



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JAIME ALMENAR BELENGUER, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión nº 32/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 20 de septiembre de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

RESOLUCIÓN RELATIVA A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES SOBRE LA OBLIGACION POR PARTE DE ABERTIS TELECOM, S.A.U. DE SUMINISTRAR ACCESO E INTERCONEXIÓN A SU RED A LA ENTIDAD RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A.

Resolución del 20 de septiembre de 2005 en el expediente MTZ 2005/1162

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Con fecha 22 de julio de 2005 tiene entrada en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante, CMT) escrito de la entidad RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A. (en adelante, AXIÓN), por el cual solicita la intervención de esta Comisión para la resolución de un conflicto de acceso e interconexión a la red SFN de televisión digital terrenal (TDT) de ámbito nacional de ABERTIS TELECOM, S.A.U. (en adelante, ABERTIS).

En concreto, AXIÓN expone lo siguiente:

- 1.- Que AXION es un operador habilitado para la explotación de una red de comunicaciones electrónicas soporte de señales de difusión de radio y televisión y que esta actividad está incluida dentro del mercado 18 incluido en la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de febrero de 2003 sobre mercados de producto y de servicio relevantes en el sector de las comunicaciones electrónicas.
- 2.- Que la explotación de este tipo de redes se realiza teóricamente en un marco de libre competencia desde el 2 de abril de 2000, pero la realidad del mercado es que ABERTIS constituye un monopolio de facto en la difusión de programas de televisión de cobertura nacional así como de cobertura regional en aquellas Comunidades Autónomas en las que no hay una red alternativa.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

3.- Que siendo el objetivo de AXIÓN convertirse en una alternativa real a ABERTIS, la efectiva entrada en el mercado de ámbito nacional es imposible o cuando menos enormemente difícil por la existencia de importantes barreras de entrada que aún no han sido corregidas por una adecuada regulación. Asimismo señala que el efecto combinado de esta carencia regulatoria y la aprobación del nuevo Plan Técnico Nacional de la TDT, que prevé que los nuevos adjudicatarios de concesiones para difundir televisión digital por ondas terrestres lo hagan a más tardar el 30 de noviembre de 2005, determina que en estos momentos exista un único operador de red en condiciones de asumir esos plazos de implantación, en concreto ABERTIS. No obstante, podría existir un segundo operador si se concediera a AXIÓN acceso e interconexión a la red de ABERTIS.

4.- Que AXIÓN y ABERTIS han venido manteniendo negociaciones desde el 19 de noviembre de 2004 con el fin de conseguir un acuerdo de acceso e interconexión a determinados emplazamientos de la red de ABERTIS. AXIÓN pretende con ello el despliegue de una red TDT de ámbito nacional alternativa a la de ABERTIS, con el objetivo de alcanzar una cobertura del 80% de la población a diciembre de 2005.

5.- Las negociaciones anteriores se encuentran actualmente estancadas por varios motivos. En primer lugar, según AXIÓN, ABERTIS considera que la interconexión entre ambas redes es una opción subsidiaria a la coubicación de equipos, por lo que no está obligada a negociar la interconexión de su red con la de AXIÓN, excepto en aquellos casos de insuficiencia de espacio y de imposibilidad de ampliarlo en determinados emplazamientos. En segundo lugar, porque ABERTIS entiende que las especiales obligaciones de acceso e interconexión que le fueron impuestas por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2003 en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña no son aplicables a sus equipos instalados en Torre Collserola.

6.- Que el nuevo Plan Técnico Nacional de la TDT establece unos plazos y unos objetivos de cobertura que resultan, a juicio de AXIÓN, de imposible cumplimiento para cualquier operador distinto de ABERTIS. En concreto, AXIÓN estima que el periodo comprendido entre principios de septiembre de 2005 y 30 de noviembre de 2005 es crítico para que un operador alternativo a ABERTIS pueda convertirse en el operador de red de transporte y difusión de la señal de alguno de los difusores de TDT de ámbito nacional. AXIÓN considera que debería poder ofertar sus servicios en igualdad de oportunidades antes de esta fecha.

7.- Que para garantizar los niveles de cobertura de población establecidos en el recientemente aprobado Plan Técnico Nacional de la TDT (80% de cobertura a 31 de diciembre de 2005), AXIÓN debería disponer de una red desplegada de 147 centros equivalente a la red SFN de ABERTIS que fue desplegada para dar servicio a las emisiones de Quiero TV. A este respecto, AXIÓN explica que, una vez



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

asignadas las frecuencias a los radiodifusores, se necesitan aproximadamente seis meses para desplegar esta red alternativa (desde el pedido de transmisores, multiplexores y cabeceras hasta su transporte, instalación y puesta en servicio en los centros emisores).

8.- Que, según AXIÓN, no existe plazo suficiente para ofrecer sus servicios en condiciones competitivas, puesto que no es posible, en las fechas establecidas en el Plan Técnico, la adquisición e instalación de una red propia alternativa a la de ABERTIS.

9.- Que el acceso a la red de ABERTIS es necesario no por excluir una inversión en red propia del operador alternativo, sino por la lógica económica de evitar una duplicación absoluta de su red y por la imposibilidad de hacerlo, puesto que, para AXIÓN, determinados centros de la red de ABERTIS son irreplicables por razones medioambientales y legales.

10.- Que la ausencia de regulación del mercado nº 18 de la Recomendación de Mercados supone una barrera de entrada al mercado de servicios de transporte y difusión de la señal de televisión, puesto que ABERTIS no tiene obligaciones de acceso *ex ante*, lo que impide que los operadores competidores dispongan de una información mínima para valorar el riesgo empresarial en la acometida del proyecto para un cliente concreto y las inversiones derivadas de ello.

11.- Que la barrera de entrada que supone la imposibilidad de desplegar una red alternativa puede reducirse imponiendo a ABERTIS la obligación de conceder acceso e interconexión a su red. Así, para acceder al mercado nacional de transporte y difusión de la señal de televisión en las fechas y con la cobertura establecidas por el Plan Técnico, AXIÓN manifiesta que precisaría el acceso y la interconexión a la red de ABERTIS en términos amplios, incluyendo casetas, torres, sistemas radiantes y equipos transmisores.

Por todo ello, AXIÓN solicita a esta Comisión que adopte, en el plazo más breve posible, medidas cautelares en dos fases diferenciadas, de modo que se permita a AXIÓN competir con ABERTIS en el momento excepcional de incremento de demanda resultante de la inminente implantación del nuevo Plan Técnico Nacional de la TDT.

Las fases son las siguientes:

- En una primera fase, que abarcaría desde el 30 de octubre de 2005 al 30 de julio de 2006, AXIÓN reclama que la CMT establezca los términos de un acuerdo marco entre AXIÓN y ABERTIS para la subcontratación a ABERTIS por parte de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

AXIÓN del servicio portador soporte de transporte y difusión de señales de televisión completo, para la totalidad de los 147 centros necesarios para desplegar una red de TDT nacional con una cobertura del 80% de la población a 30 de noviembre de 2005. Durante esta fase AXIÓN se compromete a desplegar una red alternativa a la de ABERTIS de 147 centros, contando con un plan de despliegue de su propia red, así como las redes de varios operadores regionales e infraestructuras alternativas, y se coubicaría e interconectaría en los 41 centros de ABERTIS esenciales para desplegar la red propia a fecha 30 de julio de 2006.

- En una segunda fase, que abarcaría desde el 1 de agosto de 2006 al 30 de octubre de 2007 como máximo, AXIÓN solicita a la CMT que imponga a ABERTIS la obligación de acceso e interconexión a 41 centros de ABERTIS. Dentro de esta fase, AXIÓN distingue dos etapas diferenciadas: una primera etapa, en donde se obligaría al acceso e interconexión a 12 de los 41 centros de ABERTIS hasta el 30 de octubre de 2007 como máximo, al ser posible la réplica de dichos centros, y una segunda etapa, en donde el acceso e interconexión a los 29 centros restantes se mantendría durante toda la vigencia del contrato con el cliente radiodifusor (cinco años aproximadamente).

SEGUNDO. Comunicaciones de apertura. Tras recibir el citado escrito, esta Comisión, en uso de la habilitación competencial prevista en la normativa sectorial de aplicación y en la legislación general de procedimiento administrativo, procedió a remitir a los interesados, AXIÓN y ABERTIS, sendos escritos cuya salida fue registrada el día 4 de agosto de 2005, mediante los cuales se les comunicaba que en virtud de la solicitud de intervención presentada por la primera, se había iniciado el correspondiente procedimiento administrativo.

Asimismo, se le dio traslado a ABERTIS de una copia del escrito presentado por AXIÓN y de sus documentos anexos, a excepción de los anexos 1 ("Plan de despliegue para una Red nacional TDT SFN con cobertura al 80%") y 2 ("Oferta de Transporte y Difusión de TV Digital Terrestre), respecto de los que, conforme a la disposición adicional cuarta de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, se estimó la declaración de confidencialidad solicitada por AXIÓN.

