



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JAIME VELAZQUEZ VIOQUE, 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 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día de octubre de 2003, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN DEL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR RETEVISION I S.A. CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA CMT DE 12 DE JUNIO DE 2003 RELATIVA AL CONFLICTO PLANTEADO POR VEO TELEVISIÓN S.A. Y SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV S.A. SOBRE LAS CONDICIONES DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO PORTADOR SOPORTE DEL SERVICIO DE DIFUSIÓN DE LA SEÑAL DE TELEVISIÓN DIGITAL PRESTADO POR LA EMPRESA RETEVISION I, S.A.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por RETEVISION I SA contra la Resolución de esta Comisión de 12 de junio de 2003 relativa al conflicto presentado por VEO TELEVISIÓN S.A. y SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV S.A. sobre las condiciones de prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión de la señal de televisión digital prestado por la empresa RETEVISION I, S.A. (Expte. MTZ 2002/6935), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. /03 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de de octubre de 2003, recaída en el expediente AJ 2003/1139

HECHOS

PRIMERO.- Mediante Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 12 de junio de 2003, se adoptó Resolución relativa al conflicto planteado por VEO TELEVISIÓN S.A. y SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV S.A. sobre las condiciones de prestación del servicio



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

portador soporte del servicio de difusión de la señal de televisión digital prestado por la empresa RETEVISION I, S.A. (Expte. MTZ 2002/6935).

La Resolución acordaba, entre otras cosas, lo siguiente:

"PRIMERO.- El contrato a suscribir entre VEO TELEVISIÓN, S.A., y SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV, S.A., de un lado, y RETEVISION I, S.A.U., de otro, para la prestación del servicio portador soporte de los de difusión de la señal de televisión por parte de RETEVISION I, S.A.U., deberá formalizarse de acuerdo a los términos descritos en el apartado II.4 y II.5 de la presente Resolución, en el entendimiento de que el precio base deberá, hasta tanto esta Comisión no cuente con una referencia válida del valor económico real del servicio ofertado, ser corregido para no incurrir en discriminación, debiendo asimismo enviar copia a esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en el plazo de un mes desde su formalización.

Estas condiciones del apartado II. 4 de la Resolución, se concretan en:

"La manera de corregir esta discriminación consistirá en que mientras RETEVISION no acredite debidamente ante esta CMT los costes de producción de los diferentes servicios que presta a los diferentes operadores, VEOTV y NET TV tendrán derecho a obtener de RETEVISION un precio por la emisión de un programa completo en el multiplex que tienen hoy adjudicado igual al menor de los que hoy satisface a RETEVISION cualesquiera de los operadores analógicos por un programa completo en un canal multiplex con desconexiones territoriales."

En cuanto a las demás condiciones técnicas, el apartado II.5 dispone que:

".. sin perjuicio de cualesquiera otras condiciones que acuerden los interesados, se considera que la oferta de RETEVISION debe mantener, como mínimo, las condiciones del Acuerdo de Nivel de Servicio que en su día se acordara con Quiero TV. No obstante, ello no presupone una equiparación con los precios aplicados a Quiero TV mientras estuvo en activo. Efectivamente, como ya se ha puesto de manifiesto, los precios aplicados a Quiero TV resultan inferiores al precio ofertado a VEO TV y NET TV puesto que aquélla realizaba por sus propios medios parte de la actividad de codificación y multiplexación, al contrario que VEO TV y NET TV, que solicitan a RETEVISION la prestación de esta actividad por completo. En cualquier caso, los términos del Anexo referente al Acuerdo de Nivel de Servicio que formalicen cada una de las entidades VEO TV y NET TV con RETEVISION deberán contemplar los objetivos de calidad a alcanzar, los parámetros determinados que han de ser cuantificados, definir las condiciones para su medida, los valores de referencia y las penalizaciones aplicadas en caso de no alcanzar los valores comprometidos.

Asimismo, dicho Anexo deberán incorporar, como mínimo, las características tanto de entrega de señal como de la red de difusión, los centros emisores en servicio, detalles de la prestación del servicio, características de disponibilidad,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

respuesta y resolución de incidencias, mantenimiento del servicio, asistencia técnica, atención al cliente, información y coordinación técnica".

Respecto de la variación del precio en función de la duración del contrato, el apartado II.5 dispone lo siguiente.

"Por ello, resulta razonable que VEO TV y NET TV abonen a RETEVISION la parte proporcional del precio ofertado en la alternativa (i), correspondiente a un contrato a diez años con un descuento para el primer año, computando el periodo transcurrido entre la fecha de comienzo de prestación del servicio, esto es, 17 de junio de 2002 y la fecha en la cual, o bien RETEVISION deje de prestar dicho servicio, a instancias de VEO TV y NET TV, o bien la fecha en la cual formalicen un contrato, sin perjuicio de que en estos casos se regularicen los pagos si corresponden a una duración del contrato distinta de los diez años."

Además, el Consejo acordó en la Resolución:

SEGUNDO.- Las condiciones económicas del contrato que suscriban cada una de las entidades VEO TELEVISIÓN, S.A., y SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV, S.A. con la entidad RETEVISION I, S.A.U. se aplicarán desde el inicio de la prestación del servicio por parte de esta última, es decir, desde la fecha 17 de junio de 2002.

TERCERO.- En cuanto al primer año de emisión, serán de aplicación a las respectivas relaciones de VEO TELEVISIÓN, S.A., y SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV, S.A., con RETEVISION I, S.A.U., las condiciones económicas por programa ofertadas en la alternativa (i) del apartado II.5 b) "Condición sobre la Duración del contrato" de la presente Resolución, en concepto de prestación del servicio soporte de la señal digital de VEO TELEVISIÓN, S.A., y SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV, S.A. A estos efectos, se considerará como fecha de inicio de la prestación el 17 de junio de 2002. Lo dicho, sin perjuicio de que se proceda a la regularización de dicha contraprestación, en el momento en que se concrete la duración de los contratos entre las partes, según las condiciones económicas recogidas para cada duración en el citado apartado."

La alternativa II.5 b) (i) a que se refiere la Resolución consiste en:

(i) un contrato a diez años con un precio base anual igual al precio de las ofertas iniciales, de fecha 30 de enero y 15 de marzo de 2002, respectivamente, de RETEVISION a VEO TV y NET TV, y unas condiciones especiales de facturación durante el primer año (cuota anual del primer año igual al 46% del precio base anual).

SEGUNDO.- Con fecha 16 de julio de 2003, RETEVISION I, S.A. (en adelante RETEVISION) interpuso recurso potestativo de reposición contra la citada Resolución del expediente Expte. MTZ 2002/6935 de 12 de junio en el que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

solicita la estimación del recurso y la revocación de la resolución recurrida y se declare:

- “ 1. *Que el precio ofertado por programa presentado a VEO y NET es conforme a derecho y es el que debe aplicarse al servicio a prestar por RETEVISION a estas entidades.*
2. *Que VEO, NET y RETEVISION deban suscribir en el plazo de 30 días hábiles a partir desde la resolución del recurso el contrato por el que deba regirse su relación jurídica.*
3. *Que las condiciones económicas deben tener efecto desde la fecha inicio de la prestación del servicio, es decir, desde el 17 de junio de 2002.”*

RETEVISION fundamenta su solicitud en las siguientes alegaciones:

Primero.- Incorrecta habilitación competencial.

Sostiene RETEVISION que la CMT ha dictado Resolución tomando en cuenta argumentaciones y preceptos legales que no son de aplicación. Así, debía haber resuelto el conflicto mediante la sola aplicación de la Orden de 9 de marzo de 2000, por la que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, y de los criterios que su Disposición Transitoria cuarta establece, esto es *"el equilibrio económico global de las condiciones establecidas en los contratos preexistentes y las tarifas aprobadas con el carácter de máximas por la CDGAE (párrafo 3)." A estos criterios, a lo sumo podría añadirse, según RETEVISION, "en primer lugar, (aunque es muy dudosa su aplicación al caso) el que se ofrezcan condiciones, al menos iguales, a las contenidas en el contrato celebrado con el Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión (DT 4ª,2) y por último, la prohibición de discriminación entre entidades públicas y privadas (DT 4ª ,.5)."*

Segundo.- Incorrecciones sobre el contexto jurídico y regulatorio alegado por la CMT.

