se desprende de la comunicación remitida a tal efecto por la Dirección General de Comunicación Social de la Junta de Andalucía a Axión, en diciembre de 2009 este organismo dictó Resolución de inicio de expediente sancionador contra Trade por la emisión de señales de televisión local por ondas terrestres sin el preceptivo título habilitante en, entre otros municipios, Sevilla. Señala la Dirección General de Comunicación Social en el citado escrito que **CONFIDENCIAL []**.

En el mismo escrito remitido por la Dirección General de Comunicación Social de la Junta de Andalucía a Axión, el citado organismo señala que **CONFIDENCIAL []**.

A raíz de esta comunicación, y a instancias por tanto de la Junta de Andalucía, Axión ha cesado en la prestación de servicios de albergamiento a Ingest, al hacer uso este último operador del emplazamiento de Axión en Valencina de la Concepción para prestar el servicio portador de difusión de la señal de televisión a una entidad local (Trade) que se encontraba emitiendo sin disponer del preceptivo título habilitante.

Como se recoge en los Antecedentes de Hecho, mediante Resolución de 24 de mayo de 2010, la Junta de Andalucía resolvió el correspondiente procedimiento sancionador incoado contra la entidad Trade, declarándola responsable de la comisión de una infracción muy grave por la emisión de señales de televisión local por ondas terrestres sin el preceptivo título administrativo habilitante.

El conflicto tiene por tanto como marco indirecto la intervención de la Junta de Andalucía y las competencias de las Comunidades Autónomas en materia audiovisual. A este respecto, debe precisarse que no corresponde a esta Comisión enjuiciar la conformidad a Derecho de los actos de otras Administraciones Públicas, materia sobre la que, en su caso, habrán de pronunciarse los Tribunales. Únicamente se tratarán aquellas cuestiones sobre las que incida la normativa de comunicaciones electrónicas, que es el ámbito material esencial en el que esta Comisión despliega sus competencias de derecho público.

A los efectos de enmarcar el procedimiento en su contexto, a continuación se procederá a describir el servicio portador de difusión de la señal de televisión, haciéndose también referencia al marco regulatorio en que debe analizarse la relación entre Axión e Ingest.

³ Según establecía el artículo 5 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de televisión local por ondas terrestres, "el servicio de televisión local por ondas terrestres será gestionado por los municipios, y, en el caso de los canales reservados para las demarcaciones insulares, por los Cabildos o Consejos insulares, mediante alguna de las formas previstas en el artículo 85.3 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases de Régimen Local, o por personas naturales o jurídicas, con o sin ánimo de lucro, previa la obtención en ambos casos de la correspondiente concesión". Según el artículo 9 de la misma Ley, correspondía a las Comunidades Autónomas el otorgamiento de las referidas concesiones. La Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, establece en su Disposición transitoria segunda que "las concesiones para la gestión indirecta del servicio público de radio o televisión por ondas hertzianas terrestres de ámbito estatal, autonómico o local, que no hayan sido declaradas extinguidas a la entrada en vigor de la presente Ley, se deben transformar en licencias para la prestación del servicio de comunicación audiovisual", habiendo debido a tal efecto solicitar los titulares de las concesiones a la autoridad competente la correspondiente transformación del título habilitante en el plazo de dos meses desde la entrada en vigor de la Ley.



Sobre la base de dichas consideraciones, se valorará la razonabilidad de la solicitud formulada por Ingest.

II.3 SERVICIO PORTADOR DE DIFUSIÓN DE LA SEÑAL DE TELEVISIÓN

II.3.1 Descripción del servicio portador de difusión de la señal de televisión

El conflicto interpuesto por Ingest se refiere a la provisión por parte de Axión de los elementos necesarios para que Ingest pueda ofrecer el servicio portador de difusión de la señal de televisión a operadores prestadores del servicio de televisión a nivel local.

En sentido amplio, los servicios de transmisión de señales de televisión están formados por aquellos servicios de comunicaciones electrónicas que tienen por objeto el transporte unidireccional de las señales de televisión desde los centros de producción de las mismas hasta su recepción por parte de los usuarios finales. Dentro de este catálogo de servicios, el servicio portador de difusión de la señal de televisión consiste en la comunicación punto a multipunto (desde los centros de emisión hasta los usuarios finales) de las señales de televisión.

El servicio portador de difusión de la señal de televisión es un servicio regulado. En efecto, mediante Resolución de 21 de mayo de 2009, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobó la definición y el análisis del mercado mayorista del servicio portador de difusión de la señal de televisión, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas (en adelante, Resolución del mercado 18).

