



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 07/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 3 de marzo de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba la

Resolución por la que se pone fin al conflicto presentado por Tele Canal 4 Tenerife, S.A.U. contra Canal 8 Medios Audiovisuales, S.L. por la gestión del múltiple digital 38 en la demarcación local de Arona (TL01TF) (RO 2009/1933).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito de Canal 4.

Con fecha 16 de noviembre de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Tele Canal 4 Tenerife, S.A.U. (en adelante, Canal 4) por el que presentó conflicto contra Canal 8 Medios Audiovisuales, S.L. (en adelante, Canal 8) por la gestión del múltiple digital 38 en la demarcación local de Arona (TL01TF). En concreto, esta entidad presentaba el conflicto en base a las siguientes alegaciones:

- Que Canal 4 junto con Canal 8 y la entidad Canal Atlántico de Televisión y Radio, S.L. (en adelante, Canal Atlántico) son las adjudicatarias de la gestión del múltiple digital 38 en la demarcación local de Arona (TL01TF).
- Que con fecha 30 de julio de 2008 se convocó una reunión entre los tres adjudicatarios del múltiple con el objeto de designar al gestor del mismo. En dicha reunión, Canal 4 y Canal Atlántico acordaron designar a Retevisión I, S.A. (en adelante, Abertis) la gestión del múltiple, mientras que Canal 8 se oponía a la anterior decisión optando por Atlantis Digital Telecom, S.L. (en adelante, Atlantis Digital), como gestor del múltiple.
- Que con fecha 29 de junio de 2009 se convocó una nueva reunión con el objeto de alcanzar un acuerdo al respecto, sin que Canal 8 compareciese a la misma. En dicha reunión, las entidades comparecientes insistieron en asignar la gestión del múltiple a Abertis al considerar su oferta como la más favorable técnicamente.



Acompaña como documentación anexa al escrito de inicio copia de los burofaxes remitidos a Canal 8 y Canal Atlántico con la convocatoria de la reunión celebrada con fecha 29 de junio de 2009 y copia del acta levantada en la misma.

Por todo lo anterior, Canal 4 solicita la intervención de esta Comisión para que ponga fin al conflicto surgido por la gestión del múltiple digital 38 en la demarcación de Arona (TL01TF).

SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento y requerimientos de información.

Mediante sendos escritos del Secretario de esta Comisión de fecha 4 de diciembre de 2009 se notificó a las entidades Canal 8 y Canal Atlántico el inicio del correspondiente procedimiento administrativo para la resolución del conflicto, adjuntándoles copia del escrito presentado por Canal 4. Asimismo, se requirió a todas las entidades interesadas determinada información por ser necesario para la correcta tramitación del procedimiento, conforme al artículo 76.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

TERCERO.- Escrito de Canal 4 contestando al requerimiento.

Con fecha 17 de diciembre de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Canal 4 por el que cumplimentaba parcialmente el anterior requerimiento de información.

CUARTO.- Escrito de Canal 8 contestando al requerimiento.

Con fecha 29 de diciembre de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Canal 8 por el que cumplimentaba parcialmente el anterior requerimiento de información. Adicionalmente, Canal 8 realiza las siguientes manifestaciones:

- Que con fecha 15 de julio de 2008 reciben, mediante correo electrónico, la oferta presentada por Abertis para la gestión del múltiple. Recibida ésta, Canal 8 pone de manifiesto que la cobertura propuesta por Abertis resulta insuficiente pues no alcanza al 98% de la población.
- Que ya han puesto de manifiesto en distintas ocasiones, y así lo acreditan, que la oferta presentada por Atlantis Digital es más eficiente y económicamente más ventajosa que la oferta presentada por Abertis. Aportan como Documento 10 un análisis comparativo de ambas ofertas realizado por la entidad Difusión de Telecomunicaciones Canarias.

QUINTO.- Requerimiento de información adicional practicado a Canal 8.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 25 de enero de 2010 se requirió determinada información a Canal 8 por ser necesaria para la resolución del conflicto. Este escrito se notificó a Canal 8 con fecha 27 de enero de 2010.



SEXTO.- Escrito de Canal 8 contestando al requerimiento.

Con fecha 15 de febrero de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Canal 8 por el que cumplimentaba el anterior requerimiento de información aportando toda la documentación solicitada.

SÉPTIMO.- Informe de Audiencia.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 21 de abril de 2010 y de acuerdo con lo establecido en el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a la apertura del trámite de audiencia, en el que los Servicios de la Comisión informaron sobre las diferentes cuestiones objeto del procedimiento, otorgando un plazo de 10 días a las partes, a fin de que alegaran y presentaran los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

OCTAVO.- Solicitud de ampliación del plazo para formular alegaciones.