TERCERO. Requerimiento de información. En el mismo escrito de inicio de expediente de fecha 4 de agosto de 2005, esta Comisión requirió a ABERTIS la remisión de la siguiente información:

- 1- *"Contrato en el que se incluyan las condiciones económicas, técnicas y operativas (así como prórrogas y/o renovaciones del mismo, si las hubiera) por el que ABERTIS (entonces, RETEVISIÓN I, S.A.) suministraba al concesionario de televisión digital terrenal Quiero TV la prestación del servicio nacional de transporte y difusión de la señal digital de este concesionario.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- 2- *Contrato en el que se incluyan las condiciones económicas, técnicas y operativas (así como prórrogas y/o renovaciones del mismo, si las hubiera) por el que ABERTIS (entonces, RETEVISIÓN I, S.A.) suministraba a los concesionarios de televisión digital terrenal VEO TELEVISIÓN, S.A., y SOCIEDAD GESTORA DE TELEVISIÓN NET TV, S.A. la prestación del servicio nacional de transporte y difusión de la señal digital de cada una de estas entidades, con una cobertura del 80% de la población.*
- 3- *Para los 147 centros emisores de la red nacional SFN de televisión digital terrenal de ABERTIS, con los cuales se alcanza una cobertura del 80% de la población española, remitir lo siguiente:*
- *Distribución de los centros por categorías.*
 - *Propuesta de tarifas para coubicación e interconexión en este conjunto de centros, que podrá dividirse en una componente de precio por tipología de centro y en otra componente dependiente de las particularidades técnicas.”*

CUARTO. Con fecha 16 de agosto de 2005, tiene entrada escrito de ABERTIS en donde solicita a esta Comisión una ampliación del plazo para contestar al requerimiento de información, la cual le fue concedida mediante escrito de fecha de salida 17 de agosto de 2005.

QUINTO. Escrito de alegaciones de ABERTIS. El 26 de agosto de 2005 tiene entrada en el Registro de esta Comisión escrito de ABERTIS por el que cumplimenta los dos primeros puntos del requerimiento de información realizado. Con respecto al tercero, remite una propuesta de tarifas para coubicación, pero no así para interconexión, argumentando que no dispone en la actualidad de las mismas.

Asimismo, remite un escrito de alegaciones en donde se opone a las medidas cautelares solicitadas por AXIÓN. Esencialmente, ABERTIS expone los siguientes argumentos:

- Que procedería que la CMT inadmitiera “*ad limine litis*” el escrito de AXIÓN por incumplimiento de los presupuestos previstos formalmente para el planteamiento del conflicto. Para ABERTIS, el conflicto nunca ha existido al haber atendido debidamente ABERTIS las peticiones de acceso planteadas por AXIÓN y al no haberse dado la oportunidad a ABERTIS de negociar la subcontratación del servicio completo que pretende AXIÓN.
- Que ABERTIS no ha demorado la contestación a las solicitudes de acceso planteadas por AXIÓN, sino que esta última entidad ha adoptado una actitud pasiva en lo que respecta a sus propias solicitudes y ha dado muestras de una clara falta de planificación e improvisación en todas sus actuaciones, puesto que el calendario de la digitalización en España es conocido por todos los operadores desde hace tiempo.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que no ha sido ABERTIS, sino el Servicio de Defensa de la Competencia quien ha establecido de forma clara que la interconexión es subsidiaria de la coubicación.
- Que la infraestructura Torre de Collserola pertenece a la compañía Torre Collserola, S.A., entidad con personalidad jurídica propia e independiente de cualquier empresa del grupo ABERTIS. Por ello, no se incluye esta infraestructura en el listado de emplazamientos a los que se aplica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2003.
- Que hasta que no se realice la definición y análisis de mercado de servicios de transmisión de señales de televisión y radio, no se puede afirmar que ABERTIS tenga obligaciones derivadas de una posición de dominio en dicho mercado, que ostente dicha posición ni que exista ausencia de competencia en el mercado de referencia.
- Que de proceder al acceso solicitado por AXIÓN, corresponde a ABERTIS la elección de la forma de acceso, siempre que sea técnica y jurídicamente viable, de acuerdo con lo mantenido por la autoridad de competencia en su momento y por la propia naturaleza jurídica de la obligación.
- Que, con respecto a la petición de interconexión en 41 centros de ABERTIS, será necesario llevar a cabo un análisis pormenorizado de cada una de estas peticiones, siendo posible que alguna de ellas sea inviable técnicamente debido a la necesidad de garantizar la integridad de la red.
- Que la petición de AXIÓN de interconexión en el transmisor se debe a su propia incapacidad para adquirir dichos equipos de los correspondientes suministradores, lo que revela su improvisación y falta de planificación.
- Que no existe técnicamente la interconexión en el equipo transmisor, sino su mera substitución o cesión, puesto que es un elemento que modula y amplifica una única señal de televisión de las que se transportan hasta el centro.
- Que la fijación del precio minorista de venta de los servicios soporte de difusión de la señal audiovisual constituye una referencia del precio final a los usuarios del servicio, que son los radiodifusores. Ello se debe a que AXIÓN, en su petición de subcontratación, se coloca en la misma posición que estos usuarios finales. Para ABERTIS, la adopción de la medida cautelar supone de facto una obligación de regulación de precios finales.
- Que el retraso en el procedimiento de adaptación al proceso de digitalización es exclusivamente imputable a AXIÓN, no a las normas o a sus competidores, y el conflicto que ahora plantea no guarda conexión con la negociación anterior para obtener acceso de ABERTIS.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que la adopción de la medida cautelar supondría prejuzgar y anticipar la definición y análisis del mercado 18º, definiendo el mercado geográfico, analizándolo, declarando operador con PSM, imponiéndole obligaciones de acceso y creando la figura del operador virtual de servicios soporte.
- Que no cabe fundamentar la medida cautelar en el artículo 25.5 del Reglamento de Mercados, puesto que la solicitud de subcontratación completa del servicio portador de ABERTIS no abrirá la oferta de servicios en beneficio de la competencia en el mercado ni protegerá los intereses de los usuarios, que no han planteado nada al respecto, pese a ser titulares de obligaciones de servicio público

ABERTIS adjunta un análisis sobre las condiciones económicas de la subcontratación del servicio completo solicitado por AXIÓN, que declara confidencial, y en donde se propone un precio anual de 94.797.905 euros por múltiple y una duración del contrato de la subcontratación del servicio mayor de un año.

A los anteriores antecedentes de hecho les resultan de aplicación los siguientes,

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Habilitación competencial.

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

A estos efectos, el apartado 3 del artículo 48 establece que en las materias de telecomunicaciones reguladas en la Ley, la CMT ejercerá, entre otras funciones:

d) La resolución vinculante de los conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el Título II de esta Ley...”

e) Adaptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

política de precios y comercialización por los prestadores de servicios. A estos efectos....”

Asimismo, el artículo 11.4 de la Ley 32/2003 dispone que *“la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá intervenir en las relaciones entre operadores, a petición de cualquiera de las partes implicadas, o de oficio cuando esté justificado, con objeto de fomentar y, en su caso, garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, así como la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3”*. Por su parte, el artículo 3 de la citada Ley 32/2003 recoge los objetivos cuya consecución, de conformidad con el mencionado artículo 11.4, debe garantizar esta Comisión, siendo el primero de ellos *“fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras”*.

En consecuencia, se debe concluir que esta Comisión está especialmente habilitada para conocer y resolver sobre el conflicto planteado por AXIÓN.

Segundo. Objeto del conflicto.

Tal como señala AXION, operador de ámbito regional prestador de servicios de red soporte de servicios de televisión terrenal, su objetivo comercial consiste en convertirse en competidor real del único operador que hoy por hoy presta este tipo de servicios en el ámbito nacional, esto es ABERTIS. A este legítimo fin, entiende AXION que la única manera de convertirse en competidor de ámbito nacional consiste en obtener de ABERTIS acceso e interconexión a los emplazamientos y red que tiene instalados esta última.

Tal como se desprende de la documentación aportada por las partes, desde el mes de noviembre de 2004 ambas operadoras vienen cruzando correspondencia que revela el interés de AXION por obtener acceso e interconexión a la red de ABERTIS en determinadas condiciones así como la aceptación por esta última del derecho a negociar dicho acceso e interconexión. No obstante, hasta la fecha, por diferentes razones no suficientemente claras, no se ha alcanzado dicho acuerdo. A falta de un mayor análisis que deberá realizarse en el curso del expediente, pareciera que las partes, más allá de la real o fingida voluntad de negociar de AXION, discrepan realmente sobre el alcance que debe darse al acceso e interconexión a la red de ABERTIS, cuestión ésta de sustancial importancia y previo pronunciamiento a la concreción de los centros que componen la red de ABERTIS a los que tendría acceso AXION.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

De hecho, más allá del plan de despliegue de AXION, en dos fases, la primera de las cuales es objeto de las presentes medidas cautelares, el conflicto parece centrarse al final en el derecho de AXION a coubicarse e interconectarse en 41 centros de la red de ABERTIS, que AXION considera esenciales para el despliegue de su red. ABERTIS no ha negado en ningún momento de manera absoluta el derecho de acceso de AXION a esos centros, con la especialidad que exigirá un análisis particular de la torre de COLLSEOLA, sino que parece discrepar de la forma en la que debe materializarse dicho acceso. Por señalar dos ejemplos de dicha discrepancia, entiende que debe darse preferencia a la coubicación frente a la interconexión, aunque si bien la discute, no la niega como solución en el caso de imposibilidad de la coubicación; y que la opción entre una u otra forma de relación entre operadores debe corresponder a ABERTIS y no a AXION tal como ésta parece pretender.