RETEVISION no ha sido titular del monopolio en la prestación del servicio soporte de los servicios de difusión dado que la titularidad del servicio pertenecía desde 1988 únicamente al ENTE PÚBLICO DE LA RED TÉCNICA ESPAÑOLA DE TELEVISIÓN. RETEVISION S.A., sociedad anónima creada por Real Decreto Ley 6/1996 de 7 de Junio de Liberalización de las Telecomunicaciones y a la que se aportan todos los bienes y derechos pertenecientes al Estado que integraban la red pública de telecomunicaciones que hasta dicho momento gestionaba el ente público, cedía al ENTE la capacidad de red necesaria para prestar el servicio en virtud de contrato



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

suscrito en fecha 31 de enero de 1997. Correspondía a la CDGAE, hasta el 31 de diciembre de 2002, la autorización y modificación de las tarifas correspondientes a la prestación del servicio portador por el ente público.

En consecuencia, sólo desde el 4 de abril de 2000, con la entrada en vigor de la Orden de 9 de marzo de 2000, RETEVISION S.A. pasa a ostentar el título habilitante para la prestación del servicio portador soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisión. Además, desde esa misma fecha, cualquier operador de telecomunicaciones con Licencia B o C puede solicitar la extensión de la misma a la instalación y explotación de infraestructuras de red soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisión, lo que implica que RETEVISION siempre ha prestado el servicio en régimen de libre competencia.

Por todo lo anterior manifiesta RETEVISION que *“la Resolución no es exacta cuando en el apartado el servicio portador de difusión de la TDT se refiere en ocasiones a RETEVISION como titular del monopolio del servicios soporte de los servicios de difusión hasta el 3 de abril de 2000.”*

En segundo lugar, mantiene RETEVISION que la Resolución contiene imprecisiones en relación con el régimen de precios. Así, sostiene que la Disposición Adicional Cuarta del Real Decreto 2169/1998, de 9 de Octubre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal se refiere al ENTE PUBLICO RED TÉCNICA ESPAÑOLA DE TELEVISIÓN si bien RETEVISION SA se encuentra sometida a la misma limitación desde que presta directamente el servicio. Además precisa que la Resolución de 22 de marzo de 1999 de la Secretaria General de Telecomunicaciones por la que se hace público el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de marzo que establece el régimen económico en que el ENTE PÚBLICO prestará el servicio portador soporte del servicio de TDT tiene como únicos destinatarios al ENTE PÚBLICO Y QUIERO TELEVISIÓN SA y no al resto de los concesionarios. Por último, sostiene que la CMT no toma en cuenta que los precios ofrecidos por RETEVISION a NET TV y VEO TV son un 20% inferiores a las establecidas por la CDGAE para el Ente Público, por lo que no pueden considerarse excesivas, al estar las tarifas establecidas por la CDGAE de acuerdo a criterios de cobertura de costes y de adecuación a los periodos de despliegue.

Tercero.- El análisis de los precios debe hacerse por comparación del precio por multiplex y no por referencia al precio por programa.

El análisis del precio debe hacerse, como contenía el informe de los servicios de la Comisión por Canal múltiple, y no por programa ya que todas las actividades asociadas al transporte y la difusión de la señal digital se realizan por canal radioeléctrico, esto es, por canal múltiple, sin que sea posible separarlo por los programas en que consta dicho canal múltiple.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto.- El número de programas que se incluyen en un multiplex es relevante a la hora de establecer el precio.

No puede establecerse un precio por programa para todos los casos y resulta improcedente tomar como referencia el precio por programa de un múltiplex como acaece en el caso de MFN, que tiene un número distinto de programas (cinco en vez de cuatro). En suma, la comparativa debe realizarse entre precios de multiplex, para luego hallar, mediante la división entre el número de programas de cada múltiplex, el precio por programa de ese múltiplex.

Quinto- La resolución define incorrectamente el mercado.

Así, la resolución define como servicio de difusión aquél mediante el cual las cadenas de radio y televisión hacen que sus contenidos lleguen al público por vía convencional lo que implica que el mercado supuestamente analizado por la CMT incluye tanto los servicios portadores soporte del servicio de radiodifusión sonora como de televisión. Esta definición se contradice con la Resolución de la CMT de 26 de julio de 2001 en la cual se distingue el mercado de servicios portadores soporte de radiodifusión sonora y el de los servicios soporte de la difusión de televisión y en la que se niega que RETEVISION ostente posición de dominio en el primero. No habiendo variado la situación competitiva en dicho mercado, la nueva resolución no puede modificar el criterio ya establecido sin la correspondiente motivación según dispone el 54.1 c) de la Ley 30/1992. Asimismo no se distingue debidamente entre el mercado de difusión y el mercado de transporte y difusión, cuando son diferentes las cuotas que RETEVISION ostenta en cada uno de ellos.

Sexto.- RETEVISION no ha incurrido en prácticas abusivas consistentes en la aplicación de precios excesivos y aporta un análisis del precio en relación a los costes del servicio y una comparativa respecto a las condiciones aplicables a otros operadores y a nivel europeo. Además reitera que no está obligada a orientar sus precios a costes.

Séptimo.- RETEVISION no ha incurrido en prácticas abusivas consistentes en la aplicación de precios discriminatorios.

En este sentido pone de manifiesto una comparativa de precios por canal múltiplex ofrecidos a otros operadores y en mayor detalle una comparación con el precio ofertado a QUIERO TV.

Además, afirma que no es correcto descalificar la comparación con QUIERO TV por ser filial de RETEVISION puesto que, en primer lugar, la participación de RETEVISION en la citada sociedad no le otorga el control de la misma. Así la normativa vigente impedía tener una participación superior al 49% en una concesionaria del servicio de difusión de televisión. Por otra parte, el servicio



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de difusión de QUIERO TV no se contrató con RETEVISION sino con el ENTE PÚBLICO DE LA RED TÉCNICA ESPAÑOLA DE TELEVISIÓN en condiciones que respetaban las tarifas de la CDGAE.

Octavo.- RETEVISION expone que las condiciones ofrecidas a VEO TV y NET TV fueron análogas a las de QUIERO TV tanto en precios como en nivel de servicio, y considera paradójico que en la Resolución recurrida se adopte como referencia las condiciones de nivel de servicio aplicadas a QUIERO TV, cuando se ha rechazado previamente en dicha Resolución la referencia de las condiciones económicas aplicadas a QUIERO TV al calificarse ésta de filial de RETEVISION.

Asimismo, la Resolución recurrida a la hora de aplicar un precio para determinar el precio a aplicar en función de la duración de los contratos, incurre en la contradicción de tomar como referencia el precio de un contrato a 10 años, en lugar de un contrato a 5 años, plazo de duración que tienen contratados los concesionarios del multiplex MFN y cuyo precio toma la Resolución como valor de referencia.

Noveno.- Ausencia de plazo para la formalización del Acuerdo y retroactividad de los precios que fije la CMT.

RETEVISION alega que la Resolución del recurso deberá determinar el plazo para formalizar el acuerdo entre las partes y deberá establecer que una vez fijados por la CMT los precios con carácter definitivo (basados en costes), estos se deberán aplicar de forma retroactiva al inicio de la relación jurídica.

TERCERO.- En cumplimiento de lo establecido en el artículo 112.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, mediante escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de fecha 21 de julio del año en curso, se notificó a los interesados la apertura del procedimiento y se les dio traslado de una copia del citado escrito para que en el plazo de diez días alegasen cuanto estimasen procedente.

Con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión el 1 de agosto de 2003 presentaron alegaciones VEO TELEVISIÓN S.A (en adelante VEO TV) y SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV S.A. (en adelante NET TV) en las que se solicita que se desestime el recurso y se confirme íntegramente el contenido de la Resolución. Asimismo solicitan tener acceso al Anexo presentado junto con el escrito de interposición del recurso y cuyo contenido ha sido calificado de confidencial por RETEVISION.

A los anteriores hechos les son de aplicación los siguientes



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

Primero.- Admisión a trámite y delimitación del objeto del recurso

La Resolución de la CMT de 12 de junio de 2003 pone fin a la vía administrativa por lo que es recurrible en reposición de acuerdo con el artículo 116 de la 30/1992 de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC).

La recurrente califica expresamente su escrito como recurso de reposición. En la medida en que se alega infracción del ordenamiento jurídico se entiende que se está invocando causa de anulabilidad prevista en los artículos 62 y 63 de la misma Ley, conforme requiere el artículo 107 de la LRJPAC.