Con fecha de entrada el 19 de mayo de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Canal 8 por el que solicita la ampliación del plazo inicialmente otorgado para formular alegaciones.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 21 de mayo de 2010 se acordó ampliar dicho plazo de alegaciones.

NOVENO.- Escrito de alegaciones de Canal 8.

Con fecha 26 de mayo de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Canal 8 en el que realiza alegaciones al Informe de audiencia remitido. En concreto, Canal 8 manifiesta lo siguiente:

- Que en la oferta de Abertis sólo hace referencia a una cobertura del 63% de la demarcación, siendo dicha cobertura inferior a la cobertura exigida en el Pliego de Condiciones técnicas.
- Que el precio indicado en la oferta de Abertis se encuentra referido a una cobertura del 63%, y que *“habida cuenta de que al dar mayor cobertura se requieren más repetidores de señal [...] el precio se multiplica de forma exponencial (y no de forma proporcional)”*, por lo que se podría concluir que el precio de Abertis no es un precio cierto.
- Que la oferta de Abertis establece un precio global por múltiple y una obligación solidaria de tal manera que *“si un concesionario no abona lo que le corresponde, Abertis puede reclamar dicha deuda al resto de adjudicatarios”*, y por tanto, *“la propuesta de Abertis no concreta un precio único estable y garantizado para cada adjudicatario, sino que proponen un precio global por la gestión del múltiple; ese precio lo tienen que pagar entre todos los miembros del múltiple: si están emitiendo tres, entre tres, si son sólo dos, entre dos, si sólo es uno, ése habría de pagar el precio global”*.
- Que la oferta de Abertis prevé una duración de 10 años así como *“fuertes penalidades en caso de que se pretenda rescindir antes del vencimiento. Estas condiciones, pues, fijadas*



para evitar la posibilidad de los concesionarios de solicitar dicha resolución antes de tiempo, ratifican esta vulneración de la libertad del mercado y hacen dichas previsiones ilegales e inaceptables”.

En definitiva, que adherirse a la oferta de Abertis les estaría obligando a incumplir el Pliego de condiciones.

DÉCIMO.- Escrito de Canal 8.

Con fecha 4 de junio de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Canal 8 en el que manifiesta que *“tras las gestiones realizadas, Canal 8 ha obtenido finalmente propuesta para la gestión del múltiple de DIFUSIÓN DE TELECOMUNICACIONES DE CANARIAS, S.L, oferta para la gestión del MÚLTIPLE DIGITAL 38, en la demarcación local de Arona 8TL01TF) que por ser conveniente en sus términos económicos, así como por adaptarse a las necesidades de gestión del múltiple y a las exigencias de la prestación de sus servicios por los concesionarios, ha sido aceptada, tanto por mi representada, Canal Ocho Medios Audiovisuales, S.A. como por Tele Canal 4 Tenerife, S.A.U., en iguales términos”.*

Asimismo, señala Canal 8 que habiendo aceptado tanto Canal 4 como Canal 8 la oferta de Difusión de Telecomunicaciones de Canarias, S.L. (en adelante, DTC) *“desaparece la causa que origina el presente conflicto, razón por la que, sin perjuicio de las gestiones que a los efectos oportunos haya de realizar Tele Canal 4 Tenerife, S.A.U. interesa al derecho de esta parte LA SUSPENSIÓN del presente expediente 2009/1933 y el ulterior archivo del mismo”.*

UNDÉCIMO.- Escrito de Canal 4.

Con fecha 15 de junio de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Canal 4 en que señala que *“por medio del presente escrito y al amparo de lo dispuesto en el artículo 90 de la Ley de Procedimiento Administrativo y habiendo cesado la causa que motivó su interposición esta parte procede a DESISTIR de la solicitud, solicitando el dictado de resolución en la que se declare concluso el procedimiento”.*

DÉCIMO SEGUNDO.- Escrito de la esta Comisión.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 18 de junio de 2010 se dio traslado a Canal Atlántico del desistimiento de Canal 4 así como del escrito de Canal 8 en el que solicita la suspensión del procedimiento. Dicho escrito fue notificado a Canal Atlántico el 7 de julio de 2010, no habiéndose recibido respuesta al mismo.

DÉCIMO TERCERO.- Requerimientos de información.

Mediante escritos del Secretario de esta Comisión de 12 de julio de 2010 se procedió a requerir a las tres entidades concesionarias del múltiple digital TL01TF información relativa a la convocatoria de la reunión para analizar la oferta propuesta por DTC, copia del acta de la



citada reunión y copia del acuerdo suscrito relativo a la elección del gestor del múltiple digital en su caso.

Dichos requerimientos de información fueron notificados el 20 de julio de 2010 a Canal 8 y Canal 4 y el 30 de septiembre de 2010 a Canal Atlántico.