De esta manera y sin perjuicio de la contestación que más adelante se realice en torno a las alegaciones formuladas por ABERTIS respecto a la inexistencia de conflicto entre partes, prima facie queda delimitado el objeto de la intervención de la CMT en relación al conflicto existente entre AXION y ABERTIS respecto del derecho de la primera al acceso e interconexión, incluyendo sus condiciones técnicas y económicas, a 41 centros que componen la red de ABERTIS y que han sido identificados como esenciales para prestar servicio a nivel nacional en el ANEXO del escrito de AXION por el que se solicita la intervención de la CMT.

Tercero.- Contexto jurídico y regulatorio.

Hasta la liberalización del servicio portador soporte de los servicios de difusión de televisión, su prestación se efectuó en régimen de monopolio legal por RETEVISIÓN. En efecto, desde el año 1988, en que se crea el Ente Público de la Red Técnica Española de Televisión, el servicio portador soporte de los servicios de difusión ha sido prestado por RETEVISIÓN a la que se atribuyó la gestión y explotación exclusiva de la red pública de telecomunicación de transporte y difusión de señales de televisión.

La Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, al liberalizar las telecomunicaciones incluyó expresamente en su ámbito de aplicación las infraestructuras de red que se utilicen como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisiva (art. artículo 1.2). Como consecuencia de la liberalización, el servicio portador soporte pasó a tener la consideración de servicio de interés general que se presta en régimen de competencia, regulado en la propia Ley, que establecía un régimen de prestación basado en la previa obtención de títulos habilitantes, concretamente, licencias individuales.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

No obstante lo anterior, la LGTel estableció un régimen transitorio de prestación del servicio portador soporte del servicio público de televisión vigente hasta el 3 de abril de 2000. Concretamente, la Disposición Transitoria 7ª de la LGTel, mantuvo el monopolio de RETEVISIÓN en la prestación del servicio portador soporte hasta la fecha indicada, previéndose la apertura a la competencia de dicho servicio a partir de ese momento.

En materia de televisión digital terrenal, la Disposición Adicional 4ª del Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrenal, contuvo una mención específica relativa a los servicios portadores de dicho servicio de difusión:

"Las entidades habilitadas, con arreglo a este Real Decreto, para emitir programas de televisión empleando tecnología digital podrán hacerlo con sus propios servicios portadores o contratando el uso de éstos con terceros, respetando en todo caso lo establecido en la disposición transitoria séptima de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones. En todo caso, el servicio portador habrá de prestarse por una entidad que haya obtenido la oportuna licencia individual con arreglo a la Ley General de Telecomunicaciones y sus disposiciones de desarrollo."

En efecto, el Real Decreto 2169/1998, confirma que, una vez transcurrido el plazo de 10 años al que aludía la Disposición Transitoria 7ª de la LGTel, los nuevos operadores de TDT podrían optar por dos vías para la elección de sus servicios portadores: o bien utilizar los servicios de terceros o bien los suyos propios. El prestador del servicio portador del servicio de difusión de TDT, habría de disponer del correspondiente título habilitante, de conformidad con la normativa vigente.

De acuerdo con las normas transcritas, con la entrada en vigor de la Ley General de Telecomunicaciones de 1998 se abrió a la competencia el servicio portador de los servicios de difusión terrenal. Sin embargo, esta apertura no fue real por cuanto el artículo 5 del Real Decreto-Ley 16/1999, de 15 de octubre y las disposiciones que lo desarrollaron mantuvieron la situación de monopolio de facto a favor de Retevisión hasta el año 2002.

En efecto, este artículo 5, aunque reconocía en su número primero la apertura a la competencia de este mercado, señalaba a continuación que continuarían en vigor los Reglamentos Técnicos y de Prestación del Servicio de Difusión de Televisión y del Servicio portador del mismo hasta que el Ministerio de Fomento aprobara una regulación de las infraestructuras de red utilizables como soporte de los servicios de radiodifusión sonora y televisión. Se añadía que hasta la aprobación de esta normativa se mantendría el régimen de aprobación de tarifas máximas para los servicios portadores a cargo de la Comisión Delegada para Asuntos Económicos.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, en el número cuatro se introdujo una previsión de gran importancia que se ha mantenido hasta la fecha: la autorización al Ministerio de Fomento (hoy de Industria y Comercio) para establecer obligaciones de servicio público en la prestación de servicios portadores, “cuyas condiciones serán análogas a las existentes en la actualidad y su cumplimiento será obligatorio para las referidas entidades” (se refiere a los titulares de infraestructuras soporte de servicios portadores)

En desarrollo de este régimen, se aprobó la Orden Ministerial de 9 de marzo de 2000, que consolidó hasta el 31 de diciembre de 2002 el régimen de monopolio de facto a favor de Retevisión respecto de los servicios portadores.

En efecto, la disposición transitoria cuarta de la Orden, si bien reconocía como no podía ser menos el derecho de las diferentes entidades gestoras del servicio de televisión a contratar con operadores diferentes de Retevisión, establecía un régimen de obligaciones de servicio público y previsiones contractuales que obligaban necesariamente a contratar de hecho con Retevisión. Así, en el número 2 de esta disposición transitoria, no derogada por la reciente modificación de la Orden, se establecía que “los medios utilizados por las entidades públicas o privadas prestadoras del servicio de televisión como servicio portador ...deberán permitir el cumplimiento de las condiciones de cobertura, calidad y continuidad establecidas en la normativa vigente, y a estos efectos, las entidades públicas y privadas gestoras de los servicios de televisión a los que se refiere esta disposición transitoria podrán solicitar a Retevisión, Sociedad Anónima antes del 2 de abril del año 2000, la prestación de los servicios indicados en el apartado anterior, en condiciones análogas de cobertura, calidad y continuidad a las que ha venido ofreciendo hasta la fecha...Se formalizará el correspondiente contrato”.

Debe tenerse en cuenta que la Orden se publicó el 15 de marzo con lo que las operadoras del servicio de televisión apenas contaban con 17 días para cambiar de proveedor, posibilidad prácticamente imposible si tenemos en cuenta, además, que la Orden contenía lógicamente una obligación a cargo de Retevisión, en el caso de que las entidades públicas y privadas ejercitaran la opción que contemplaba la norma, “de prestar el servicio portador en las condiciones establecidas por la presente Disposición, por el plazo que las partes hubieran acordado y como máximo hasta la finalización del plazo previsto en el artículo 2 del Plan Técnico Nacional de Televisión Digital, aprobado por Real Decreto 2169/1998”. (1 de enero de 2012).

Todas las entidades privadas de ámbito nacional firmaron contratos en el año 2001, previo acuerdo alcanzado con Retevisión en el año 2000, en los que se renueva la prestación de servicios prestadores analógicos y se encarga la prestación de servicios digitales.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Estos contratos fueron examinados en su momento por esta Comisión, como acreditan las Resoluciones de 12 de septiembre de 2002 y 12 de junio de 2003, y suponen el mantenimiento por un período de larga duración de las relaciones contractuales respecto de los servicios portadores a cargo de Retevisión en relación al mercado de ámbito nacional de los servicios de difusión de televisión tanto analógica como digital.

En conclusión, el mercado de servicios portadores para la prestación de servicios de difusión tanto analógica como digital se ha mantenido en régimen de monopolio legal hasta diciembre del año 2002 y real hasta la actualidad.

Este régimen lleva como contrapartida un conjunto de obligaciones de servicio público a cargo de Retevisión que se contienen en sus líneas generales en la disposición transitoria cuarta de la Orden Ministerial de 9 de marzo de 2000.

Asimismo, esta regulación singular pervive en estos momentos en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria sexta de la vigente Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones:

“1 Seguirán siendo aplicables las disposiciones sobre el sistema de garantía de cobertura de los servicios soporte de los servicios de televisión, establecido actualmente en 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, hasta tanto no se mantengan, modifiquen o eliminen a través del procedimiento de fijación de mercados de referencia y poder significativo en el mercado con obligaciones a los operadores que se designen establecido en esta ley o se impongan, en su caso, las correspondientes obligaciones de servicio público.

Cuarto.- Circunstancias que afectan al desarrollo de la competencia.

Ya hemos visto que, de hecho y respecto de la difusión analógica y digital, Retevisión (en la actualidad ABERTIS), actúa en solitario en el mercado de ámbito nacional mientras compite en el plano regional con redes de difusión de operadores regionales, caso de AXION. Las características que se indican a continuación identifican de manera resumida aquellas circunstancias a las que debe hacer frente un operador interesado en competir en este mercado.

- a) Barreras de entrada al mercado. Entrar a operar en esta actividad significa tener que superar la barrera de entrada consistente en disponer de instalaciones e infraestructuras aptas para el diseño de una red de difusión de señales digitales de televisión de ámbito nacional. Mayor será la barrera cuanto menor sea la facilidad de acceso a las instalaciones existentes.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El legislador, consciente de ello y del carácter de servicio público del servicio de televisión, entre otros aspectos, favorece el uso compartido de instalaciones e infraestructuras existentes para la difusión de televisión, si bien no fija ningún criterio para realizar ese uso compartido. Por tanto, queda en manos de la negociación privada entre las partes, correspondiendo a la CMT dirimir los conflictos de acceso que puedan surgir.