Por todo ello, el recurso ha sido interpuesto cumpliendo con todos los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC. Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley. Teniendo en cuenta lo anterior, se admitió a trámite el recurso interpuesto.

Segundo.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver el presente recurso corresponde, de conformidad con lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado. El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES

Primero.- Respecto a la habilitación competencial de la Comisión.

En relación con la habilitación competencial, RETEVISIÓN manifiesta que en la resolución objeto de recurso, la habilitación de la CMT se haya prevista en la Orden de 9 marzo de 2000 por la que se aprueba el Reglamento de uso del dominio público radioeléctrico, y no en la habilitación general, de *“velar por la libre competencia en el mercado de las telecomunicaciones, lo que incluye el mercado de acceso a redes y la formación de los precios”*, recogida en la Ley 12/1997. Asimismo, la recurrente expone los criterios que, a su juicio, deberían



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

haber sido considerados por esta Comisión para la resolución del conflicto suscitado.

Al respecto, cabe señalar, en primer lugar, que la Resolución recurrida tenía por objeto resolver las controversias suscitadas entre NET TV, VEO TV y RETEVISIÓN en torno al acceso por aquéllas al servicio portador soporte del de difusión de televisión en el ámbito nacional.

Para ello, esta Comisión hizo uso de la habilitación competencial establecida en los artículos 1.Dos.2 c) y e) de la Ley 12/1997, así como en los artículos 22 a 29 de la LGTel y normativa de desarrollo –entre la que se encuentra el Reglamento de uso del dominio público radioeléctrico, al que alude RETEVISIÓN- para la resolución de los conflictos de acceso.

Esta habilitación competencial no es en absoluto incorrecta, como parece pretender RETEVISION, pues el Reglamento de uso del dominio público radioeléctrico se dictó en desarrollo del artículo 62 de la LGTel, que remitía a un desarrollo reglamentario posterior las condiciones de gestión del dominio público radioeléctrico, la elaboración de los planes para su utilización y los procedimientos de otorgamiento de los derechos de uso de dicho dominio. Ello implica que en ningún caso, por el principio de supremacía de la Ley sobre el Reglamento, podrían ser los criterios adoptados en el Reglamento contradictorios con la Ley que pretende desarrollar, siendo el Reglamento, una norma secundaria, inferior y complementaria a la Ley.

En conclusión, la habilitación competencial de esta Comisión en el presente supuesto no deriva únicamente, como afirma RETEVISIÓN en su recurso, del Reglamento de uso del dominio público radioeléctrico, sino y sobre todo, de la Ley que desarrolla este Reglamento, es decir, la LGTel y de la Ley 12/1997, que crea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, define su objeto, y le otorga una serie de competencias para cumplir dicho objeto.

Precisamente por esta razón, los criterios utilizados por esta Comisión en la Resolución ahora recurrida, no se han limitado a los señalados por la recurrente, esto es, el equilibrio económico y global de las condiciones establecidas en los contratos preexistentes y las tarifas aprobadas por la CDGAE, sino que también se ha tomado en consideración *“la regulación relativa a la oferta de redes de telecomunicaciones y el acceso a las mismas”*, tal y como prevé la Disposición transitoria cuarta del Reglamento de uso del DPR en su apartado tercero.

De hecho, así se ponía de manifiesto en la Resolución recurrida al señalar que *“la falta de acuerdo sobre determinadas condiciones de acceso por parte de una entidad prestataria del servicio de difusión de televisión digital al servicio portador del servicio de televisión del operador establecido constituye un*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conflicto de acceso sometido a lo dispuesto en los artículos 22 a 29 de la Ley General (LGTel) y su normativa de desarrollo”.

Por último, en relación con la aplicación de los criterios contenidos en los apartados 2 y 5 de la citada Disposición transitoria cuarta a los que alude RETEVISIÓN, esta Comisión coincide con la recurrente en cuanto a la “dudosa” aplicación del primero de ellos al objeto del procedimiento. Ello, puesto que el citado apartado segundo se está refiriendo a aquellas entidades públicas o privadas gestoras de los servicios de televisión que estuvieran prestando servicios con anterioridad al 2 de abril de 2000, no siendo este el caso ni de NET TV ni de VEO TV.

Ahora bien, por lo que se refiere al apartado quinto de la Disposición transitoria cuarta, esta Comisión considera que el mismo resulta completamente aplicable a la recurrente, teniendo en cuenta que en él se establece que la prestación del servicio portador soporte de los servicios de difusión televisiva regulados, entre otras, en la Ley 10/1988 –en este caso, VEO TV y NET TV- por las entidades de infraestructuras que hubiesen obtenido el correspondiente título habilitante para la prestación del servicio portador soporte de los de difusión televisiva – entre las que se encuentra RETEVISIÓN-, se efectuará con sujeción a los principios de igualdad de trato y no discriminación entre las distintas entidades públicas y privadas gestoras del servicio público de televisión.

Por todo ello procede desestimar de plano este primer motivo de impugnación por no infringir la resolución recurrida los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Segundo.- Respecto al contexto jurídico y regulatorio

Por lo que se refiere a alegación sobre *“las imprecisiones en la identificación de las diversas entidades que detentan (...) el título habilitante para la prestación del servicio portador del servicio de difusión de televisión (...): el Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión, Retevisión, S.A. y Retevisión I, S.A.U”*, cabe señalar que el objeto del fundamento de Derecho segundo de la Resolución recurrida era analizar y exponer, con la mayor claridad posible, el contexto regulatorio en el que se desarrolla la actividad de prestación del denominado servicio portador del servicio de difusión de la televisión digital terrenal.

Por ello y teniendo en cuenta que RETEVISIÓN fue parte principal del proceso de liberalización del servicio portador, esta Comisión no consideró necesario incurrir en las precisiones a las que alude la recurrente que, si bien son ciertas, sin embargo, no modifican el sentido de la Resolución recurrida.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cualquier caso, lo que es cierto es que hasta el 3 de abril de 2000 coexisten una empresa titular de las infraestructuras (única habilitada para ello) y el Ente Público (único titular de la habilitación para la prestación de los servicios hasta cierta fecha, puesto que se trataba de un monopolio legal). Una vez que se liberan las infraestructuras y la prestación de los servicios, ambas se hacen coincidir en una única persona jurídica, esto es, RETEVISION S.A. Se pasa, por tanto, de un monopolio legal a una situación de monopolio de facto o, lo que es lo mismo, a una posición de dominio de mercado en el nuevo régimen de libre competencia derivado de un monopolio legal histórico. Por ello en la normativa se regulan lo que, quizás incorrectamente, la Resolución denomina con la expresión *“peculiaridades referidas a RETEVISION derivadas de su condición de antiguo monopolista”*, como puede ser la aprobación por la CDGAE de las tarifas aplicables hasta tanto el servicio no pudiera ser prestado por terceros.

En cuanto a la alegación relativa a que la Resolución de 22 de marzo de 1999 por la que se hace público el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de marzo de 1999, por el que, entre otros aspectos, se establece el régimen económico en que el ENTE PÚBLICO DE LA RED TÉCNICA ESPAÑOLA DE TELEVISIÓN, prestará el servicio portador soporte del servicio de televisión digital terrenal, tenía como únicos destinatarios al ENTE PÚBLICO y a QUIERO TELEVISIÓN, S.A., cumple señalar que, dicha afirmación, aunque imprecisa, tampoco modifica el sentido de la Resolución recurrida, como reconoce RETEVISIÓN.

En efecto, en dicha Resolución se alude únicamente al ENTE PÚBLICO DE LA RED TÉCNICA ESPAÑOLA DE TELEVISIÓN y a la *“sociedad concesionaria habilitada para emitir programas de televisión empleando tecnología digital”*, es decir, QUIERO TV, que resultó adjudicataria del concurso convocado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de enero de 1999.

Ahora bien, posteriormente, la Resolución de la Secretaría General de Comunicaciones de 22 de junio de 1999¹ estableció la aplicación del régimen económico en que el Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión, había de prestar el servicio portador soporte del servicio de televisión digital terrenal previsto en la Resolución de 22 de marzo, a las entidades gestoras del servicio público esencial de televisión.²

¹ Resolución por la que se hace público el Acuerdo del Consejo de Ministros de 11 de junio de 1999, por el que se habilita a las entidades gestoras del servicio público esencial de televisión para que presten el servicio de televisión digital terrenal en los términos establecidos en la disposición transitoria del Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal.