DÉCIMO CUARTO.- Escrito de Canal 4 y Canal 8.

Con fechas 26 de julio de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Canal 4 por el que aporta la información requerida.

Por su parte, con fecha 30 de julio de 2010 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Canal 8, por el que aporta la información requerida y, además, formula las siguientes alegaciones:

- Que tal y como indicó en su escrito de 4 de junio de 2010 y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.5 *“a la Administración no sólo le consta la solicitud de suspensión efectuada por Canal Ocho, sino también, y concorde con ella, el desistimiento realizado por Tele Canal 4, entidad que ha instado el conflicto, por lo que dispone de antecedentes suficientes para acordar la suspensión solicitada, en tanto se sustancia la negociación entre las partes”*.
- Que *“[I]ncluso es posible [...] una terminación anormal del mismo, esto es, cuando exista imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas”*. Y así señala Canal 8 que *“Tele Canal 4 no comparte el acuerdo que en su día tenía con Canal Atlántico, al haber aceptado la nueva oferta de Difusión de Telecomunicaciones de Canarias, como Canal Ocho. Prueba de ello son los escritos presentados por Canal Ocho, explicando dicha situación y el desistimiento formulado por Tele Canal 4, promotora del conflicto. Por otra parte se ha de señalar, con independencia de que Canal Atlántico ha sido invitada a suscribir el nuevo acuerdo, que esta empresa no se personó en el procedimiento ni ha formulado alegaciones en el mismo”*.

Señala Canal 8 que *“[...] si a pesar de las posturas actualmente mantenidas por Tele Canal 4 (que ha desistido) y Canal Ocho, que ha aceptado la nueva oferta señalada, se insistiera por esa CMT en resolver el conflicto y resolverlo a favor de lo inicialmente solicitado por Tele Canal 4, se estaría pretendiendo imponer una oferta que ya no es la de Tele Canal 4, que tampoco ha sido nunca de Canal Ocho, y que siquiera sabemos si sigue interesando a Canal Atlántico, dado su silencio a lo largo del procedimiento. Es más aun en el caso de que Canal Atlántico expresase su interés de que se continúe el conflicto en los términos planteados y se le diera la razón, esta solución sería contraria, no ya a una sola de las empresas, sino a la mayoría de las concesionarias del múltiple”*.

Por ello, señala Canal 8 que hay una imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 de la LRJPAC.



- Que Canal 8 *“no tiene inconveniente en desistir del conflicto, si así lo hicieran las demás entidades y tampoco hubiera interés por esta CMT de continuarlo. Esto es, esta empresa puede formular su desistimiento de forma condicionada, sólo para el caso de que por las demás entidades y por este organismo no exista interés en continuar el conflicto”*.

A los anteriores Antecedentes y Hechos probados les son de aplicación los siguientes

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial.

La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) establece en su artículo 48.2 que *“[L]a 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”*.

Para el cumplimiento de su objeto, el artículo 48.3 m) de la LGTel atribuye a esta Comisión *“cualesquiera otras [funciones] que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Ciencia y Tecnología”*.

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Local (en adelante, Real Decreto 439/2004), esta Comisión es competente para resolver *“los conflictos que puedan surgir entre las entidades que accedan al aprovechamiento de programas dentro de un mismo canal múltiple de televisión digital local en conformidad con lo establecido en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”*.

El presente procedimiento tiene por objeto dar solución a la controversia existente entre los concesionarios interesados en lo que afecta a la elección del gestor del múltiple digital del servicio de difusión de la señal de televisión por ondas terrestres en la demarcación de Arona (TL01TF), por lo que, en definitiva, esta Comisión resulta competente para conocer el presente conflicto instado por Canal 4.

Con carácter previo es preciso señalar que la aprobación de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual ha introducido un nuevo modelo de regulación aplicable al conjunto del sector audiovisual, basado en el principio de liberalización de la prestación de los servicios de comunicación audiovisual que, de acuerdo con el texto, ya no son calificados como servicios públicos sino como servicios de interés general que se prestan en régimen de libre competencia, con las restricciones derivadas de la limitación del espectro radioeléctrico y la protección de los intereses de los ciudadanos.



Esta Ley supuso la desaparición del antiguo régimen de títulos habilitantes: concesiones administrativas para la gestión indirecta del servicio público esencial de la televisión, autorizaciones administrativas para la prestación del servicio de difusión de radio y televisión por cable de ámbito estatal y autorizaciones para prestar el servicio de televisión por satélite. Dicho régimen fue sustituido por un régimen de comunicación previa a la autoridad audiovisual competente, y de licencia otorgado por concurso por la autoridad audiovisual competente cuando estos servicios se presten a través de ondas hertzianas.