Destaca también como barrera de entrada la necesidad de disponer de información sobre la planificación del espectro radioeléctrico destinado a la radiodifusión de televisión terrestre, y lo que es más importante, conocer la situación real del espectro radioeléctrico para poder planificar una red sin peligro de cometer interferencias por desconocimiento de las frecuencias reales en uso.

Una circunstancia que actúa asimismo como barrera de entrada a este mercado es la existencia de notables economías de escala derivadas de estructuras de costes con un elevado peso relativo de los costes fijos. Las economías de escala que permiten lograr reducción de costes unitarios al elevar el volumen de producción favorecen a los operadores ya establecidos, suponiendo un obstáculo estructural para los nuevos entrantes.

- b) Factor tiempo: Aun superando la barrera anterior, para prestar el servicio el operador debe conformar la red, y ésta no se constituye hasta que no se adjudican las concesiones y se firman los contratos por los cuales se cede el uso de las frecuencias que tiene asignadas el concesionario del servicio público de televisión terrestre; la consecuencia de esto es que los contratos suelen vincularse a la duración de la concesión del servicio público de televisión.

Por esta razón y dado el limitado número de concesionarios, las ventanas de oportunidad para entrar en el mercado son muy reducidas y coinciden con momentos muy precisos en los que o bien se incrementan las concesiones o bien se renuevan las existentes. Una de estas ventanas de oportunidad se produjo con ocasión del RD Ley 16/1999, sin que llegará a ser efectiva por las condiciones que se fijaron, como antes se analizó; y, como después se verá al analizar la procedencia de la adopción de medidas cautelares, se vuelve a presentar con la aprobación del RD 944/2005, de 29 de julio.

- c) Barreras de salida. Existen notables barreras de salida derivadas de los costes hundidos en que incurre el operador que constituye la red. Una parte importante de las infraestructuras e instalaciones que conforman la misma no tienen un uso alternativo, siquiera de forma parcial (una parte de las instalaciones e infraestructuras es susceptible de prestar servicios a otros



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

clientes: mástiles, alimentadores, casetas, terrenos; sin embargo no sucede lo mismo con otros componentes como los transmisores o los multiplexores).

- d) El mercado es parcialmente excluyente. La firma de un contrato con un radiodifusor, normalmente de larga duración (los examinados por la CMT duraban como mínimo cinco años), impide por largo tiempo la entrada de otro operador, debido al escaso número de agentes demandantes. Asimismo, por las peculiaridades en la prestación del servicio, no resulta factible que un radiodifusor contrate los servicios de red con diferentes operadores de red a la vez.
- e) Inexistencia de servicios sustitutivos. El servicio portador de señales de televisión, que comprende transporte y difusión de la señal, no dispone de sustitutivos en otros mercados (que sería factible por ejemplo sólo en el ámbito del transporte), ya que sus características y peculiaridades técnicas singulares no encuentran correspondencia en otros servicios comercialmente disponibles a corto plazo en otros mercados distintos. Se puede decir que cada cliente construye a la carta con el operador del servicio portador como quiere que le preste el servicio comprendiendo el transporte y la difusión en el área de cobertura que quiera servir (respetando las obligaciones de cobertura establecidas regulatoriamente).

Quinto.- Obligaciones de ABERTIS

Sin perjuicio de las obligaciones contenidas en los títulos otorgados en su día a Retevisión, de las que puedan derivarse de la adquisición de esa compañía por ABERTIS y de las genéricas que, por ejemplo en materia de acceso e interconexión, Abertis debe cumplir de conformidad con su condición de operador de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, deben mencionarse aquí, como en otras ocasiones se ha recordado por esta Comisión (Resoluciones de la CMT de 26 de junio de 2001, 12 de septiembre de 2002, 12 de junio de 2003), las que le cumplen como operador dominante en el mercado nacional de servicios de transporte y difusión de la televisión terrenal de ámbito nacional.

Como se ha recordado, la entonces RETEVISIÓN (hoy ABERTIS) ha venido prestando, en régimen de monopolio legal hasta abril de 2000 y en el ámbito de un mercado teóricamente liberalizado a partir de entonces, los servicios de transporte y difusión de televisión analógica terrenal para los cinco canales de ámbito nacional existentes (dos de RTVE, Antena 3, Telecinco y Canal Plus). Además en el año 2000, RETEVISIÓN comenzó a prestar el citado servicio para televisión digital terrestre a Quiero TV, lo que hizo hasta el cese de actividades nacionales de dicha entidad. A partir del año 2002, prestó asimismo servicio para la televisión digital terrestre a las grandes cadenas nacionales y además a VEO y NET TV.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La cuota de mercado de ABERTIS en este mercado, que incluye a los operadores regionales es superior al 80% lo que puede constituir un indicativo de posición de dominio, si se une a la existencia de barreras de entrada. Además, no existe, como se ha visto, en estos momentos ningún operador que preste este servicio a nivel nacional, ni para modalidad analógica ni digital.

Por su parte, los cinco canales antes mencionados renovaron en 2001 el contrato de prestación del servicio por un periodo de cinco años.

La constitución de una red alternativa a la de ABERTIS con una cobertura similar resulta prácticamente imposible en estos momentos. Tal y como se ha analizado en la última de las resoluciones mencionadas, para alcanzar una cobertura del 80% de la población en UHF se requieren únicamente 150 centros mientras que para alcanzar una cobertura superior al 95%, que es la que tiene ABERTIS, se requieren más de 2.000 centros para analógico y unos 1.500 para digital. La cobertura marginal por encima del 80% de la población resulta especialmente onerosa lo que dificulta que pueda existir en este mercado otro operador alternativo a ABERTIS que quisiera dar cobertura al 95% de la población.

Esta situación coloca a ABERTIS como el único operador en condiciones de cumplir la cobertura acumulada del 80% de la población (exigible para los operadores privados de ámbito nacional), así como el único capaz de afrontar las exigencias establecidas alcanzar una cobertura acumulada del 95% de la población nacional (exigibles para RTVE) puesto que ya dispone de emplazamientos que dan cobertura a alrededor del 95% de población para la señal de televisión analógica, aunque posiblemente esta cobertura para TDT exigirá las oportunas inversiones en equipamiento e infraestructuras de red.

A nivel autonómico, existen diversos proveedores, en su mayoría de capital público, que prestan servicios a los canales de televisión autonómicos. Así, por ejemplo, la antigua Tradia (hoy ABERTIS) presta servicio a la Corporació Catalana de Radio y Televisió (TV3 y Canal 33) en Cataluña, Retegal a la TVG en Galicia, el Gobierno Vasco a la ETB en el País Vasco y Axió-Red de Banda Ancha de Andalucía a Canal Sur en Andalucía. RETEVISIÓN (hoy ABERTIS) presta servicios de difusión de televisión analógica a Canal Nou (primer canal de la TVV) en la Comunidad Valenciana, Telemadrid en la Comunidad de Madrid y la Radio Televisión Canaria en la Comunidad Canaria. Por otro lado, ABERTIS también presta servicios de difusión de televisión digital al canal múltiple de Madrid.

Se puede concluir que, en la actualidad y en el ámbito nacional, ABERTIS mantiene una posición de dominio en el mercado de servicios de difusión de televisión



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

difícilmente contestable por potenciales entrantes. Por un lado, ABERTIS presta en estos momentos y, como se ha dicho anteriormente, ha firmado un contrato de continuidad en la prestación del servicio soporte de difusión televisiva terrenal a todos los canales de ámbito nacional. Por otro lado, la amplia cobertura de la red de difusión de ABERTIS (en parte propiciada desde la administración en la etapa de monopolio legal en cumplimiento de las obligaciones de servicio público) y la larga duración de los contratos de prestación del servicio dificultan que puedan existir alternativas a ABERTIS en este mercado.

En definitiva, esta Comisión considera que ABERTIS con una cuota de mercado superior al 80% de los ingresos, y en tanto que único operador que dispone de una infraestructura de transporte, distribución y difusión directamente utilizable, con una amplia cobertura y con unos contratos de provisión de servicios de larga duración, mantiene una posición de dominio en el mercado nacional de los servicios de transporte y difusión de la señal audiovisual difícilmente rebatible por otros operadores entrantes. Esto es así, aun reconociendo que existe cierta competencia en la actividad de transporte y distribución desde los centros de producción hasta los centros emisores, lo que no parece estar produciéndose respecto de la actividad de difusión.

Como se ha mencionado, RETEVISIÓN mantiene una posición de dominio en el mercado nacional de servicios de difusión de televisión difícilmente contestable por potenciales entrantes. Sin embargo, dicha posición de dominio no está en sí misma prohibida.

En efecto, el artículo 82 del Tratado de la Unión Europea establece que será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el Mercado Común o en una parte sustancial del mismo. El concepto de posición dominante designa una *“posición de fuerza económica que goza una empresa y que le posibilita impedir el mantenimiento de la competencia efectiva en el mercado relevante, facultándole para comportarse de una manera apreciablemente independiente de sus competidores y clientes y, en último término de los consumidores”* (Asunto 322/81 Michelin c.Comisión (1983)).