² Entre otras, Gestevisión-Telecinco, S.A., Antena 3 de Televisión, S.A., Sogecable, S.A., Ente Público Radiotelevisión Española.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cualquier caso, no puede olvidarse que en la fecha de la Resolución mencionada por la recurrente, esto es, marzo de 1999, no existía ninguna entidad habilitada para la prestación del servicio de televisión digital terrenal, puesto que a QUIERO TV no se le adjudicó la concesión hasta diciembre de ese mismo año. Por esta razón, es evidente que la Resolución de 22 de marzo de 1999 no contempla como destinatarios ni a VEO TV ni a NET TV.

En cuanto a las alegadas inexactitudes en relación con el régimen de precios, las mismas tienen como única consecuencia, de acuerdo con lo alegado por RETEVISION, que las tarifas no pueden considerarse excesivas puesto que son aproximadamente un 20% inferiores a las establecidas por la CDGAE para el ente público.

En relación con esta cuestión cabe precisar que el mero respeto del régimen de precios máximos no impide que determinadas tarifas puedan considerarse excesivas desde el punto de vista del mercado, especialmente si contamos con parámetros que acreditan una discriminación no justificada objetivamente en la aplicación de estos precios máximos.

En este sentido se ha pronunciado ya la Comisión con ocasión de anteriores resoluciones. Sirva de ejemplo la Resolución de 8 de noviembre de 2001, *por la que se resuelve el recurso de reposición contra la Resolución de la CMT de fecha 5 de julio de 2001 relativa a las medidas cautelares dictadas dentro del expediente MTZ 2001/4935, sobre el establecimiento de condiciones para el acceso indirecto al bucle de abonado de la red telefónica fija de Telefónica de España, S.A.U con el objeto de articular los mecanismos que posibiliten la prestación de servicios ADSL en competencia*, en la que se afirma:

“En cuanto a la alegación de TESAU consistente en que no existe por su parte el más mínimo ejercicio de libertad empresarial en la configuración de los precios en el mercado ascendente (puesto que han sido fijados por el Ministerio de Ciencia y Tecnología) y por ello, no es posible imputarle un supuesto de abuso de posición de dominio, hay que realizar las siguientes precisiones: en primer lugar, que los precios contenidos en la orden de 29 de diciembre de 2000 para su aplicación por TESAU tiene el carácter de máximos, por lo que sí que hay cierta flexibilidad. En segundo lugar, sí podrían resultar imputables al Grupo Telefónica prácticas de reducción de márgenes anticompetitivas en el caso de que llegara a demostrarse, en el supuesto concreto, que se está actuando como grupo, puesto que los precios aplicados por las filiales no están sujetos a regulación sino que se determinan libremente”.

“(…) Hay que recordar que TESAU sigue vinculada por la obligación general de no discriminar entre la oferta que presta a sus filiales y empresas asociadas y los servicios que presta a los competidores de estas, obligaciones estas derivadas



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

tanto de las normas sobre competencia generales como concretamente el Reglamento de Acceso al Bucle”.

Por lo que se refiere a la relación de los precios con las tarifas aprobadas por la CDGAE, únicamente cabe matizar a las alegaciones de Retevisión que las conclusiones recogidas en la Resolución recurrida en materia de precios se reducen a constatar que el régimen jurídico aplicable a RETEVISION ha estado caracterizado, *“hasta el 31 de diciembre de 2002 por la intervención administrativa de las tarifas correspondientes a la prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión de la TDT, tarifas que según se indica en la justificación de la Orden fueron fijadas de acuerdo a criterios de cobertura de costes y de adecuación a los períodos de despliegue de infraestructuras para la implantación de la TDT si bien esta CMT no pudo ratificar en cuanto por la información suministrada resultaba imposible pronunciarse sobre una correcta realización de los cálculos, criterios de reparto de costes o criterios de valoración de activos. A partir de dicha fecha, los precios serán libres quedando sometidos a la normativa sobre libre competencia.”* En ningún momento la CMT mantiene que *“las tarifas no tengan relevancia para enjuiciar la presente controversia”* como aduce RETEVISION, sino que se limita a subrayar que, a efectos de la resolución del conflicto planteado por VEO TV y NET TV *“las tarifas aplicables a RETEVISION fueron aprobadas al comienzo de la segunda fase de introducción de la TDT sin que posteriormente hayan sido actualizadas”*.

Además, como se indicó en la resolución impugnada, las tarifas en cuestión se referían a la fase segunda de introducción de la TDT, que comprende los canales 57 a 65 según el Plan Técnico de la TDT, aprobado por RD 2169/1998, más no a la fase tercera, que se inicia con los canales 57 a 69, entre los que se encuentran los programas adjudicados a VEO TV y NET TV. No podría por ello, y en cualquier caso, buscarse una correspondencia entre las tarifas existentes y una hipotética justificación en costes de esas mismas tarifas para VEO y NET TV, por cuanto las tarifas eran aplicables a otro tipo de canales diferentes (con procesos técnicos de implantación distintos) que los adjudicados a estos últimos operadores.

En cualquier caso, se insiste, esta CMT cuando informó las tarifas de referencia hizo expresa salvedad de la imposibilidad de pronunciarse sobre la correcta asignación de costes, tal como ahora acontece nuevamente, por la carencia de suministro de información mínimamente solvente susceptible de permitir la emisión de un informe sobre este aspecto.

De lo anterior se concluye que, en el caso que nos ocupa, el precio aprobado en su día por la CDGAE constituye un mero referente pero no el dato concluyente a la hora de determinar si un precio puede considerarse abusivo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por lo demás, las restantes precisiones de RETEVISION no tienen consecuencias jurídicas a efectos del presente recurso.

Por todo ello cabe desestimar el segundo motivo de impugnación.

Tercero.- En cuanto a que el análisis de los precios hubiera debido hacerse por comparación del precio por múltiplex y no por referencia al precio por programa

En relación con este motivo de impugnación hay que precisar que, según se recoge en la Resolución recurrida, las entidades VEO TV y NET TV son titulares de sendas concesiones para la explotación del servicio público de televisión digital terrenal, en gestión indirecta, mediante el empleo, al amparo de cada una de ellas de un programa dentro de un canal múltiple de frecuencia única y cobertura nacional, en régimen de emisión en abierto, en virtud de lo dispuesto el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de noviembre de 2000, por el que se resolvió el concurso convocado para la adjudicación de dos concesiones de TDT para el canal radioeléctrico 66. Este canal se conforma por cuatro programas, dos de los cuales, pertenecientes a QUIERO TV se encuentran inactivos.

La Resolución recurrida no desconoce que desde el punto de vista estrictamente técnico el canal múltiplex es la unidad mínima de producción del servicio, resultando técnicamente imposible segregar el canal múltiple en los diferentes programas que lo conforman para transmitir individualmente cada programa por una red distinta, hasta el punto que los concesionarios titulares de programas dentro de un mismo canal han de llegar a un acuerdo en lo que respecta a la elección del proveedor de servicios de red para el transporte y difusión a los usuarios finales de su señal.

Dicha circunstancia no ha sido obviada por la Resolución ahora recurrida. Sin embargo, ante la ausencia de una estimación fiable de los costes de producción de los servicios prestados a los diferentes canales múltiples que permita acreditar la diferencia alegada entre los precios del múltiplex de VEO TV y NET TV y los precios del múltiplex de los concesionarios análogos, se ha tomado en la Resolución como referencia el precio por programa abonado por los concesionarios del múltiplex con desconexiones territoriales, para su aplicación al precio por programa que deben abonar VEO TV y NET TV por los servicios de RETEVISION, hasta que esta última entidad acredite debidamente los costes de producción de los servicios que presta a los diferentes concesionarios, lo cual no se ha producido ni en aquél expediente ni en el presente procedimiento.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se insiste en que RETEVISION no suministró en su momento una información mínimamente solvente, no obstante los diferentes requerimientos formulados por esta Comisión, respecto de los costes de producción de los servicios, que hubiera permitido a la CMT pronunciarse de manera directa y sin necesidad de criterios subsidiarios respecto de si los precios que pretendía cobrar a VEO y NET TV eran o no excesivos de acuerdo con el derecho de la competencia.