Por ello, todas las referencias hechas en la presente Resolución al servicio público de televisión y a los concesionarios del mismo, han de entenderse hechas al servicio de comunicación audiovisual y a los titulares de licencias para la prestación de estos servicios.

SEGUNDO.- Sobre el múltiple digital TL01TF objeto del presente procedimiento.

Tal y como se ha indicado, el presente procedimiento tiene por objeto resolver la controversia surgida por la gestión del múltiple digital 38 en la demarcación local de Arona (TL01TF), recogido en el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Local (en adelante, PTNTDTL), modificado por el Real Decreto 2268/2004, de 3 de diciembre.

De acuerdo con el Real Decreto 2268/2004, de 3 de diciembre, por el que se modifica el Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital local y el Anexo del Decreto 163/2006, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula el procedimiento de otorgamiento de las concesiones y el régimen de gestión directa, por corporaciones municipales e insulares, de canales digitales de televisión de ámbito local en la Comunidad Autónoma de Canarias (en adelante, Reglamento de otorgamiento de concesiones de la Comunidad Autónoma de Canarias), las características de este múltiple son las siguientes:

- Referencia: TL01TF.
- Denominación: Arona.
- Canal múltiple: 38.
- Potencia radiada aparente máxima: 1 Kw.
- Ámbito: Arona, Granadilla de Abona, Adeje, Guía de Isora, Santiago del Teide, San Miguel de Abona, Arico, Fasnia y Vilaflor.
- Superficie total: 867,99 km².
- Densidad de población: 188 habitantes/km²

Mediante Anuncio de 22 de noviembre de 2006 de la Viceconsejería de Comunicación de la Comunidad Autónoma de Canarias se convocó concurso público relativo a la adjudicación de concesiones para la explotación de canales digitales del servicio de televisión digital terrestre de ámbito local con cobertura municipal o insular, en régimen de gestión indirecta, en la Comunidad Autónoma de Canarias. Posteriormente, mediante Decreto 377/2007, de 16 de octubre, se resolvió la adjudicación de las citadas concesiones, resultando adjudicatarias del canal múltiple digital 38 en la demarcación local de Arona (TL01TF) las siguientes entidades:



- (Lote 6A) Canal Atlántico de Televisión y Radio, S.L.
- (Lote 6B) Tele Canal 4 Tenerife, S.A.U.
- (Lote 6C) Canal Ocho Medios Audiovisuales, S.L.

Conforme al artículo 3 del Reglamento de otorgamiento de concesiones de la Comunidad Autónoma de Canarias, *“se reserva un canal digital dentro de cada múltiple digital de ámbito municipal para su gestión directa por los Ayuntamientos”*. En consecuencia, el cuarto canal digital del múltiple TL01TF será prestado en régimen de gestión directa por los Ayuntamientos de los municipios integrantes de la demarcación.

TERCERO.- Desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento.

Tal y como se ha indicado en los Antecedentes de Hecho de la presente Resolución, con fecha 21 de abril de 2010 se procedió a la apertura del trámite de audiencia en el que los Servicios de esta Comisión informaron sobre las diferentes cuestiones objeto del procedimiento. En dicho Informe se concluía lo siguiente:

*“**Primero.-** Declarar que se han cumplido los requisitos de transparencia en la convocatoria y posterior reunión celebrada con fecha 30 de julio de 2008 entre todos los concesionarios presentes en el múltiple digital señalados por esta Comisión en la Resolución de 14 de febrero de 2008.*

Tanto los concesionarios del múltiple digital 38 en la demarcación local de Arona (TL01TF) como el gestor finalmente elegido deberán tomar en consideración todas las precisiones señaladas en el presente Informe, en particular, la relativa a la duración de los contratos por la gestión del múltiple.

***Segundo.-** Declarar que el acuerdo adoptado por los adjudicatarios de la gestión del múltiple digital 38 en la demarcación local de Arona (TL01TF) en la reunión celebrada el 30 de julio de 2008 por mayoría de votos de los concesionarios presentes en el múltiple digital por el que se adopta a Abertis como gestor del múltiple digital 38 en la demarcación local de Arona (TL01TF) es plenamente eficaz.”*

No obstante, las alegaciones de las partes al Informe de Audiencia y la sucesión de acontecimientos posteriores hacen necesario revisar las conclusiones alcanzadas en el mismo.