Ahora bien, como se ha indicado, dicha posición de dominio en un determinado mercado no está en sí prohibida, pues lo que se persigue es la explotación abusiva de dicha posición de fuerza. En este sentido, el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE) mantiene que declarar que una empresa tiene una posición dominante no es por sí mismo un reproche sino que, *“sin tener en cuenta las razones por las que tiene tal posición dominante, la empresa de que se trata tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada en el mercado.”* (Asunto 322/81 Michelin previamente citado)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El TJCE ha definido el concepto de abuso como *“un concepto objetivo que se refiere a la conducta de una empresa en posición dominante que llega a influenciar la estructura del mercado cuando, como resultado de la propia presencia de la empresa en cuestión, el grado de competencia se debilita y que, recurriendo a métodos distintos de los que configuran la competencia normal en las transacciones comerciales de bienes o servicios, tiene el efecto de amenazar el mantenimiento del grado de competencia aun existente en el mercado o el incremento de tal competencia”* (Sentencia Hoffmann-La Roche).

Como ya se ha indicado una empresa en posición dominante tiene una responsabilidad especial de no permitir que su conducta impida una competencia genuina y no falseada en un mercado determinado. Este falseamiento de la competencia puede producirse de muy diversas formas. Puede tratarse de una conducta cuyo efecto económico sea reducir o impedir la competencia efectiva en un mercado y/o tratarse de una conducta desleal o no razonable hacia aquellas personas que dependen de la empresa dominante para el suministro, compra o servicios.

En el ámbito de las telecomunicaciones, la doctrina europea¹ ha considerado abusivas las conductas basadas en la aplicación de condiciones desfavorables (discriminación) o las negativas de acceso a instalaciones que repercutan sobre la competencia, la fijación de precios excesivamente altos, de precios predatorios y de pinzamiento de márgenes, el empaquetamiento o vinculación de servicios sin que ello este adecuadamente justificado, la distribución exclusiva etc. No obstante, la no aplicación por el operador dominante de precios ajustados a “costes” no constituye una conducta abusiva y, por tanto, una práctica anticompetitiva en materia de libre competencia. Dicha obligación (de orientación a costes) viene regulada en la LGTel en materia de acceso a redes e interconexión y resulta de aplicación “*ex ante*” una vez que determinado operador es calificado, al amparo de la legislación sectorial, como “*Operador con poder significativo de mercado*”, lo que no ha sucedido en el caso de ABERTIS.

Ahora bien, el hecho de que Abertis no esté obligada a orientar sus tarifas o precios a los costes no significa, como hemos dicho, que no deba adoptar determinados comportamientos en su condición de operador dominante, especialmente en el ámbito del acceso a su red, que en lo que a este expediente respecta, es la única disponible para la difusión de emisiones digitales con cobertura nacional.

A este respecto y en relación al acceso a las redes de comunicaciones de los operadores dominantes, la Comunicación de la Comisión Europea de 22 de agosto de 1998, sobre aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones, reiteradamente invocada por esta Comisión en expedientes relacionados con denuncias sobre el acceso a las redes, contiene

¹ Vid. a este respecto la comunicación sobre la aplicación de las normas de la competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (DOCE C 265/2, 22/898)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

un catálogo de supuestos en los que el operador dominante, como es el caso de ABERTIS en el mercado relevante afectado, podría incurrir en abusos de su posición dominante, como pueden ser determinadas negativas de suministro de acceso o en relación a los precios .

Sexto.- Habilitación legal para la adopción de medidas cautelares.

El artículo 72.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, dispone que *“Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolverlo, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficiente para ello”*.

En el mismo sentido, el artículo 48.12 de la Ley General de Telecomunicaciones establece que *“En el ejercicio de sus funciones, y en los términos que reglamentariamente se determinen, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, una vez iniciado el procedimiento correspondiente, podrá en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, adoptar las medidas cautelares que estime oportunas para asegurar la eficacia del laudo o de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello”*.

La propia Ley General de Telecomunicaciones contempla, de forma específica, esta habilitación dada a la CMT para adoptar medidas cautelares con ocasión del ejercicio de sus funciones relativas a la resolución de conflictos de acceso. En el artículo 14.1 de esta Ley, antes citado, se indica que *“Ésta [la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones], previa audiencia de las partes, dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto del conflicto, en el plazo máximo de cuatro meses a partir del momento en que se pida su intervención, **sin perjuicio de que puedan adoptarse medidas provisionales hasta el momento en que se dicte la resolución definitiva**”*.

De acuerdo con estos preceptos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones está habilitada para adoptar medidas cautelares en los procedimientos que tienen por objeto la resolución de conflictos de acceso entre operadores.

Séptimo. Concurrencia de los supuestos necesarios para la adopción de una medida cautelar.

La presente Resolución tiene por objeto, entre otros, la adopción de medidas cautelares. Para poder adoptar las mismas, es necesario que concurran en el



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

presente expediente todos los elementos necesarios que justifican la adopción de una medida cautelar, y que vienen recogidos en el artículo 72 de la LRJPAC. Dichos elementos son los siguientes:

- La existencia de elementos de juicio suficientes para adoptar la medida cautelar;
- La necesidad de la medida para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer;
- La inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación para los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes.

El Tribunal Constitucional ha interpretado el régimen de adopción de medidas cautelares considerando que no se produce vulneración de derechos constitucionales, incluso en el caso de que se tomen sin audiencia de las partes, siempre que:

- Exista una norma jurídica que permita su adopción;
- Se adopten las medidas cautelares por resolución en derecho; y
- Se basen en un juicio de razonabilidad en cuanto a la finalidad perseguida y circunstancias concurrentes.

En los apartados posteriores se analizará la concurrencia relativa a la adopción de medidas cautelares de los elementos aquí citados, con el fin de determinar la procedencia de su adopción.

VII.1 Razonabilidad y apariencia de buen derecho

Conviene señalar que la explotación de una red de comunicaciones electrónicas soporte de señales de difusión de radio y televisión está incluida dentro del mercado 18 de la Recomendación de la Comisión Europea de 11 de febrero de 2003 sobre mercados de producto y de servicio relevantes en el sector de las comunicaciones electrónicas y susceptibles de regulación *ex ante* de acuerdo con la Directiva 2002/21/EC.

En este contexto, ABERTIS, compañía integrada por Retevisión I S.A. (en adelante, Retevisión) y Difusió Digital Societat de Telecomunicacions S.A. (en adelante, TRADIA), poseía en el año 2004, en el mercado del servicio portador de difusión de televisión por ondas terrestres, una cuota de mercado por clientes de 86,89%, mientras que su cuota de mercado por ingresos representaba el 91,48% del total del mercado, lo que de facto supone la existencia de un monopolio en la difusión de señales de televisión de cobertura estatal, derivadas de la existencia de significativas barreras a la entrada en referencia al despliegue de una red de difusión de televisión de ámbito nacional por un operador alternativo a ABERTIS.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Efectivamente, la presencia de barreras a la entrada constituye un elemento trascendental a la hora de determinar el impacto que la actuación de un operador dominante tiene sobre la competencia efectiva en el mercado de referencia. Su existencia o inexistencia determina que una posición empresarial de poder de mercado adquiera un carácter duradero y estructural o, por el contrario, sea fácilmente contestable y, por lo tanto, coyuntural. En el presente caso, para operar en el mercado del servicio portador de difusión de televisión por ondas terrestres se precisa superar la barrera de entrada consistente en disponer de las instalaciones e infraestructuras adecuadas para la difusión por ondas hertzianas a los usuarios finales de las señales de televisión producidas por los radiodifusores.

Pues bien, según manifiesta AXION, pretende convertirse en operador alternativo a ABERTIS compitiendo al menos respecto de una parte del mercado de ámbito nacional, esto es, la representada por aquellos operadores a los que se exige inicialmente una cobertura para la TDT del 80% del territorio nacional. Respecto de estos operadores ABERTIS se ve capacitada para realizar una oferta si cuenta con acceso a 41 emplazamientos de ABERTIS en los que necesitaría bien coubicación bien interconexión.

Hasta aquí no sería precisa la adopción de medidas de naturaleza cautelar, dado que en ningún momento ABERTIS ha negado de manera absoluta el derecho a negociar o la posibilidad de alcanzar acuerdos en relación a los mencionados emplazamientos, con lo que el conflicto debería resolverse por sus cauces ordinarios adoptando la CMT una resolución en torno a la manera en la que AXION debería coubicarse o interconectarse con ABERTIS.

Esto es, habría apariencia de buen derecho a favor de AXION respecto del derecho de acceso e interconexión, que no ha discutido ABERTIS, si bien habría que plantearse si como medida cautelar tiene apariencia de buen derecho la que ha solicitado AXION, consistente en la obligación de ABERTIS de suministrar a AXION el servicio soporte de transporte y difusión de señales de televisión completo durante un período de tiempo que comprende del 30 de octubre de 2005 al 30 de julio de 2006.