En la Resolución precitada, se llegó a la conclusión de que el citado mercado no era un mercado competitivo, imponiéndose a Abertis, en tanto operador declarado con poder significativo de mercado (PSM), una serie de obligaciones, incluyendo la obligación de atender las solicitudes razonables de acceso a los centros que forman parte de su red nacional a precios orientados en función de los costes de producción. La Resolución del mercado 18 detalla las razones por las que la obligación de acceso a los centros de Abertis es necesariamente de contenido genérico, y deberá garantizarse independientemente de que el servicio a prestar pueda efectuarse en ámbitos inferiores al territorio nacional (como podría ser la prestación de servicios a sociedades de televisión que operen en el nivel autonómico o local).

La prestación del servicio portador de difusión de la señal de televisión puede realizarse – al menos, en condiciones reguladas por parte de Abertis - a través de dos modalidades. La cubicación consiste en el arrendamiento de espacio para la ubicación física de los equipos de los operadores habilitados legalmente en los espacios físicos disponibles existentes en las infraestructuras de la red del operador que presta el servicio, y comprende, en términos generales, la provisión del acceso al punto de energía, condiciones de seguridad y de acondicionamiento necesarios para la instalación de los equipos empleados por el operador solicitante. Mediante la interconexión se produce la conexión física y lógica de las redes del operador solicitante y las del operador que presta el servicio en aquellos puntos de la red de difusión de televisión donde la misma sea viable. En particular, se considera viable la interconexión en la entrada del conjunto multiplexor-sistema radiante, sin perjuicio de que las partes puedan acordar la interconexión en otros puntos de acceso.

De la descripción técnica de los servicios prestados por Axión a Ingest, se desprende que aquel operador presta a Ingest un servicio de interconexión, en virtud del cual la conexión de las redes de los dos operadores se produce al nivel del sistema radiante de Axión. Es decir, Axión pone a disposición de Ingest su centro en Valencina de la Concepción, para que éste instale los elementos de red necesarios para prestar el servicio portador a los operadores del servicio de televisión a nivel local, con la excepción del conjunto multiplexor-sistema



radiante, elemento que siendo propiedad de Axión también se ofrece a Ingest para la prestación de sus servicios.

II.3.2 Marco regulador aplicable para la resolución del presente conflicto

En la Resolución del mercado 18, esta Comisión identificó una serie de obstáculos al desarrollo de la competencia, en virtud de los cuales se impusieron las correspondientes obligaciones al operador declarado con PSM (Abertis), incluyendo la obligación de atender las solicitudes razonables de acceso a sus centros.

En el mercado del servicio portador de difusión de la señal de televisión, Axión no ha sido declarado, por tanto, operador con PSM, siéndole de aplicación a esta entidad el régimen general previsto por la normativa sectorial, pero no las obligaciones adicionales que la CMT puede imponer con carácter preventivo (*ex ante*) a los operadores dominantes.

Ingest solicita de la CMT que garantice la continuidad de la relación contractual que mantiene con Axión, en un mercado donde el operador frente al cual se interpone el conflicto no está sometido a un catálogo de obligaciones específicas que regulen las condiciones en que se instrumentalizarán sus relaciones con otros operadores que quieran hacer uso de sus centros. En otras palabras, el acceso a los centros de Axión no se encuentra regulado, debiendo por tanto procederse a evaluar la pertinencia de la solicitud de Ingest exclusivamente sobre la base de la normativa sectorial general.

En el mismo sentido, la invocación de los principios inspiradores de la normativa de competencia – como hace Ingest - no puede resultar de aplicación al caso concreto, dado que Axión no es un operador dominante en el mercado de referencia.

II.4 VALORACIÓN

Como se ha señalado, de la regulación sectorial *ex ante* no se desprende la existencia de una obligación específica que se pueda traducir en la imposición a Axión de la obligación de continuar con la prestación del servicio de acceso contratado por Ingest.

Por otra parte, en base a la habilitación competencial prevista en el artículo 11.4 de la LGTel, *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”*.

Efectivamente, la intervención de la CMT en las relaciones entre los operadores debe tener en cuenta la consecución de los objetivos del artículo 3 de la LGTel, entre los que se encuentra el fomento de la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y en particular en la explotación de redes y suministro de recursos asociados, todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras.