Según manifiestan Canal 4 y Canal 8 en sus escritos con fecha 25 de abril de 2010 ambas entidades mantuvieron una reunión con DTC, cuyo objeto, según consta en el acta de la reunión aportado por Canal 4, era *“desbloquear la asignación de gestor del múltiple de la Demarcación de Arona (múltiple 38, REF: TL01TF)”*; asimismo, se señala que una vez examinada la oferta presentada por DTC *“se comprueba que la misma es sensiblemente inferior en costes a la efectuada por Abertis, mejorando la cobertura”*. En vista a lo anterior las partes acuerdan lo siguiente:



“Primero.- Aceptar la oferta de DIFUSIÓN DE TELECOMUNICACIONES DE CANARIAS, S.L. para la gestión del múltiple digital 38 correspondiente a la Demarcación de Arona –REF: TL01TF- autorizándole para la tramitación del correspondiente Proyecto Técnico.

Segundo.- Solicitar de CANAL ATLÁNTICO DE TELEVISIÓN Y RADIO, S.L. la adhesión a dicho acuerdo, con el fin de poner fin al conflicto sobre la designación de gestor del múltiple”.

Posteriormente, y según consta en la documentación aportada por Canal 4 y Canal 8, Canal 8 procedió a convocar mediante carta certificada de 13 de julio de 2010 a las entidades adjudicatarias a una nueva reunión el 20 de julio de 2010. Según consta en la documentación aportada, Canal Atlántico fue debidamente convocado a la misma. En la carta por la que se procede a la convocatoria se indica lo siguiente:

“Como consecuencia de dicho conflicto, estamos actualmente imposibilitados de solicitar la aprobación del proyecto técnico correspondiente a dicho múltiple digital, con los perjuicios que ello comporta para todos los concesionarios que lo formamos.

Por dicha razón y para resolver el “impasse” generado por tal situación, disponemos de una nueva oferta propuesta para la gestión de dicho múltiple que nos ha sido facilitada por la entidad Difusión de Telecomunicaciones de Canarias, S.L., copia de la cual les está siendo remitida por dicha empresa. Con dicha propuesta se ha mostrado conforme tanto Canal 4 Tenerife, S.A.U., a quien se hizo llegar en los días pasados los términos de la misma, y mi representada Canal Ocho Medios Audiovisuales, S.L”.

Según consta en el Acta de la reunión del día 20 de julio de 2010 Canal Atlántico no comparece a la misma y se hace constar lo siguiente:

“3º Que en fecha 25 de abril de 2010, en reunión celebrada en estas instalaciones a las que acudieron los representantes de CANAL 8 MEDIOS AUDIOVISUALES, S.L., TELE CANAL 4 TENERIFE, S.A.U. y el representante legal de DIFUSIÓN DE TELECOMUNICACIONES DE CANARIAS, S.L. se realizó por parte de este último oferta para la gestión del múltiple y tramitación del correspondiente proyecto técnico. Oferta que se une al presente Acta (Documento TRES) y que fue aceptada por los comparecientes.

4º Que mediante correo electrónico de fecha 21 de junio de 2010 remitido por el letrado de Canal 4, D. Rubén Ojeda Santana a D. José Luis Zubieta Pérez se interesó la adhesión de Canal 8 al citado acuerdo (Documento CUATRO).

A la vista de lo anterior, se acuerda por los comparecientes:

PRIMERO.- Ratificar la designación por acuerdo mayoritario como gestor del múltiple a la mercantil DIFUSIÓN DE TELECOMUNICACIONES DE CANARIAS, S.L. para la gestión del múltiple digital 38 correspondiente a la Demarcación de Arona – REF: TL01TF - , autorizándole para la tramitación del correspondiente Proyecto Técnico.



SEGUNDO.- Reiterar con carácter inmediato mediante Burofax con acuse de recibo a la entidad Mercantil CANAL ATLÁNTICO DE TELEVISIÓN Y RADIO, S.L., copia del acta de la reunión de hoy, la OFERTA DE DIFUSIÓN DE TELECOMUNICACIONES DE CANARIAS, S.L. y la propuesta de adhesión al presente acuerdo”.

Se concluye por tanto que ha habido un cambio de criterio de los licenciarios para prestar el servicio de comunicación audiovisual del múltiple digital 38 de la Demarcación de Arona (TL01TF) para la elección del gestor del múltiple. Si bien en un principio había un acuerdo mayoritario en relación con la gestión del múltiple digital formado por Canal 4 y Canal Atlántico, en virtud del cual encargaban la gestión del mismo a Abertis, siendo Canal 8 la entidad en minoría, tras los acontecimientos sucedidos durante la tramitación del presente procedimiento Canal 4 y Canal 8 se ha puesto de acuerdo y han acordado que sea la empresa DTC la encargada de la gestión del múltiple digital en cuestión.

El hecho de que existiese un acuerdo anterior para la elección del gestor no impide que las partes implicadas puedan posteriormente llegar a un acuerdo distinto en base al principio de autonomía de la voluntad de las partes. No obstante, la anterior afirmación ha de matizarse para verificar si se cumplen los requisitos establecidos por esta Comisión en su Resolución de 14 de febrero de 2008 en cuanto a los principios aplicables a la elección de la figura del gestor realizada en este segundo acuerdo y asegurar que se han respetado los derechos de todos los adjudicatarios y, en especial, de Canal Atlántico.