Por ello, la Resolución recurrida concluye diciendo que *“a falta de estimaciones de costes, por mínimas que sea, lo que procede es comparar precios aplicados en la realidad, en este caso por programa, por cuanto los contratos que ofrece RETEVISION a los operadores, en lo que hace a las ofertas económicas, no son por canal múltiple completo sino por programa de cada canal. Y, en este caso, no hay razón objetiva en este expediente que justifique cobrar por un programa nacional, obviando se reitera las asignaciones de costes, diferentes precios a operadores que emiten todos ellos con una cobertura del 80% en estos momentos”*

Asimismo, siendo VEO TV y NET TV, entidades titulares de un programa dentro de un canal, resulta lógico que el precio que deba pagarse a la entidad que presta el servicio portador venga referido a la emisión del programa. El hecho de que el coste se genere por servicios prestados a todo el canal y no programas específicos no implica que cada concesionario de un programa deba cubrir todos los costes generados por el canal, dado que estos costes son compartidos y además VEO TV Y NET TV no pueden utilizar comercialmente la capacidad extra disponible. Tampoco, el hecho de que QUIERO TV haya dejado de prestar servicios no puede suponer un coste adicional para VEO TV y NET TV, puesto que aquélla deberá responder directamente por los compromisos contractuales que hubiera adquirido frente a RETEVISION.

No hay que olvidar, tal y como alegan NET y VEO, que ni el Real Decreto 2169/1998 de 9 de octubre por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Terrenal ni la asignación que se ha hecho a cada uno de los operadores que actúan con tecnología digital terrenal toman como referencia de unidad al múltiplex. Así, *“la asignación se ha llevado a cabo programa por programa y, salvo la extinta Quiero Televisión, SA ninguna empresa explota un canal múltiple en su conjunto. Técnicamente, cada programa permite la transmisión de una señal. Económicamente, cada programa permite un ámbito autónomo de rentabilidad o no y, jurídicamente, cada programa es susceptible de asignación y explotación autónoma, y de hecho, ha sido objeto de tal adjudicación autónoma”*. Además la discriminación entre operadores se ha concretado en tratar de modo distinto a cada explotador de un determinado programa y no de un canal.

En consecuencia, debe desestimarse este motivo de impugnación por ser el criterio utilizado por la Comisión ajustado a derecho.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto.- Sobre la relevancia del número de programas que se incluyen dentro del múltiplex.

En segundo lugar, RETEVISION pone de manifiesto en sus alegaciones la relevancia del número de programas por cada canal múltiple, puesto que ello supone, a su juicio, un dato significativo para determinar si existe un término comparativo válido entre los diferentes canales múltiples. Al existir canales múltiples con diferente número de programas, y por tanto, con anchos de banda distintos por programa, RETEVISION cuestiona que pueda establecerse como referencia un precio por programa y no por múltiplex.

En este sentido, como ya se apuntaba en la Resolución de referencia, el Plan Técnico Nacional de la TDT conforma un escenario de despliegue del servicio de TDT en el que existen dos posibilidades para la prestación de un servicio de TDT de cobertura nacional: una a través de redes SFN de ámbito nacional y otra mediante una red MFN de cobertura nacional con capacidad para efectuar desconexiones territoriales. A la primera opción pertenecen las concesiones otorgadas a VEO TV y NET TV, mientras que a la segunda pertenecen las concesiones otorgadas a los actuales concesionarios analógicos.

Ahora bien, el desarrollo normativo posterior al Plan Técnico Nacional citado dispuso que los canales múltiples soportados por los dos tipos de configuración de red para la prestación del servicio nacional de TDT contendrían diferente número de programas. Así, los canales múltiples soportados mediante la red de frecuencia única de ámbito nacional están integrados cada uno por cuatro programas, mientras que el canal múltiple soportado por la red MFN de cobertura nacional con desconexiones territoriales está integrado por cinco programas.

La estructura de la red de RETEVISION destinada al último tramo, esto es, a la difusión, es la misma para los dos tipos de red, de modo que todos los canales múltiples cuentan con la misma capacidad (19,91 Mbit/s útiles³). No obstante, dicho flujo binario ha de ser repartido entre cuatro programas (caso de NET TV y VEO TV) o entre cinco programas (caso de los concesionarios analógicos), puesto que no se han acordado técnicas de multiplexación estadística entre los integrantes de un múltiplex ni se hace uso del ancho de banda destinado a servicios de datos (un 20% de la capacidad del canal como máximo, para el canal múltiple de la SFN nacional únicamente). Por este motivo, NET TV y VEO TV, como concesionarios del canal múltiple sobre una red SFN nacional, cuentan con algo menos de 5 Mbit/s para su programación y servicios digitales

³ Derivados de las características de la red de RETEVISION: transmisores en modo 8k y canales de 8 MHz (parámetros fijados en el Plan Técnico Nacional de la TDT), [con una modulación, CONFIDENCIAL relación de codificación CONFIDENCIAL e intervalo de guarda CONFIDENCIAL].



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

asociados, mientras que los actuales concesionarios analógicos cuentan con algo menos de 4 Mbit/s para emitir en digital su actual programación analógica.

No obstante, estas diferencias no determinan la nulidad de la Resolución recurrida. La Resolución recurrida no tiene la pretensión de determinar unos precios calculados en base a los costes exactos, por haber resultado imposible su determinación en aquél procedimiento al no haber sido debidamente acreditados estos costes por RETEVISION. Precisamente esta imposibilidad y la necesidad de resolver el conflicto ha determinado la aplicación de un precio en el que se toma como criterio decisivo el referente objetivo más inmediato, esto es, el precio aplicado por programa a los competidores de VEO TV y NET TV.

Así, finalmente se acordó utilizar como precio por programa a aplicar por RETEVISION a VEO TV y NET TV, el menor precio por programa que satisfacen a RETEVISION los actuales concesionarios analógicos por el transporte y difusión de sus emisiones digitales, no matizándose en función de las diferencias por capacidad útil por programa a la que acceden los diferentes concesionarios. Esta solución constituye una alternativa lícita para la resolución del conflicto y la más acorde con el ordenamiento jurídico a la vista de la imposibilidad de referir estas diferencias a sus costes reales pues RETEVISION no acreditó ante esta Comisión los datos sobre el coste de producción de sus servicios que sustentaban los precios propuestos a VEO TV y NET TV.

De ahí que deba desestimarse también este motivo de impugnación.

Asimismo, cabe precisar respecto de la documentación relativa a los costes que aporta en el escrito del recurso de reposición con carácter de confidencial que, en primer lugar, esta documentación hubiera debido aportarse como contestación a los requerimientos de información formulados en el expediente, no siendo el recurso de reposición que revisa la legalidad de la Resolución adoptada el marco procedimental oportuno. No obstante lo anterior, cabe añadir que, analizados los datos y a la vista de las contradicciones existentes con la contestación al requerimiento de información, subsisten dudas sobre la precisión de la descripción realizada de la estructura de red que soporta los servicios de transporte y difusión de los distintos multiplex nacionales, así como en lo relativo a la imputación de los costes a los servicios de los tres tipos de canales multiplex nacionales, que aconsejarían una mayor justificación por parte de RETEVISION, para que esa operadora pudiera acogerse a la posibilidad ofrecida en el resuelve primero consistente en una modificación del precio fijado si RETEVISION ofrece una referencia válida del valor económico real del servicio ofertado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Quinto.- Sobre el análisis del mercado de difusión de la señal audiovisual.

Respecto de la alegación de que no se ha definido debidamente el mercado y la posición de dominio en el mismo, al incluir en la definición servicios de difusión de la señal audiovisual la radio y la televisión y no ser RETEVISION operador dominante en servicios portadores soporte del servicio de radiodifusión sonora, se debe indicar que si bien es posible segmentar la difusión en dos submercados de servicios de radio y televisión, tal y como se hizo en el expediente ME 2000/3529, a los efectos de la Resolución recurrida bastaba con analizar el mercado de difusión de la señal audiovisual para determinar la posición de dominio de RETEVISION en el mismo, según consta en los datos obrantes en el expediente. Ahora bien, si esto es así, con mayor motivo debe reconocerse una posición de dominio de RETEVISION en el mercado de difusión de la señal de Televisión, lo cual no discute la recurrente en ningún momento. De hecho, los datos que se consideran relevantes para determinar la competencia potencial se han referido todos ellos a difusión de televisión.