Es decir, la CMT podría intervenir en un conflicto de acceso si fuera necesario para garantizar la adecuación del acceso o la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3, por afectar ello a la esfera jurídico-pública⁴. Como recoge la sentencia de la Audiencia Nacional de 27 de diciembre de 2005⁵ – confirmada en este punto por el Tribunal

⁴ Ver por ejemplo Resolución de 13 de diciembre de 2007 relativa al conflicto de acceso presentado por Cableuropa, S.A. frente a Iberdrola, S.A. en relación con la interrupción por esta última del suministro del servicio de fibras alquiladas del tramo Alcudia-Alicante-Murcia (RO 2007/823).

⁵ Recurso contencioso-administrativo núm. 1161/2003, relativo al recurso interpuesto contra la Resolución de la CMT de 23 de octubre de 2003 por la que se pone fin al conflicto de interconexión planteado por la entidad



Supremo – respecto de los acuerdos de interconexión, *“es adecuado puntualizar que sólo en aquellos aspectos de dichos acuerdos que afecten a principios de trascendencia jurídico pública puede intervenir el Organismo regulador, quedando fuera de su ámbito las cuestiones jurídico privadas que sean ajenas a tales principios”*. Como también señala la sentencia del Tribunal Supremo de 18 de noviembre de 2008⁶, *“la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [al resolver conflictos de interconexión] no puede desligarse de los objetivos públicos cuya salvaguarda tiene encomendada, entre otros, el de fomentar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones”*.

En definitiva, dada su trascendencia jurídico-pública, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones puede intervenir en la resolución de conflictos de acceso, en particular en casos como el presente donde tiene lugar una discontinuación del servicio de acceso que un operador (en este caso, Axión) estaba prestando a un tercer operador (Ingest) a fin de que este último agente pueda prestar el servicio portador de difusión de la señal de televisión.

Sin embargo, la intervención en conflictos de acceso por parte de la CMT no puede tener carácter incondicional, y deberá rechazarse en caso de que la petición resulte injustificada.

A estos efectos, en aras de la resolución de este conflicto, resulta pertinente atender a los supuestos fácticos en que se encuadra el presente procedimiento, así como a la práctica decisonal previa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

II.4.1 Hechos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de resolver el conflicto

A la hora de valorar la razonabilidad de la discontinuación del servicio a Ingest por parte de Axión, es preciso tener en cuenta el contexto en el cual se encuadra dicha decisión de Axión. Así, como se desprende de los hechos contrastados en el marco del presente procedimiento:

- La entidad Trade, que presta el servicio de televisión a nivel local y a la que Ingest ofrece el servicio portador, no ha resultada adjudicataria del concurso convocado a tal efecto por la Junta de Andalucía para prestar el servicio de televisión digital terrestre de ámbito local. En efecto, como se desprende de la Orden de la Junta de Andalucía de 16 de octubre de 2008 por la que se publica el Acuerdo de 29 de julio de 2008 por el que se resuelve el concurso para el otorgamiento de concesiones para la explotación del servicio público de televisión digital terrestre de ámbito local en Andalucía para su gestión por particulares, resultaron concesionarios del primer canal múltiple (canal 54) Alternativas de Medios Audiovisuales, S.A., Onda Giralda, S.A. y Uniprex Televisión Digital Terrestre de Andalucía, y del segundo canal múltiple (canal 56) Agrupación Radiofónica, S.A., Sevilla F.C. Medios de Comunicación, S.L, y Canal 47, S.L.U.
- La entidad Trade se encuentra prestando servicios de televisión local en la modalidad analógica. A este respecto, de conformidad con el Real Decreto 2268/2004, de 3 de diciembre, que modifica el Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital local, el plazo estipulado para el cese de las emisiones de televisión local en tecnología analógica era el 1 de enero de 2008, siendo previsible que a lo largo de los próximos meses se proceda por parte

Intermail Telematic Services S.L. contra Telefónica de España, S.A.U. por presuntas prácticas discriminatorias en materia de precios aplicados al servicio de terminación de tráfico de voz internacional (RO 2003/736).

⁶ Recurso de casación núm. 1633/2006. La citada sentencia del Tribunal Supremo fue dictada a raíz del recurso de casación interpuesto contra la sentencia precitada de la Audiencia Nacional.



de los organismos públicos al cierre ordenado de las televisiones que carecen de título habilitante para prestar servicios de televisión local con tecnología digital.