En dicha Resolución esta Comisión interpretó los criterios establecidos en la normativa aplicable a la actividad de gestión del múltiple digital y estableció unos principios básicos de actuación que se deberán respetar en todo caso por los adjudicatarios del múltiple.

Así, esta Comisión señalaba los supuestos en lo que deberá intervenir para solucionar los conflictos que pudieran surgir en la elección del gestor del múltiple:

“[...] la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones intervendrá cuando, aun habiendo mayoría, no se respeten una serie de principios esenciales o básicos aplicables ya sea a la elección del gestor del múltiple o al funcionamiento y organización del mismo. Tales principios básicos han de formularse con el objeto de proteger los derechos de la entidad que se pueda encontrar en minoría en esta agrupación legal y forzosa que es el múltiple que ha establecido la normativa aplicable. A la postre, nos encontramos ante un bien de naturaleza pública, como es la concesión de dominio público radioeléctrico, cuya titularidad es compartida por disposición imperativa”.

Es decir, la adopción del gestor debe cumplir en todo caso unos determinados requisitos mínimos. Y ello sin perjuicio de que exista un acuerdo en mayoría de dos de los adjudicatarios del múltiple, con el fin, precisamente, de proteger los intereses de la tercera entidad en minoría.

En cuanto a la elección del gestor del múltiple digital, en la Resolución de 14 de febrero de 2008 se indicaba lo siguiente:



*“Todos los concesionarios tienen derecho de participar en las negociaciones para elegir al gestor del múltiple digital. La contratación del gestor del múltiple digital debe hacerse siguiendo el **principio de transparencia**.*

En el caso de que los concesionarios no adopten una decisión unánime y sean varios los operadores candidatos a prestar el servicio, debe establecerse un sistema entre concesionarios para que los distintos operadores de comunicaciones electrónicas interesados puedan presentar sus ofertas en el mismo periodo y plazos y los concesionarios puedan elegir entre las mismas disponiendo de idéntica información.

En estos supuestos y, a efectos de prevenir posibles conflictos y facilitar la intervención mínima de esta Comisión, las entidades interesadas en ser gestores de los múltiples y prestadores del servicio soporte harán llegar sus ofertas mediante alguna forma de la que quede constancia fehaciente –ya sea por notificación personal a cada uno de los concesionarios integrantes de los múltiples u otra forma-. Asimismo, debería quedar constancia de las negociaciones llevadas a cabo y de la decisión adoptada por mayoría. A este respecto, se entiende que corresponde un voto a cada uno de los concesionarios titulares de un canal digital”.

De la documentación aportada por Canal 4 y Canal 8 se comprueba que si bien Canal Atlántico no fue debidamente convocado a la reunión celebrada el 25 de abril de 2010, en dicha reunión se acordó solicitar la adhesión de Canal Atlántico a su acuerdo, y posteriormente, sí se procedió a convocarle a la siguiente reunión celebrada el 20 de julio de 2010, adjuntando a la convocatoria de la reunión una copia de la oferta presentada por DTC a fin de que pudiera analizar dicha oferta así como presentar en su caso una nueva propuesta. Tal y como consta en el Acta de la Reunión celebrada el 20 de julio de 2010 Canal Atlántico, a pesar de haber sido debidamente convocado a la misma, no asistió.

En definitiva, puesto que las partes fueron debidamente notificadas para asistir a la reunión de 20 de julio de 2010, adjuntando la nueva oferta presentada por Canal 8, se debe concluir que los adjudicatarios han respetado el principio de transparencia que debe regir el proceso de elección y contratación del gestor del múltiple digital.

Tal y como ha comentado esta Comisión en numerosas ocasiones, en aquellos supuestos en los que existan distintos titulares de derechos de uso del dominio público radioeléctrico dentro de un mismo múltiple digital y que no vayan a autoprestarse la gestión del múltiple digital, el criterio para elegir el gestor será el de la mayoría.

En el presente caso dos de los tres concesionarios y, por tanto, la mayoría de concesionarios del múltiple digital, han acordado que la gestión del múltiple digital se va a realizar por DTC. Por tanto, Canal Atlántico en tanto tercer adjudicatario tendrá, en principio, que asumir ese acuerdo por mayoría del múltiple.

En definitiva, durante la tramitación del presente procedimiento las partes han alcanzado un nuevo acuerdo sobre la gestión del múltiple digital en cuestión, respetando los principios establecidos por esta Comisión en la Resolución de 14 de febrero de 2008, dando lugar, por tanto, a la desaparición sobrevenida de los hechos que motivaron el inicio del mismo por lo



que se ha de proceder a su terminación, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 87 de la LRJPAC.