En cuanto a que no se ha distinguido suficientemente el transporte de la difusión cabe indicar que la Resolución sí distingue entre la componente de transporte para la cual se puede utilizar cualquier tipo de tecnología y la componente difusión que, por definición habrá de ser de ondas terrestres. Asimismo la Resolución reconoce la existencia de un grado mayor de competencia en el transporte. Sin embargo, aunque individualmente considerado el transporte puede considerarse un mercado distinto, si se toma el servicio portador de los servicios de difusión en su conjunto, la posición de dominio de RETEVISION es indiscutible, aunque individualmente en el transporte pueda existir competencia, competencia que además se ve necesariamente debilitada por la presencia de la posición de dominio en la difusión, fase siguiente en la cadena de valor.

De ahí que deba rechazarse también este motivo de impugnación.

En cuanto a la alegación de que la circunstancia de que los competidores de VEO TV y NET TV bajo tecnología analógica ya estén emitiendo en abierto y captando recursos publicitarios no es achacable a RETEVISION ni utilizada para dirimir un conflicto que se circunscribe a determinar si las condiciones ofertadas a VEO y NET se ajustan a la normativa sectorial de aplicación, hay que indicar que no es este el sentido que debe darse a la Resolución recurrida, que se limita a constatar, describir y analizar las condiciones en el mercado de unos y otros.

Sexto.- Sobre las eventuales prácticas abusivas consistentes en la aplicación de precios excesivos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La Resolución mantiene, en relación con la denuncia de precios excesivos que, a falta de un adecuado análisis de los costes de RETEVISION, la única conclusión a la que puede llegar es que los precios que pretende cobrar a los operadores NET TV y VEO TV son cuando menos excesivos respecto de los que viene cobrando por la prestación de sus servicios de transmisión y difusión de la señal para un programa de ámbito nacional en las redes MFS, única referencia comparativa con la que la CMT cuenta en este momento para emitir un pronunciamiento.

RETEVISION discrepa de esta afirmación, en primer lugar por considerar que con los datos aportados en el expediente sí que sería posible determinar si las tarifas ofrecidas se ajustan a la normativa que le es de aplicación y, en segundo lugar, porque debe aplicar precios que le aseguren el retorno de la inversión en red.

No obstante RETEVISION aporta como anexo confidencial al escrito del recurso de reposición una nueva justificación de los costes imputables a las tarifas de los servicios de TDT, realizado de acuerdo al estándar de costes corrientes, a partir de la asignación de estos costes a los servicios de difusión del múltiplex de VEO TV y NET TV, a los servicios que se prestaron en su día a los tres múltiplex y medio de QUIERO TV, y al servicio de difusión del múltiplex nacional de cinco programas.

En esta ocasión, RETEVISION aporta una justificación de los costes más documentada y desglosada que la remitida como contestación al requerimiento de información realizado durante la tramitación del expediente MTZ 2002/6935. Las diferencias entre los costes remitidos con anterioridad y los ahora presentados radica, según RETEVISION, en la utilización de costes corrientes para derivar los costes por múltiplex.

Al respecto, es preciso reiterar, en primer lugar, en relación con estos nuevos datos aportados, que no es el recurso de reposición el procedimiento adecuado para aportar nuevos datos sobre costes habiendo podido hacerlo en el procedimiento principal. En este sentido el artículo 112 de la Ley 30/1992 de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común dispone que *“no se tendrán en cuenta en la Resolución de los recursos, hechos, documentos o alegaciones del recurrente, cuando habiendo podido aportarlos en el trámite de alegaciones no lo haya hecho.”*

Por otra parte, sin entrar a cuestionar los parámetros contables utilizados y las cantidades finalmente asignadas a los conceptos, procede realizar ciertos comentarios con respecto a la descripción de los servicios de difusión de los diferentes canales múltiples de ámbito nacional soportados por la red de RETEVISION y a los criterios de asignación de costes a cada servicio.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, la descripción, realizada en el Apartado 2 del Anexo I del documento de alegaciones, de los servicios de difusión de TDT resulta en algunos casos incoherente con las descripciones que de los mismos servicios ha realizado con anterioridad la propia RETEVISION, en escritos aportados durante la tramitación del expediente o en los contratos que esta Comisión ha analizado en otros expedientes.

RETEVISION describe los elementos de que consta la prestación de los servicios de difusión digital de los tres múltiplex y medio de Quiero TV (que denomina MUX SFN), del servicio de difusión digital del múltiplex de VEO TV y NET TV (que denomina MUX SFN_C) y, por último, del servicio de difusión digital del múltiplex de los cinco programas de RTVE, Antena3, Tele5 y Canal+ (que denomina MUX MFN).

En lo que respecta a los múltiplex SFN, se indica que los [CONFIDENCIAL] centros emisores de la red de difusión digital reciben la señal vía satélite, mientras que [CONFIDENCIAL] de ellos reciben la señal de modo redundante a través de la red de radioenlaces. Sin embargo, en anteriores escritos de RETEVISION se mencionaba que la red de difusión de [CONFIDENCIAL] centros se componía de centros emisores primarios (red de difusión primaria) y secundarios o reemisores (red de difusión secundaria), de modo que los reemisores recibían la señal ya modulada en OFDM de un centro emisor primario (si bien es cierto que en determinados casos, en zonas de difícil acceso, pueda ser necesario utilizar la señal satelital). Por lo tanto, no todos los centros de difusión contarían con antenas de recepción de la señal procedente del satélite ni, por ende, con moduladores OFDM, lo cual incrementa el coste con respecto al equipamiento necesario en un centro reemisor (básicamente una antena de recepción de la señal OFDM, conversores a frecuencia intermedia y RF y un amplificador, aparte del sistema radiante).

Esta última apreciación también aplica a la descripción del múltiplex MFN realizada en el Anexo I, puesto que la caracterización de todos los centros como emisores principales hace que sea necesario incrementar el alcance de la red terrestre de radioenlaces, y el coste asociado, por encima de lo necesario si la red cuenta con una combinación de emisores primarios y reemisores.

En segundo lugar, con respecto a la descripción de los conceptos de costes de los servicios y criterios de imputación realizada en el Apartado 3 del Anexo I, se puede matizar la idoneidad de alguno de los criterios realizados para la asignación de costes a servicios.

Así, entre los conceptos que componen los costes OPEX se encuentran los costes de electricidad, de personal de operación y mantenimiento y otros



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

asociados a operación y mantenimiento. En todos ellos, se asume que no hay diferencias entre los tres múltiplex analizados (MUX SFN, MUX SFN_C y MUX MFN), por lo que se imputa el mismo coste por estos conceptos a los tres canales múltiples. Sin embargo, el MUX MFN cuenta con una etapa adicional para las desconexiones territoriales, que no se requiere en el MUX SFN ni en el MUX SFN_C, por lo que parecería más lógico que al tener mayor número de activos de red aquél incrementara su coste por los conceptos anteriores con respecto a los SFN. Por otro lado, ya que el múltiplex de Quiero TV (MUX SFN) no requeriría de etapa de multiplexación y acceso, su coste por los citados conceptos debería ser menor que en el caso del múltiplex de VEO TV y NET TV (MUX SFN_C).

Entre los costes OPEX también se encuentra el concepto correspondiente a la gestión de la cabecera del múltiplex, la cual sólo aplica al MUX SFN_C y MUX MFN al autoprestarse Quiero TV dicho servicio. RETEVISION imputa el mismo coste a los dos múltiplex puesto que el personal dedica el mismo tiempo a la gestión de ambas cabeceras. No parece contemplarse el hecho de que el MUX MFN cuenta con cabeceras de regionalización para permitir desconexiones territoriales. Aunque actualmente los concesionarios no están haciendo uso de los servicios de desconexión territorial, las cabeceras de regionalización reciben la señal desde la cabecera principal, y por ende también deberían requerir los servicios del personal de gestión de cabeceras, con lo que el coste asociado debería incrementarse con respecto al MUX SFN_C.