Pues bien, si examinamos la regulación recientemente aprobada por el Gobierno para la TDT advertimos que la petición de AXION se encuentra plenamente justificada.

En el caso que nos ocupa, este plazo de tiempo necesario para la replicación de las infraestructuras de difusión y para ofrecer al mercado servicios alternativos a los de ABERTIS viene acotado por el Plan Técnico Nacional de la TDT, aprobado recientemente mediante el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio. De acuerdo con el citado Plan Técnico, que deroga expresamente el Plan Técnico de 1998 se permite



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

la explotación inicialmente en los canales radioeléctricos 66,67, 68 y 69 de cuatro múltiples digitales en redes de frecuencia única, constituidos cada uno de ellos en principio por cuatro programas para la cobertura nacional(art. 2.1.a) del Plan).

La disposición adicional segunda del RD 944/2005 y en relación a los cuatro múltiples digitales de cobertura nacional prevé lo siguiente:

- Que un múltiple digital se explote en simulcast (analógica y digitalmente a la vez) por las actuales concesionarias privadas, como vienen haciendo hasta la fecha. Se trata de un múltiple cuyo servicio portador en principio no varía en la forma de explotación hoy existente y en consecuencia no es objeto de consideración a efectos del presente conflicto.
- Que otro múltiple digital se reserve para su explotación en régimen de gestión directa al Ente Público Radiotelevisión Española. Dadas las obligaciones de cobertura de este último operador, tampoco puede ser considerado en el presente conflicto por cuanto AXION en ningún caso pretendería que su plan de despliegue y las medidas cautelares solicitadas afectaran al servicio portador del Ente Público.
- Los restantes canales digitales en los múltiples que quedan libres. La Disposición adicional segunda prevé que estos canales se reserven para el impulso y desarrollo de la TDT a que se refiere la disposición transitoria cuarta del RD.

Pues bien, la disposición transitoria cuarta abre precisamente una limitada ventana de oportunidad para potenciales competidores de ABERTIS, con unos plazos que dan razón a la demanda de medidas cautelares formulada por AXION.

Así, el primer párrafo de la disposición transitoria cuarta establece que “el Gobierno ampliará a las sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal existentes a la entrada en vigor de este real decreto, si lo solicitan en el plazo de siete días desde su entrada en vigor, el contenido de la concesión obtenida conforme a lo previsto en la Ley 10/1998, de 3 de mayo, de televisión privada, permitiéndoles explotar, hasta el momento en que se produzca el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica, canales digitales adicionales a los que se refiere el apartado 3 de la disposición adicional segunda de este real decreto, de acuerdo con las condiciones indicadas a continuación”.

Entre estas condiciones, que son contrapartida del derecho de acceder hasta dos canales digitales nuevos, figura la de “iniciar las emisiones de programación” de uno de los dos canales antes del 30 de noviembre de 2005.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Esto es, el RD amplía la posibilidad de prestar servicios portadores a dos nuevos múltiples, lo que ofrece una ventana de oportunidad a competidores de ABERTIS.

Ahora bien, como decimos, esta ventana de oportunidad es limitada. Las emisiones de nuevos canales deben realizarse no más allá del 30 de noviembre del presente año, con lo que los radiodifusores deben contratar un servicio portador de ámbito nacional antes de esa fecha.

Para que AXION pueda presentar ofertas a los radiodifusores, en las condiciones regulatorias que se han explicado, necesita imperiosamente contar con un acceso completo con carácter transitorio a la red de ABERTIS. Estaríamos en una situación similar a las obligaciones de itinerancia (utilización transitoria y total de la red de competidores) que la administración impuso en su día a los operadores TELEFONICA MOVILES Y AIRTEL con objeto de permitir la salida al mercado del operador RETEVISION MOVIL.

Llegados a este punto es importante aclarar los términos en los que AXION entraría en el mercado, dado que ABERTIS ha centrado buena parte de su oposición a la medida cautelar en la consideración de que, de otorgarse, la CMT estaría habilitando la entrada en el mercado de un revendedor, o, en expresión traída a colación desde el mercado móvil, la entrada en el mercado de un operador “virtual”.

No debe confundirse la naturaleza transitoria y excepcional de la medida cautelar con la finalidad de la misma, que en ningún caso es propiciar la aparición en el mercado de analizados de revendedores u operadores virtuales.

En nuestro país, los modelos de entrada en el mercado de las telecomunicaciones en general no han sido idénticos. Para el caso de la telefonía fija, por citar el ejemplo más conspicuo, los nuevos competidores han contado con el derecho a acceder indirectamente a la red del operador entonces en monopolio, sin necesidad de contar apenas con red propia, pudiendo desde el primer momento y gracias a este régimen vender a cualesquiera usuario sus servicios. Así la reventa de servicios directamente ha sido posible sin ninguna dificultad, considerando a estos efectos como un valor de importancia a preservar, al menos en los primeros momentos, la existencia de una competencia numerosa en agentes que pudieran atacar la posición dominante del operador establecido.

En otros mercados, como por ejemplo el de la telefonía móvil, la regulación no ha sido tan aperturista, si se nos admite esta expresión, en el sentido de no posibilitar inicialmente el acceso de cualesquiera agente sino que, como presupuesto para la entrada se ha exigido un compromiso real –garantizado por mejor decir- de construcción de una red completa de ámbito nacional.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, como contrapartida de esa exigencia de despliegue de red, se impuso al resto de operadores móviles una obligación de itinerancia, esto es, de poner a disposición del nuevo operador entrante y mientras construía su propia red, las redes ya instaladas a fin de poder vender inmediatamente servicios a cualquier usuario que lo solicitara.

Este modelo no ha contemplado originalmente la figura de revendedores en el servicio móvil (en su lugar aparecieron meros distribuidores comerciales de marca)

Salvando las distancias lógicas por la diferente naturaleza de los servicios, el modelo de apertura a la competencia en el caso del mercado objeto de estas medidas debe parecerse más al de la telefonía móvil que al de la fija. No parece factible un modelo de reventa o de alquiler de la red sino de prestación de servicios bajo red propia.

De hecho en todas las regiones en las que existe más de un operador prestando servicios, coexisten al menos dos redes. Hasta la fecha no ha aparecido la figura del revendedor probablemente porque no tiene sentido comercial. En efecto, en un mercado en el que los compradores son muy limitados (no más de cinco o seis en el caso de la difusión nacional), carece de sentido el valor comercial que podría aportar un revendedor.

Por todo lo antedicho, esta Comisión rechaza rotundamente que con la medida cautelar se trate de introducir revendedores en el mercado. Justamente lo contrario. Corolario de esta medida es la exigencia y necesidad de que por AXION-que ya cuenta con una red propia si bien que de alcance regional- se proceda a completar la red necesaria para prestar servicio en un plazo máximo de nueve meses. La medida es puramente transitoria-como aconteció en su día en el mercado móvil- a lo que habría que añadir que improrrogable a fin de garantizar que lo que constituye una facilidad transitoria en el acceso no se pueda convertir en una entrada espúrea en el mercado.

Otra cosa es que se pretenda con el argumento de la introducción de revendedores sostener que en realidad tan sólo resulta factible la existencia de un operador de red. Este argumento se rebate por si mismo al considerar que el modelo que el legislador ha introducido explícitamente es el de competencia, habilitando como derecho de los compradores potenciales de los servicios portadores el de poder elegir otro competidor diferente al monopolista tradicional. No será esta CMT la que limite este derecho consagrado legislativamente, al menos mientras no se demuestre que existen limitaciones de orden técnico o de otra índole que impidan la coexistencia de dos redes de alcance nacional (como ya existe en el ámbito autonómico).

En definitiva, de no permitirse este acceso especial y transitorio a toda la red de ABERTIS, el ejercicio de los derechos de ubicación, acceso e interconexión a 41



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

centros de ABERTIS, objeto de conflicto, carecerían de utilidad por cuanto no habrían competidores (que habrían firmado con ABERTIS antes del 30 de noviembre) a los que ofrecer servicios portadores.

La medida es proporcional por su carácter transitorio e improrrogable, vinculada al despliegue y construcción de una red propia.

En este sentido, la petición de AXION de medidas cautelares goza de apariencia de buen derecho, no sólo desde la perspectiva que se ha analizado sino en razón de las obligaciones que como operador dominante le cumplen a ABERTIS.

Hemos señalado anteriormente que ABERTIS ostenta una posición dominante desde el punto de vista del derecho de la competencia en el mercado nacional de servicios portadores de los servicios de televisión digital terrenal. En su condición de operador dominante y, como recuerda la Comunicación de la Comisión Europea sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones de 22 de agosto de 1998, uno de los comportamientos que debe examinar el regulador es si el proveedor de acceso debe o no estar obligado a celebrar un contrato con el prestador de servicio para que este último pueda operar en el mercado evitando que el control de que disponen los operadores tradicionales sobre las instalaciones de acceso no se emplee para obstaculizar el desarrollo de un entorno de telecomunicaciones competitivo. Por su claridad se transcribe a continuación el párrafo 91 de la citada Comunicación:

“El punto de partida para el análisis de la Comisión será la identificación de un mercado ya existente o potencial para el que se solicita el acceso. Con objeto de determinar la conveniencia de que se conceda el acceso en aplicación de las normas de competencia, se tendrá en cuenta toda vulneración por parte de la empresa dominante de su obligación de no discriminar o de los siguientes elementos, con carácter acumulativo:

a) el acceso a la instalación en cuestión es , en términos generales, fundamental para que las empresas compitan en dicho mercado afin. En este caso se trata de dilucidar que es esencial. No bastaría con que, en caso de concederse el acceso, la posición de la empresa que lo solicita fuese más ventajosa sino que es preciso que su denegación implique la posibilidad o la inviabilidad absoluta e inevitable de las actividades propuestas.