- La Junta de Andalucía ha ordenado el cierre de la actividad llevada a cabo por la entidad Trade, consistente en la prestación de servicios de televisión local en la modalidad analógica. En el marco de dicho procedimiento, la Junta de Andalucía ha incoado un procedimiento sancionador contra Trade, y ha instado a Axión (operador a partir de cuyo centro la entidad Ingest presta el servicio portador de la señal de televisión a Trade) a proceder a la suspensión de la difusión de la señal de televisión de Trade desde sus centros, y por tanto al cese en los servicios de albergamiento que venía prestando a Ingest. Así, en el escrito dirigido en febrero de 2010 por la Dirección General de Comunicación Social a Axión, este organismo insta a Axión a que **CONFIDENCIAL []**
- Como recoge Axión en su escrito de fecha 22 de abril de 2010, en el marco de su relación contractual con Ingest, Axión ha recibido comunicaciones similares de otras Administraciones autonómicas (Generalitat de Cataluña, Islas Baleares), habiéndose en algunos casos procedido incluso al precinto de los equipos de Ingest ubicados en los centros de Axión (como es el caso de Cataluña).
- Con fecha 24 de mayo de 2010, se adoptó Resolución del Director General de Comunicación Social de la Junta de Andalucía, por la que se decide el procedimiento sancionador S.2009/017TV, incoado a Trade Bump, S.L., por la emisión de señales de televisión local por ondas terrestres sin título administrativo habilitante. En la citada Resolución, se declara a dicho agente responsable de la citada infracción.

II.4.2 Consideración de la práctica administrativa previa de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones

Por otra parte, a los efectos de dilucidar el presente conflicto, resulta también necesario referirse a la práctica administrativa previa de esta Comisión en relación con supuestos similares al de este expediente.

En particular, y tal como señala Ingest, resulta procedente referirse a la Resolución de la CMT de 28 de julio de 2005⁷. El procedimiento que dio origen a dicha Resolución se inició como consecuencia de una denuncia presentada por la Dirección General de Medios y Servicios de Difusión Audiovisuales de la Generalitat de Cataluña contra Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. (Axión) dada la prestación por parte de este operador de servicios de infraestructura de red soporte a entidades de televisión que no se encontraban habilitadas para prestar estos servicios (en concreto, Ingest, que operaba en este caso en régimen de auto-prestación). En su denuncia, la Generalitat planteaba la posible incoación de un procedimiento sancionador por parte de la CMT contra Axión una vez habían quedado acreditados los hechos señalados.

En la resolución de dicho procedimiento, la CMT señaló que *“ni la LGTel vigente ni las normas que la desarrollan, han establecido expresamente la obligación de que el operador que explota la red compruebe la habilitación del difusor que presta el servicio de televisión. Tampoco han previsto la prohibición de ofrecer sus servicios a difusores que no acrediten su habilitación”*.

Sobre esta base, la CMT decidió proceder al archivo de las actuaciones encaminadas a determinar la conveniencia de incoar un expediente sancionador contra Axión.

⁷ Expediente RO 2005/824.



En relación con la Resolución de 28 de julio de 2005, interesa destacar que en aquel caso la ausencia de título habilitante por parte de Ingest para prestar servicios de televisión dio también lugar – en un momento posterior al inicio de aquel expediente por la CMT - a la terminación por parte de Axió de los acuerdos alcanzados con Ingest en la Comunidad de Cataluña, sin que esta Comisión estimara necesaria su intervención para garantizar la continuidad de la relación contractual entre Axió e Ingest.

Mediante Resolución de 15 de febrero de 2007⁸, la CMT dio contestación a la consulta planteada por Vivodat S.L. en relación con el servicio portador del servicio de difusión de televisión local. Dicha consulta traía causa, entre otros aspectos, de las actuaciones administrativas llevadas a cabo por la Comunidad de Madrid en la Torre de Valencia en relación con la prestación del servicio portador del servicio de difusión de televisión local a entidades de televisión que carecían del preceptivo título habilitante.

En la resolución de dicho procedimiento, la CMT reiteró de manera expresa que no le correspondía enjuiciar la conformidad a derecho de los actos de otras Administraciones Públicas, ni la competencia de las mismas para dictarlos. La CMT se pronunció por tanto exclusivamente sobre las cuestiones directamente relacionadas con la aplicación de la normativa sectorial de comunicaciones electrónicas. A este respecto, la CMT reiteró – como ya había puesto de manifiesto en su Resolución de 28 de julio de 2005 - que, *“en el marco normativo actual, el operador que quiera prestar el servicio soporte del servicio de difusión, tiene como [única] obligación para llevar a cabo dicha actividad, la previa notificación a esta Comisión, obligación que, como ya se ha hecho mención, VIVODAT cumplió en su momento”*.