CUARTO.- Otras alegaciones.

A. Sobre la participación de los adjudicatarios en la gestión del múltiple digital.

En relación con la posible participación de los adjudicatarios en la gestión del múltiple digital, es necesario poner de manifiesto que conforme a la información que consta en el Registro Mercantil Central, Canal 8 y Difusión de Telecomunicaciones tienen el mismo administrador único, por lo que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42 del Código de Comercio, y, a los efectos que aquí interesan, ambas empresas forman parte del mismo grupo empresarial.

Respecto a la posibilidad de que el gestor del múltiple sea una empresa en participación de uno de los concesionarios, esta Comisión señalaba lo siguiente en la Resolución de 14 de febrero de 2008:

“En el supuesto de que el gestor del múltiple digital y prestador del servicio soporte sea una empresa en participación, en cuyo capital social participen parte de los concesionarios –pero no todos-, esta Comisión, a instancia de parte, vigilará más estrechamente el cumplimiento de los anteriores principios de transparencia y no discriminación. En estos casos, se podrá controlar que los precios de las ofertas no sean excesivos en relación con los costes subyacentes y se tendrán en cuenta y compararán los precios de todas las ofertas presentadas. Asimismo, se podrán supervisar los precios de transferencia y subvenciones dentro del grupo.

Ello es necesario en la medida en que tal situación pudiera traducirse en un tratamiento discriminatorio del concesionario que no participa en el gestor y se prevé al objeto de fomentar y garantizar una competencia efectiva en los mercados audiovisuales y de comunicaciones electrónicas (artículo 48.3.e) de la LGTel) y en orden a promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones y el despliegue de redes en condiciones de igualdad (artículo 3, apartados c) y e) de la LGTel).”

Nada impide que una de las concesionarias del múltiple participe en el operador de comunicaciones electrónicas encargado de la gestión del múltiple, no obstante, en estos casos con el objeto de evitar un posible trato discriminatorio, esta Comisión vigilará más estrechamente estos supuestos.

Por tanto, tal y como ha señalado en Resoluciones anteriores, esta Comisión podrá supervisar, si alguno de los concesionarios lo considera necesario o si esta Comisión de oficio así lo acuerda, que los precios cobrados no sean excesivos en relación con los costes subyacentes o si existen precios de transferencia o subvenciones cruzadas que pudieran suponer una vulneración del principio de no discriminación con respecto al concesionario que se encuentre en minoría, ello en la medida en que debe garantizarse el respeto de este principio en una situación en la que los concesionarios compiten entre sí.



B. Sobre la suspensión y archivo del presente procedimiento.

Tal y como se ha indicado en los Antecedentes de Hecho Canal 8 en su escrito de 4 de junio de 2010 manifiesta que *“interesa a su derecho la suspensión del presente expediente 2009/1933 y ulterior archivo de la causa”*. Posteriormente, en su escrito de 30 de junio de 2010 Canal 8 manifiesta que el presente procedimiento se podría suspender de conformidad con lo dispuesto en el artículo 42.5 e) de la LRJPAC. Así, Canal 8 señala que: *“[R]esulta evidente, de lo anterior [artículo 42.5], que aunque el presente procedimiento tiene por objeto resolver un conflicto entre diversos particulares, no entre particular y Administración, estando previsto en la ley que se pueda suspender el plazo para resolver y por tanto la tramitación del procedimiento, cuando inician negociaciones con vistas a un pacto o convenio entre las partes, entenderemos de igual manera, cuando se inician tales negociaciones entre las partes afectadas en el presente conflicto, la Administración está legitimada para acordar la suspensión si así se solicita. En este caso, a la Administración no sólo le consta la solicitud de suspensión efectuada por Canal Ocho, sino también, y concorde con ella, el desistimiento realizado por Tele Canal 4, entidad que ha instado el conflicto, por lo que se dispone de antecedentes suficientes para acordar la suspensión solicitada, en tanto se sustancia la negociación por las partes”*. Canal 8 pretendía de esta manera que esta Comisión suspendiese la resolución del plazo para resolver

El artículo 42.5 e) establece que *“[E]l transcurso del plazo máximo legal para resolver un procedimiento y notificar la resolución se podrá suspender en los siguientes casos: e) Cuando se inicien negociaciones con vistas a la conclusión de un pacto o convenio en los términos previstos en el artículo 88 de esta Ley, desde la declaración formal al respecto y hasta la conclusión sin efecto, en su caso, de las referidas negociaciones se constatará mediante declaración formulada por la Administración o los interesados”*.