Aunque a partir del 1 de julio de 1996 se puede emplear, por ejemplo, infraestructura alternativa para los servicios liberalizados, pasará algún tiempo antes de que ello constituya, en muchos casos, una alternativa satisfactoria a las instalaciones del operador tradicional. En la actualidad , la infraestructura alternativa no ofrece un a cobertura geográfica de la densidad de la que dispone la red del operador de telecomunicaciones ya existente:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- b) Se dispone de suficiente capacidad para facilitar el acceso.
- c) El titular de la instalación no consigue satisfacer la demanda en un mercado de servicio o producto ya existente, bloquea la irrupción de un nuevo servicio o producto comercial o impide la competencia en un mercado ya existente o potencial de servicios o productos;
- d) la empresa que solicite está dispuesta a abonar el precio razonable y no discriminatorio fijado y, por lo demás, aceptará más condiciones de acceso no discriminatorias.
- e) no existe justificación objetiva alguna para denegar el acceso.”

A juicio de esta Comisión, en el presente caso concurren todos los requisitos cumulativos que se han enunciado, a salvo el del precio que deberá ser fijado cautelarmente por esta Comisión.

Así pues, parece conveniente imponer ciertas obligaciones de acceso a ABERTIS, con objeto de garantizar unas posibilidades reales de utilización de las infraestructuras necesarias para la difusión de señales de televisión, que constituyen actualmente un cuello de botella para la competencia en todo el territorio nacional por los motivos anteriormente expuestos. En la definición de estas obligaciones se ha de tener en cuenta necesariamente los plazos temporales establecidos en el Plan Técnico Nacional de la TDT para la asignación concreta de los canales digitales, el comienzo de las emisiones en los múltiples SFN nacionales y los objetivos de cobertura establecidos.

ABERTIS argumenta que el calendario del nuevo Plan Técnico ya era conocido por los agentes de este mercado, por lo que no procede adoptar una medida que legitima lo que califica de falta de diligencia de AXIÓN en su estrategia de planificación de red. Efectivamente, las líneas generales del Plan eran conocidas desde diciembre de 2004, aunque no los plazos de inicio de emisiones ni los objetivos de cobertura de 80% a finales de 2005, ni la forma y manera que se produciría la distribución de canales múltiples entre los operadores, tanto en la fase transitoria como en la definitiva. Tanto es así que algunos de estos aspectos no han quedado definitivamente cerrados hasta la aprobación definitiva del RD que aprueba el nuevo Plan de la TDT.

Todo ello impone a los operadores del servicio soporte unos plazos de despliegue de red difíciles de cumplir, salvo para el operador histórico que ya disponía de esta red desde 2002.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En lo que respecta a la determinación del precio de este servicio, Tal y como se ha explicado, desde la perspectiva de la salvaguardia de la libre competencia la determinación de RETEVISION como operador dominante en el mercado de difusión de la señal de televisión no implica en absoluto que sus precios deban orientarse a costes.

Por otro lado, la normativa sectorial de aplicación no impone tampoco a RETEVISIÓN la obligación de “orientar a costes” los precios de su servicio portador soporte de los de difusión digital. Las disposiciones sobre acceso e interconexión recogidas en la LGTel imponen la obligación de ajustar a costes los precios de acceso e interconexión únicamente de aquellos operadores que hayan sido declarados con “Poder Significativo de Mercado” (art. 23 LGTel) y en los mercados de referencia previamente determinados en el art. 3 del Reglamento de Interconexión y Acceso, entre los cuales no se encuentra el servicio portador soporte del de difusión de radio y televisión. Es más, la Orden Ministerial de 9 de marzo de 2000 sobre DPR sujeta la prestación del mencionado servicio portador “a los principios de igualdad de trato y no discriminación entre las distintas entidades públicas y privadas gestoras del servicio publico de televisión” (apartado 5º de la Disposición Transitoria 4ª), sin requerir la orientación a costes de sus precios.

Ahora bien, también hemos dicho que en su condición de operador dominante, Retevisión no puede adoptar determinados comportamientos que podrían ser calificados como abusivos.

En relación a la fijación de precios excesivamente elevados, la aludida Comunicación de la Comisión Europea de 22 de agosto de 1998, dice en sus párrafos 105 a 107 que

105: “el acceso de prestadores de servicios a las instalaciones de un operador dominante presenta a menudo el problema de la aplicación de tarifas excesivamente elevadas, dado que , al no existir alternativas viables a la instalación a la que los prestadores de servicios pretenden acceder, el operador dominante o monopolístico puede inclinarse por fijar tarifas demasiado elevadas.

106: El Tribunal de Justicia define el precio excesivamente elevado como aquél que resulta excesivo en comparación con el valor económico del servicio prestado. Además, el Tribunal explicó que una de las formas en que podía determinarse era el siguiente:

“Este exceso podría entre otras cosas determinarse de forma objetiva si fuera posible calcularlo comparando el precio de venta del producto en cuestión con su coste de producción”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

107: La Comisión necesita determinar cuáles son los costes efectivos de un producto determinado. Así pues, para calcular si un precio es excesivo, es fundamental proceder a una asignación de costes adecuada. Por ejemplo cuando una empresa lleve a cabo diversas actividades, habrá que asignar costes a cada una de éstas, y asimismo, distribuir de forma apropiada los costes comunes. Además, puede ser conveniente que la Comisión establezca el método mas idóneo de asignación de costes cuando éste sea motivo de disputa.

Además de la determinación de los costes, la Comisión recomienda la realización de comparativas:

“109: Además, la comparación con otras áreas geográficas puede utilizarse también como indicador de unos precios demasiado elevados: el Tribunal estableció que, en la medida de lo posible, la comparación debía realizarse entre los precios fijados por una empresa dominante y los que se aplican en los mercados abiertos a la competencia. Dicha comparación podría servir de base para determinar si los precios aplicados por la empresa dominante son justos. En algunos casos en que no se dispone de datos comparativos, las autoridades de reglamentación han tratado de determinar cuál podría haber sido el precio competitivo de haber existido un mercado competitivo. Cuando lo juzgue oportuno, la Comisión podrá tener en cuenta este análisis a la hora de determinar si los precios fijados son excesivos.”

A estos efectos, ABERTIS, propone a esta Comisión un precio para un servicio completo de difusión de un Múltiple durante un año de casi 95 millones de euros.

Para llegar a ese precio la operadora parte del modelo de contabilidad analítica orientado a costes presentado ante la CMT para justificar los precios finales de los servicios de TDT. No obstante, por diferentes razones, ha introducido ajustes en el modelo que estima son coherentes con la petición de AXION.

Así considera costes históricos y no corrientes por cuanto la inversión realizada por ABERTIS para suministrar acceso a AXION quedará obsoleta en el plazo de nueve meses, dado que la intención de esta última es construir su propia red sustituyendo la que pueda instalar ABERTIS por una red alternativa. En consecuencia, el único valor que podría obtener ABERTIS de la inversión realizada sería el valor de desguace de los equipos y sistemas instalados.

[CONFIDENCIAL]



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

[CONFIDENCIAL]

[CONFIDENCIAL]

En relación al precio propuesto por ABERTIS se deben realizar las siguientes consideraciones contando con que nos encontramos en sede cautelar.

En primer lugar, que el precio que eventualmente se fije habría de corresponderse con un precio de mercado que no permitiera a ninguna de las dos partes obtener rentas extraordinarias derivadas de la prestación de dicho servicio, es decir, se deberían de mantener en todo caso las condiciones de valor de mercado de ambas empresas. Por una parte, ABERTIS no debería de ver mermado su valor de mercado, ya que únicamente se estaría facilitando la entrada de un nuevo operador al concurso, y sería el mercado el que optaría por la oferta más económica y eficiente, y por otra parte, AXIÓN no debería de pagar un precio extraordinario por dicho servicio, que le impidiera por una parte presentarse al concurso y que por otra dinamitaran sus posibilidades de inversión futura o el éxito de su plan de implementación.

En segundo lugar, esta Comisión entiende que el precio que finalmente se fije habría de incentivar no sólo la inversión futura sino la existencia de alternativas diferentes a ABERTIS, lo que en definitiva redundaría en una mayor diversidad de ofertas en los distintos eslabones de la cadena de valor que finalmente redundaran en una mayor calidad y diversidad del producto de cara a los consumidores finales.

En tercer lugar, habría que tener en cuenta que en una red de difusión digital la unidad básica a transmitir es el múltiple, sobre una única frecuencia, aunque dicho múltiple esté constituido a su vez por varios canales. Es decir, la cadena de elementos de la red de difusión se utiliza de la misma forma tanto si están todos los canales activos como si lo está uno solo.