Por otra parte, la CMT estimó también procedente examinar si conforme al marco vigente, se encuentra establecida como actuación sancionable no ya el prestar el servicio soporte a un operador de televisión que no goza de la habilitación pertinente, sino el uso del espectro radioeléctrico sin concesión administrativa para ello, o sin que constase que la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información hubiese procedido a realizar las inspecciones que a tal efecto prevé la legislación sectorial. En este sentido, la CMT se refirió al artículo 45 de la LGTel, el cual establece que el derecho al uso privativo del dominio público radioeléctrico requiere de la preceptiva concesión administrativa, así como, con carácter previo a la utilización del dominio público radioeléctrico, la inspección o el reconocimiento de las instalaciones, con el fin de comprobar que se ajustan a las condiciones previamente autorizadas. Sobre dicha base, y dado que la conducta objeto del citado expediente podía ser constitutiva de una infracción administrativa muy grave según el artículo 53 de la LGTel, se acordó el traslado de la Resolución a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, para la adopción, en su caso, de las medidas que este organismo considerase oportunas.

En definitiva, de las citadas Resoluciones (relacionadas con el ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de las facultades que el marco normativo les confiere, en particular en relación con la comprobación del título habilitante de los operadores de televisión a nivel local), se desprende:

- La ausencia de un tipo específico en la LGTel en virtud del cual un operador de comunicaciones electrónicas tenga la obligación de comprobar la habilitación del difusor que presta el servicio de televisión;

⁸ Expediente RO 2006/1134.



- La posibilidad de que este tipo de conductas sean sin embargo constitutivas de un ilícito administrativo en el caso de que se haga un uso indebido del dominio público radioeléctrico, aspecto que según prevé la normativa de comunicaciones electrónicas corresponde enjuiciar a la SETSI.

II.4.3 Aplicación de las consideraciones previas al presente conflicto

Como se ha señalado, la CMT está habilitada para intervenir en un conflicto de acceso si fuera necesario para garantizar la adecuación del acceso o la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3, por afectar ello a la esfera jurídico-pública. En este contexto, la interrupción de una relación contractual de acceso sin causa justificada por parte de un operador (como denuncia Ingest en relación con la prestación de servicios por parte de Axión) tiene una trascendencia jurídico-pública, que podría motivar la intervención de la CMT en caso de que se estimara necesario asegurar el mantenimiento de dicha relación para el correcto desarrollo de los mercados de comunicaciones electrónicas.

En todo caso, a la hora de concluir acerca del posible mantenimiento de una relación contractual de acceso, es necesario atender a las circunstancias de cada caso concreto.

Como se ha puesto de manifiesto al hacer referencia a los hechos que dan origen al conflicto, en el presente expediente existe una intervención administrativa expresa (por parte de la Junta de Andalucía contra Trade, e indirectamente contra Ingest como entidad sobre la que se apoya Trade para prestar el servicio de televisión a nivel local en la modalidad analógica) en virtud de la cual Axión ha debido poner término a la relación contractual que mantenía con Ingest⁹. La actuación de la Junta de Andalucía ha desembocado en la apertura de un procedimiento sancionador contra la entidad Trade, a resultados del cual en mayo de 2010 se declaró a este agente responsable de una infracción consistente en la emisión de señales de televisión local por ondas terrestres sin el preceptivo título habilitante.

Como se ha señalado con anterioridad, es previsible que este tipo de intervención administrativa se produzca con regularidad a lo largo de los próximos meses, teniendo lugar por parte de los organismos públicos el cierre ordenado de las televisiones que carecen de título habilitante para prestar servicios de televisión local con tecnología digital.

En este contexto, y en contraposición con lo alegado por Ingest, debe concluirse que en circunstancias como la presente no puede considerarse que exista un derecho incondicional por parte de este operador a tener acceso al centro de Axión en Valencina de la Concepción. En efecto, como se acaba de exponer y entre otros factores, existe una Resolución expresa, adoptada por la Junta de Andalucía, en virtud de la cual la entidad de televisión local Trade ha sido declarada responsable de un ilícito administrativo consistente en la prestación de servicios de televisión sin contar con el correspondiente título habilitante. En este marco, imponer con carácter obligatorio a Axión la obligación de continuar prestando el servicio de acceso a Ingest – operador sobre el que a su vez se apoyaba la entidad de televisión local Trade para la prestación de servicios de televisión local en analógico - resultaría en todo caso desproporcionado.