Asimismo, en lo relativo a los conceptos CAPEX, la imputación correspondiente a los conceptos de satélite *downlink*, red de transporte terrestre de regionalización y repuestos e instrumentación se ve influida por la estructura de la red de difusión utilizada por RETEVISION, la cual, según el Anexo I, está formada por centros de difusión primaria únicamente, y no por centros de difusión primaria y secundaria, como hasta ahora ha venido manteniendo en anteriores escritos. Como ya se apuntó anteriormente, esta configuración conllevaría un coste mayor con respecto a la situación en la que existen centros emisores y reemisores.

En resumen, subsisten ciertas dudas sobre la precisión de la descripción realizada de la estructura de red que soporta los servicios de transporte y difusión de los distintos múltiplex nacionales, así como en lo relativo a la imputación de los costes a los servicios de los tres tipos de canales múltiples nacionales, que aconsejarían una mayor justificación por parte de RETEVISION.

En consecuencia, no debe ser revisada la resolución recurrida a la vista de los nuevos datos aportados por RETEVISION dado que los mismos, con independencia de que hubieran debido ser aportados en su momento, al no ser concluyentes, no cuestionan la legalidad del contenido de la Resolución y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

por lo tanto no son causa de su nulidad o anulabilidad, por lo que no procede la estimación del recurso.

Por otra parte, la Comisión no resuelve que RETEVISION esté obligada a orientar sus precios a costes desde el punto de vista regulatorio. Lo que hace la Resolución recurrida es determinar un precio sobre el cual no ha habido acuerdo de las partes y en la determinación de este precio, para verificar si es excesivo o no, el referente fundamental son los costes (véase en este sentido el párrafo 106 de la *Comunicación sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las Telecomunicaciones DOCE de 22 de agosto de 1998* y la Jurisprudencia comunitaria allí citada). Ahora bien, en este caso concreto, al no poder determinar el precio adecuado en función de los costes, se ha debido acudir a la comparación con los precios aplicados por servicios análogos, siendo este el referente más objetivo disponible.

Séptimo.- Sobre las eventuales prácticas abusivas consistentes en la aplicación de precios discriminatorios.

Las alegaciones de RETEVISION se centran en que no hay tal discriminación si la comparación se realiza en función de los precios por múltiplex y no por programa. El motivo debe ser desestimado por lo indicado en los fundamentos de derecho tercero y cuarto de la presente resolución.

En cuanto a la comparación con el precio ofertado a QUIERO TV por la recurrente, cabe señalar que, si bien la participación de Retevisión en Quiero TV no era superior al 49%, no por ello se puede decir que no forma parte del mismo grupo empresarial. Las Cuentas Anuales correspondientes al ejercicio 2002 han sido depositadas en el Registro Mercantil consolidadas por todas las empresas pertenecientes al grupo. En concreto, los resultados contables de la sociedad Quiero TV formaban parte de las cuentas consolidadas del Grupo AUNA (del que formaba parte RETEVISION), reconociéndose así la pertenencia de Quiero TV al citado Grupo.

Por su parte, Deloitte & Touche, Auditor de las cuentas consolidadas del Grupo, en su Informe de 27 de febrero de 2003 recoge explícitamente el hecho de que ha auditado *“las cuentas anuales consolidadas de Auna Operadores de Telecomunicaciones, S.A. y Sociedades Dependientes”*. Tal y como exige la formativa mercantil vigente, ha sido los Administradores de la entidad Auna quienes han presentado el Balance de Situación, la Cuenta de Pérdidas y Ganancias y el cuadro de financiación consolidados respecto al ejercicio en cuestión.

Asimismo, resulta significativo que la Memoria Consolidada firmada por los Administradores de AUNA, al identificar el proceso de consolidación llevado a



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

cabo, señala que se ha utilizado *“el procedimiento de puesta en equivalencia con carácter general para aquellas sociedades asociadas en las que se posee una influencia significativa, pero no se tiene la mayoría de votos ni se gestiona conjuntamente con terceros.”*. Este procedimiento de puesta en equivalencia es el que ha sido utilizado respecto de los resultados contables de Quiero TV, debiéndose concluir, por tanto, que para la propia AUNA, Quiero TV tiene la consideración de sociedad asociada sobre la que posee una influencia significativa. Esta conclusión no queda en modo alguno desvirtuada por el hecho de que a lo largo del ejercicio 2002, los resultados contables de Quiero TV hayan sido imputados a la Cuenta *“Otras Inversiones financieras”*, puesto que tal circunstancia se debe a que se preveía la liquidación de Quiero a corto plazo.

Siendo así las cosas, la comparación con los precios pactados con QUIERO TV debe ser matizada, puesto que lo mismo que puede ser del interés del grupo de sociedades establecer condiciones privilegiadas, también puede serlo establecer condiciones peores a las admitidas por el mercado.

De ahí que, a efectos de determinar la existencia o no de discriminación, los precios de transferencia interna entre sociedades del mismo grupo deben ser considerados como valor máximo de referencia, pero nunca como valor mínimo absoluto. Es decir, como mínimo se habrán de ofrecer a terceros las condiciones ofrecidas a las empresas del grupo, pero esto no significa que no puedan ser mejoradas. La interpretación contraria podría tener efectos anticompetitivos que es precisamente lo que se trata de evitar con la imposición regulatoria de la obligación no discriminación particularmente respecto de empresas del grupo. Así lo ha entendido implícitamente esta Comisión en su Resolución de 8 de noviembre de 2000, dictada en el expediente ME 2000/2994, sobre la solicitud de intervención de Lince Telecomunicaciones, S.A. respecto de la "tarifa plana personal" que comercializa Terra Networks, S.A, entre otras.

A mayor abundamiento, la resolución descarta la comparación con los precios aplicados a Quiero TV sobre la base de que ésta realizaba por sus propios medios parte de la actividad de codificación y multiplexación, al contrario que VEO VT y NET TV que solicitan a RETEVISION la prestación de esta actividad por completo (pag 32).

Por último, relación con la prestación del servicio portador soporte del servicio de TDT de QUIERO TV, alega la recurrente que el mismo se contrató con el Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión y no con RETEVISIÓN.

Al respecto, cumple señalar que en la fecha de formalización del contrato, esto es, octubre de 1999, el Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión era el único habilitado para prestar el servicio portador soporte del servicio de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

difusión; razón por la cual, el contrato al que alude la recurrente fue suscrito entre QUIERO TV y el Ente Público.

Ahora bien, a partir del 3 de abril de 2000, el servicio portador pasa a ser prestado directamente por RETEVISIÓN. En efecto, de conformidad con lo dispuesto en la Disposición transitoria cuarta del Reglamento de uso del DPR, una vez finalizado el plazo inicial de 10 años a que se refiere el artículo 11 de la Ley de Televisión Privada, y conforme a lo previsto en la Disposición transitoria segunda de la Ley de Liberalización de las Telecomunicaciones, *“Retevisión, S.A. prestará directamente el servicio portador, mediante la utilización de las frecuencias afectas a su red, en los términos y condiciones resultantes de la Licencia B1 de la que es titular”*, teniendo, además, la prestación del citado servicio, la consideración de obligación de servicio público.

Por ello, se puede concluir que, a pesar de que el contrato para la prestación fue suscrito entre QUIERO TV y el Ente Público, sin embargo, y por los motivos expuestos, este hecho no desvirtúa la relación existente entre RETEVISIÓN y QUIERO TV, motivo por el que en la Resolución recurrida no se tomaron en cuenta los precios de los programas emitidos por QUIERO TV.

Por todo ello la Resolución recurrida, a la hora de establecer los términos de la comparación a efectos de determinar el precio objeto del controversia, no incurre en ilegalidad ni desviación de poder alguna al ponderar estas circunstancias y, consecuentemente, matizar el valor de los precios aplicados a QUIERO TV y descartar la comparación en términos de precio por múltiplex, resultando más objetivo, a la vista de los datos disponibles el término comparativo de precio por programa.

En consecuencia, procede desestimar también este motivo de impugnación.

Octavo.- Sobre las condiciones relativas a la calidad y duración del contrato establecidas en la Resolución recurrida

RETEVISION, en sus alegaciones, expone que las condiciones ofrecidas a VEO TV y NET TV fueron análogas a las de QUIERO TV tanto en precios como en nivel de servicio, y considera paradójico que en la Resolución recurrida se adopte como referencia las condiciones de nivel de servicio aplicadas A QUIERO TV, cuando se ha rechazado previamente en dicha Resolución la referencia de las condiciones económicas aplicadas a Quiero TV al calificarse ésta de filial de RETEVISION.