Como bien señala Canal Ocho, el artículo 42.5 de la LRJPAC se refiere a la posible terminación del procedimiento mediante la celebración de pactos o acuerdos entre la Administración y los interesados en el procedimiento para convenir su resolución, y por ello, prevé la suspensión del plazo cuando se inicien las negociaciones, y no se refiere a los posibles acuerdos que pudieran alcanzar las partes interesadas en un procedimiento entre ellas, al margen de la Administración. En consecuencia, el hecho de que Canal 8 y Canal 4 tratasen de alcanzar un acuerdo sobre la gestión del múltiple digital no suspendía el plazo para resolver el presente procedimiento.

En cualquier caso, como se ha constatado en el apartado anterior, durante la tramitación del presente procedimiento las partes han alcanzado un acuerdo sobre la gestión del múltiple digital en cuestión, respetando los principios establecidos por esta Comisión en la Resolución de 14 de febrero de 2008 y, tal y como se ha concluido, dicho acuerdo ha supuesto la desaparición sobrevenida de objeto del presente procedimiento y la terminación del mismo.

C. Sobre el desistimiento.



Canal 4 en su escrito con fecha 15 de junio de 2010 comunicó su voluntad de desistir de su solicitud al haber cesado la causa que motivó su interposición.

Por su parte, Canal 8 en su escrito con fecha 30 de junio de 2010 señala que esta entidad *“no tiene inconveniente en desistir del conflicto, si así lo hicieran las demás entidades y tampoco hubiera interés por esta CMT de continuarlo. Esto es, esta empresa puede formular su desistimiento de forma condicionada, sólo para el caso de que por las demás entidades y por este organismo no exista interés en continuar el conflicto”*. Canal 8 formula así un desistimiento condicionado del presente procedimiento.

El artículo 90.1 de la LRJPAC señala que *“[T]odo interesado podrá desistir de su solicitud o, cuando ello no esté prohibido por el Ordenamiento Jurídico, renunciar a sus derechos”*. Por su parte el artículo 91 establece que *“1. Tanto el desistimiento como la renuncia podrán hacerse por cualquier medio que permita su constancia. 2. La Administración aceptará de plano el desistimiento o la renuncia, y declara concluso el procedimiento salvo que, habiéndose personado en el mismo terceros interesados, instasen éstos su continuación en el plazo de diez días desde que fueron notificados del desistimiento”*.

El desistimiento es una manifestación de la voluntad de abandonar el procedimiento y como tal debe ser expresa y clara, y ha de hacerse de modo inequívoco y concluyente a fin de que no quepa duda alguna sobre dicha voluntad. Así lo ha señalado el Tribunal Supremo en la Sentencia de 13 de noviembre de 1990: *“el desistimiento de la petición formulada en vía administrativa por su transcendencia renunciatoria de la instancia, con los efectos materiales consiguientes, es un acto expreso en el que la declaración de voluntad ha de hacerse de un modo inequívoco y concluyente, a fin de que no quepa duda sobre la voluntad del interesado”*.

El desistimiento se caracteriza, por tanto, por ser una manifestación de voluntad absolutamente libre -a diferencia de lo que ocurre con la renuncia, que sólo cabe cuando ello no esté prohibido por el Ordenamiento Jurídico-, y por su absoluta libertad de forma, basta cualquier medio que permita su constancia. No obstante, a pesar de esta libertad material y formal, tal y como ha señalado el Tribunal Supremo, esta manifestación de la voluntad ha de hacerse de modo *“inequívoco y concluyente, a fin de que no quepa duda sobre la voluntad del interesado”*. Y es ese carácter inequívoco y concluyente lo que impide que el desistimiento pueda supeditarse al cumplimiento de una condición.

No es posible, por tanto, realizar un desistimiento condicionado, tal y como ha hecho Canal 8, y ello aun cuando esa condición sea el propio desistimiento de las demás partes interesadas en el conflicto, pues la existencia misma de una condición, sea cual sea, convierte esa declaración de voluntad en incierta.

No obstante lo anterior, como se ha constatado en el apartado anterior, durante la tramitación del presente procedimiento las partes han alcanzado un acuerdo sobre la gestión del múltiple digital en cuestión, respetando los principios establecidos por esta Comisión en la Resolución de 14 de febrero de 2008, y tal y como se ha concluido dicho



acuerdo ha supuesto la desaparición sobrevenida de objeto del presente procedimiento y la terminación del mismo.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Único.- Declarar concluso el procedimiento iniciado por Tele Canal 4 Tenerife, S.A.U. contra Canal 8 Medios Audiovisuales, S.L. por la gestión del múltiple digital 38 en la demarcación local de Arona (TL01TF), por haber desaparecido el objeto que motivó su iniciación.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en 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, por quienes puedan acreditar su condición de interesados, 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 los artículos 107 y 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 48 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.