Por tanto, sobre la base de los antecedentes expuestos y tomando también en consideración la práctica administrativa de la CMT a este respecto, procede desestimar la solicitud de Ingest, en virtud de la cual esta Comisión debería instar a Axión a continuar prestando servicios a aquel operador desde su centro en Valencina de la Concepción.

⁹ Esta situación se ha visto replicada en otras Comunidades Autónomas (también en relación con el mismo agente, Ingest), habiéndose incluso procedido tras la preceptiva orden judicial al precinto de los equipos empleados por este operador y que se encontraban físicamente en los centros de Axión.



Por otra parte, y dado que la conducta objeto del presente expediente podría ser constitutiva de una infracción administrativa de las previstas en los artículos 53 o 54 de la LGTel dado el posible uso indebido del dominio público radioeléctrico, procede acordar el traslado de la presente Resolución a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, para la adopción, en su caso, de las medidas que este organismo considere oportunas.

II.4.4 Contestación a las alegaciones formuladas por Ingest en el trámite de audiencia

En sus alegaciones, Ingest se refiere a la potestad de resolución de conflictos que la normativa vigente atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

Señala Ingest que, de conformidad con el marco normativo aplicable, corresponde a la CMT la resolución de todo conflicto que tenga como objeto determinar la “adecuación” del acceso por parte de un operador a la infraestructura de red de otro operador, por lo que la CMT debería atender a las pretensiones expuestas en el escrito mediante el cual interpone este conflicto y asegurar la continuidad del acceso a los centros de Axión.

En contestación a esta alegación, cabe indicar que, independientemente de su nombre (“interconexión”), el servicio que Axión ha venido prestando a Ingest constituye una modalidad de acceso a la red de Axión, por lo que es este régimen – y no el régimen general de la interconexión – el que debe determinar la resolución del presente expediente¹⁰.

En efecto, según dispone el Anexo II de la LGTel, el acceso se define como *“la puesta a disposición de otro operador, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Este término abarca, entre otros aspectos, los siguientes: el acceso a elementos de redes y recursos asociados que pueden requerir la conexión de equipos por medios fijos y no fijos (en particular, esto incluye el acceso al bucle local y a recursos y servicios necesarios para facilitar servicios a través del bucle local); el acceso a infraestructuras físicas, como edificios, conductos y mástiles; el acceso a sistemas informáticos pertinentes, incluidos los sistemas de apoyo operativos; el acceso a la conversión del número de llamada o a sistemas con una funcionalidad equivalente; el acceso a redes fijas y móviles, en particular con fines de itinerancia; el acceso a sistemas de acceso condicional para servicios de televisión digital; el acceso a servicios de red privada virtual”*.

Es evidente que, en relación con el supuesto planteado por Ingest, este operador interpone por tanto un conflicto de acceso a la red de Axión, en virtud del cual aquel operador haría uso de la infraestructura física de Axión para la prestación del servicio portador de difusión de la señal de televisión.

Como se ha señalado, esta Comisión es competente para resolver sobre los posibles conflictos de acceso que se puedan plantear, por afectar ello a la esfera jurídico-pública. Sin embargo, la adopción de medidas por parte de la CMT destinadas a garantizar la adecuación del acceso debe ser valorada en cada caso concreto. En este contexto, y como se ha analizado detalladamente, no puede desprenderse que dadas las circunstancias del caso Axión tenga, conforme a la normativa sectorial vigente, una obligación de mantener su relación contractual con Ingest en el centro de Valencina de la Concepción.

¹⁰ En los mismos términos que la obligación de “interconexión” prevista en el mercado 18 para la prestación de servicios de difusión es una de las dos modalidades reguladas de acceso impuestas al operador con PSM (ubicación e interconexión).



En virtud de las consideraciones de hecho y de derecho expuestas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones:

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar la solicitud de intervención de la entidad Infraestructuras y Gestión 2002, S.L. relativa a la continuación en la prestación de servicios por parte de Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. a aquella entidad desde su centro de Valencina de la Concepción (Sevilla).

SEGUNDO.- Acordar la notificación de la presente Resolución a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio.

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 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por la Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. de 31 de enero de 2008), 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.