Como se refleja en la Resolución de referencia, esta Comisión tuvo constancia de la existencia de discrepancias sobre las condiciones técnicas de prestación del servicio durante las negociaciones previas a la puesta en marcha de las



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

emisiones de VEO TV y NET TV. Por ello, en la citada Resolución, entendiendo que la fijación de los términos técnicos del acuerdo de nivel de servicio ha de provenir siempre de una negociación entre las partes, se reconoce el derecho que asiste a VEO TV y NET TV a solicitar a RETEVISION unas condiciones de servicio superiores, remunerándolas adecuadamente. Y todo ello con la cautela de partir de unas condiciones de servicio mínimas que coinciden con las que RETEVISION aplicaba al antiguo ocupante del canal múltiple compartido por VEO TV y NET TV, QUIERO TV, en el entendimiento de que RETEVISION está en condiciones de aplicar a VEO TV y NET TV los términos del acuerdo de nivel de servicio que hasta hacía unos meses aplicaba a QUIERO TV como ocupante de ese mismo múltiplex. Respecto de esta alegación cabe reiterar lo ya expuesto en el fundamento de derecho precedente en relación con la extrapolación de las condiciones aplicadas a las empresas de un mismo grupo y el principio de no discriminación.

Por otra parte, RETEVISION se muestra también en desacuerdo con que se haya fijado en la Resolución la opción correspondiente a un contrato a diez años para valorar el servicio prestado hasta la fecha por NET TV y VEO TV. Considera más lógico establecer la alternativa correspondiente a un plazo de cinco años al ser la duración del contrato de los concesionarios del múltiplex con desconexiones territoriales, no siendo de aplicación descuento alguno durante el primer año.

La Resolución recurrida otorga libertad a las partes en conflicto para que acuerden, eligiendo entre las tres alternativas enumeradas en el apartado II.5.b), las condiciones de duración de contrato que más convenga a sus intereses. Dichas alternativas fueron transcritas de las que RETEVISION presentó a VEO TV y NET TV con fecha 23 de mayo de 2002, al considerarse que aportaban la suficiente flexibilidad para la negociación de la duración del contrato y equilibraban los intereses de las partes en conflicto.

Ahora bien, ante la evidencia de que RETEVISION venía prestando el servicio soporte de las señales de VEO TV y NET TV desde el 17 de junio de 2002 sin remuneración alguna por parte de estas últimas entidades, esta Comisión decidió establecer una contraprestación económica para valorar la prestación de dicho servicio, hasta que la relación entre los interesados se concretase, bien porque las partes interesadas decidieran finalizar la relación y no formalizar definitivamente un contrato, o bien porque se formalizase efectivamente el acuerdo.

Al contrario de lo manifestado por RETEVISION en sus alegaciones, la elección de la alternativa correspondiente a diez años se justifica por la necesidad que tendrán VEO TV y NET TV de utilizar los servicios de RETEVISION por un periodo superior a un año, incluso si deciden establecer su propia infraestructura, al no existir actualmente operadores alternativos, lo que



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aconseja elegir una opción que contemple una duración de contrato superior. Conviene señalar aquí que la Resolución recoge expresamente que dicha contraprestación resulta de aplicación hasta el momento en que se defina la relación entre las partes, habiendo de regularizarse los pagos, desde el inicio de la prestación del servicio, si de ello se deriva que el periodo efectivo de la relación entre las partes en conflicto ha sido distinto del plazo de diez años, cuyas condiciones se han utilizado como referencia para valorar la prestación del servicio hasta entonces.

Es decir, en todo caso, se aplicará el precio correspondiente a la duración real del contrato que se pacte, no incurriendo la resolución con ello en causa de nulidad o anulabilidad.

Noveno.- Sobre la ausencia de plazo para la formalización del acuerdo y la solicitud de aplicación retroactiva de los precios

RETEVISION considera que la falta de concreción de la Resolución recurrida en lo relativo al plazo para que ambas partes suscriban el acuerdo puede restar operatividad a dicha obligación. También remarca el hecho de que la Resolución no establezca plazo alguno para que VEO TV y NET TV abonen los servicios prestados por RETEVISION hasta la fecha, produciéndose la circunstancia de que desde junio de 2002 VEO TV y NET TV están recibiendo el servicio sin haber pagado cantidad alguna. Por ello, solicita que se declare expresamente que los interesados deberán suscribir en el plazo de treinta días el contrato por el que deba regirse su situación jurídica.

La falta de un plazo para formalizar el acuerdo no presupone una pérdida de la eficacia de la obligación que tienen las partes en conflicto de concretar la naturaleza de su relación. Tampoco puede entenderse contraria a los artículos 62 y 63 de la Ley 30/1992 que obligaría a la revisión de la Resolución por vía de recurso.

Ahora bien, la circunstancia de que VEO TV y NET TV vengán recibiendo el servicio soporte por parte de RETEVISION sin abonar contraprestación económica alguna puede contribuir a retardar la consecución de un acuerdo satisfactorio para ambas partes. Por este motivo, la Resolución contempla la aplicación de unas condiciones económicas especiales con objeto de remunerar a RETEVISION los servicios prestados mientras no se resuelva la relación entre cada una de las entidades VEO TV y NET TV, y RETEVISION. Pero, como RETEVISION ha apuntado en sus alegaciones, no se ha determinado un plazo para que VEO TV y NET TV abonen a RETEVISION, por un lado, la cantidad acumulada desde junio de 2002 y, por otro, la cantidad periódica correspondiente a la prestación del servicio que se efectúe antes de la consecución del acuerdo definitivo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dadas las circunstancias, para evitar retrasos innecesarios en la regularización de la situación entre los interesados, resulta preciso estimar la petición de RETEVISION de establecer un plazo para que las partes lleguen a un acuerdo. A estos efectos es razonable establecer el plazo de un mes a partir de la notificación de la Resolución del recurso. En el mismo plazo, VEO TV y NET TV habrán de abonar, de acuerdo a las condiciones establecidas en la alternativa (i) de la Resolución recurrida, las cantidades devengadas desde el 17 de junio de 2002 hasta la fecha de notificación de la Resolución del recurso, obligando además al pago de las cantidades que se devenguen hasta la fecha en la que se confirmen los términos de la relación entre VEO TV y NET TV, por un lado, y RETEVISION, por otro.

En cuanto a que no se ha establecido en la Resolución la aplicación retroactiva de los precios que en su día se calculen en función de los costes, no se entienden bien las razones por las que RETEVISION reclama dicha retroactividad. En la resolución impugnada se fijan unos precios definitivos, que permiten resolver el conflicto entre las partes, sin perjuicio de que esa operadora pueda solicitar una revisión de los mismos en el futuro si acredita ante esta Comisión que los nuevos precios tienen una correspondencia adecuada con el valor económico real del servicio ofertado, tal como se indicó en el Resuelve primero del acuerdo adoptado por el Consejo de la Comisión.

Décimo.- Sobre la confidencialidad de los datos y el acceso solicitado.

NET TV y VEO TV solicitaron en el marco del expediente el acceso a los datos aportados por RETEVISION en el Anexo I y calificados por ésta de confidenciales por tratarse de información comercial sensible.

El interés comercial de RETEVISION en mantener la confidencialidad de estos datos debe ponderarse con la posible indefensión en que pudieran quedar NET TV y VEO TV en caso de denegarse su acceso a los datos en el marco del presente procedimiento.

Pues bien, como quiera que los datos aportados no se han estimado por la Comisión en modo alguno concluyentes para modificar el sentido de la Resolución recurrida, procede mantener la confidencialidad solicitada de los datos aportados en Anexo I.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

RESUELVE

Unico.- Estimar parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto por RETEVISION I, S. A. contra la Resolución de la Comisión de fecha 12 de junio de 2003 relativa al conflicto planteado por VEO TELEVISIÓN S.A y SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV S.A, y establecer un plazo de un mes desde la notificación de la presente Resolución para que las partes formalicen el contrato para la prestación del servicio soporte de los de difusión de la señal de televisión o bien den por terminadas las negociaciones y abonen, en todo caso, las cantidades debidas conforme establece la Resolución de 12 de junio.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse otro recurso de reposición. No obstante, contra la misma puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.ocho de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las 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.

Vº. Bº. EL PRESIDENTE,

EL SECRETARIO,

Carlos Bustelo García del Real

Jaime Velázquez Vioque