Llegados a este punto, no resulta posible admitir como coste inicial a efectos de determinar el precio el que supuestamente arroja la contabilidad de costes de ABERTIS, por cuanto que en estos momentos, la referida Operadora no está sujeta a orientación a costes en lo que se refiere a los servicios portadores de ámbito



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

nacional. En consecuencia, no procede que esta Comisión apruebe un sistema contable aplicable para todo el ámbito nacional ya que no sería el objeto del expediente, y ni siquiera que se examine, acepte o analice una adecuada modificación del modelo incorporando los parámetros planteados por ABERTIS.

Adicionalmente a lo anterior, parece excesivo entender que el valor completo de la inversión realizada será residual una vez las medidas cautelares queden sin efecto, ya que pasados los 9 meses de la primera fase de implementación, AXION estaría retribuyendo a ABERTIS por el servicio de difusión completo.

Teniendo en cuenta por ello que nos encontramos en sede cautelar y que la CMT ya ha fijado en el pasado en el expediente que concluyó mediante resolución de fecha 12 de junio de 2003 como valoraba el servicio completo de transporte y difusión de ABERTIS respecto de un radiodifusor de televisión digital (como son VEO y NET TV), se puede partir inicialmente como valor comparativo a considerar el del precio tenido en cuenta por la CMT para un múltiple digital en el año 2003, que tenía en cuenta asimismo el precio fijado en contratos por ABERTIS en el año 2001

En consecuencia y partiendo de dicho valor se ha procedido a su capitalización al ejercicio 2006, dado que los contratos firmados en su día en lo que al precio se refiere se fijaban para un múltiple por un año pero teniendo en cuenta una duración del contrato de cinco años. En esta ocasión, y en esto se coincide con ABERTIS, nos encontramos con una inversión que habría de realizarse para un contrato teórico de nueve meses, lo que necesariamente debe incrementar el precio final.

Pues bien para realizar esta capitalización se ha considerado por una parte el IPC interanual correspondiente al período comprendido entre enero 2002 y diciembre 2005, resultando un precio provisional del servicio valorado a precios corrientes de mercado de 13,5 millones de euros por múltiple, al que se le debería añadir el valor de los equipos que, como consecuencia de la cesión, ABERTIS no podría recuperar a lo largo del periodo de la primera fase de implementación señalada por AXION, esto es, 9 meses a contar desde el 30 de octubre de 2005. Dicho valor residual, objeto de compensación, se cuantifica provisionalmente en 14 millones de euros y se corresponde con la valoración de la inversión en equipos que tendría que realizar un operador alternativo para prestar el servicio de difusión completo a lo largo de este periodo, y que habría que reconocer en todo caso a ABERTIS, por cuanto que se vería obligado a amortizar aceleradamente una parte de su inversión.

La cifra provisional resultante es de 24,125 millones de euros por múltiple, para la duración de estas medidas cautelares (que se sería de 9 meses), más ajustada y adecuada a la situación de mercado que la excesiva de 95 millones de euros solicitada por ABERTIS y la fijada por la CMT en el caso de VEO y NET que partía obviamente de la situación existente de continuidad en las relaciones contractuales entre operadores.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dicho precio provisional queda supeditado a la liquidación definitiva que realice esta Comisión en la resolución que finalice este procedimiento, considerándose las cantidades cifradas provisionalmente a cuenta de la superior o inferior que finalmente se determine.

ABERTIS solicita en sus alegaciones que este servicio debería prestarse por un periodo mayor de un año, en línea con la duración habitual de los contratos y las vidas útiles de sus equipos e infraestructuras. Esta Comisión entiende que, de acceder a esta petición, AXIÓN no tendría incentivo alguno para constituir su red alternativa, dejando aparte el hecho de que el objetivo de AXIÓN, manifestado en su solicitud, es el de establecer una red con emplazamientos propios, diferenciada de la de ABERTIS.

Así, esta obligación de prestación del servicio de difusión completo por parte de ABERTIS a AXIÓN no debería perdurar más allá del tiempo necesario para que AXIÓN instale su propia red de difusión alternativa a la de ABERTIS y sea capaz de aportar un valor añadido en la prestación de sus servicios a los radiodifusores.

En este sentido, AXIÓN remite un cronograma en donde estima la presentación de ofertas y la firma de los contratos con los concesionarios en septiembre y octubre, por lo que la petición de equipos a sus suministradores y su instalación debería iniciarse en esas fechas. AXIÓN evalúa dicha instalación entre cuatro y seis meses, por lo que parece adecuado que la prestación del servicio de difusión completo se realice por el periodo solicitado por AXIÓN, nueve meses a contar desde el 30 de octubre de 2005, en las condiciones económicas descritas en el apartado anterior.

De otro lado, se ha señalado que la ventana de oportunidad y la justificación de la medida se asientan en la apertura de nuevos canales múltiples derivada del nuevo plan de TDT. En consecuencia, debe limitarse la eficacia de esta medida a los nuevos múltiples que salen al mercado, sin afectar en sede cautelar a servicios ya contratados con ABERTIS.

AXIÓN solicita asimismo que se le permita el acceso e interconexión a 41 centros emisores de ABERTIS que considera irremplazables por sus características singulares, con el fin de constituir su propia red de difusión. En este punto, las negociaciones de acceso e interconexión mantenidas por ambas partes se encuentran estancadas por la especial interpretación de ABERTIS al respecto, puesto que esta entidad proyecta al territorio nacional las obligaciones impuestas por el Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de noviembre de 2003 en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Cataluña. De acuerdo con estas obligaciones, el acceso o uso de las infraestructuras comprendería la coubicación y, subsidiariamente, la interconexión en multiplexores y antenas sólo en situaciones de insuficiencia de espacio e imposibilidad de ampliarlo.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Se trata de una cuestión que deberá resolverse en la decisión definitiva del conflicto valorando a estos efectos como aspecto de gran importancia el modelo regulatorio que más arriba se ha apuntado por esta Comisión como más idóneo para un mercado como el que es objeto de la presente resolución.

VII.2 Necesidad y urgencia de la medida cautelar a adoptar

Debido a que el Plan Técnico de la TDT prevé que los canales digitales concretos estén asignados no más tarde del 30 de octubre de 2005, al tiempo que los canales digitales adicionales a los existentes comiencen sus emisiones antes del 30 de noviembre de 2005, se hace necesario que el operador que preste los servicios portadores soporte de los de difusión esté en condiciones de garantizar la prestación del servicio en esas fechas y con una cobertura del 80% de la población nacional antes de final de año.

En el caso de no adoptar la presente medida provisional, la resolución que se pudiera adoptar al término del procedimiento podría quedar desvirtuada, puesto que, aunque se resolviera a favor del acceso de AXIÓN a los emplazamientos de ABERTIS, no se dispondría de plazo suficiente para que AXIÓN elaborara una oferta alternativa a la de ABERTIS en el plazo establecido en el Plan Técnico, con las correspondientes consecuencias para la competencia en el mercado de ámbito nacional de los servicios portadores.

En este sentido, los perjuicios que ocasionaría la falta de acceso a los emplazamientos de ABERTIS que se pretende evitar serían de difícil reparación.

Por todo lo anterior, con el fin de garantizar la pluralidad de ofertas y la competencia en el mercado, se hace necesaria la adopción de medidas cautelares que aseguren, de manera inmediata, el acceso a los diferentes emplazamientos de ABERTIS, para la prestación por parte de esta entidad de un servicio de difusión completo a AXIÓN. De ahí que su adopción debe de ser urgente y a la mayor brevedad para asegurar el efecto útil de la resolución que finalmente se dicte.

VII.3 Inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación a los interesados o de efectos que impliquen violación de derechos amparados por las leyes

La adopción de una medida cautelar prescindiendo del trámite de audiencia, no implica indefensión alguna, por cuanto que la medida cautelar supone una verdadera llamada al interesado para que en la tramitación del procedimiento en curso pueda manifestar lo que a su derecho e intereses convenga y, en cualquier caso, siempre está abierta la posibilidad de interponer el correspondiente recurso administrativo o contencioso-administrativo. Todo ello sin perjuicio de que con ocasión de la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

contestación por ABERTIS al requerimiento de información solicitado por esta Comisión esa operadora ha manifestado cuanto ha tenido por conveniente.

En efecto, la no adopción de las presentes medidas cautelares supone agravar la competencia en el mercado de difusión al no poder AXIÓN acceder a determinados emplazamientos con el fin de elaborar una oferta alternativa para los concesionarios de los nuevos canales digitales de televisión de ámbito nacional.

Por otra parte, la adopción de esta medida cautelar no ocasiona perjuicios de difícil o imposible reparación. La propia ABERTIS parece estar dispuesta, en cierta medida, a proporcionar acceso a sus emplazamientos. Ello se desprende de las comunicaciones efectuadas entre AXIÓN y ABERTIS, entre ellas, la más reciente: *“Finalmente quisiera reiterar nuestra disposición para atender las solicitudes de acceso que, en su caso, nos remitan, al igual que hemos hecho en anteriores ocasiones²”,* pero también de la propuesta de condiciones económicas para la subcontratación del servicio soporte realizada en sus alegaciones por ABERTIS.

Así las cosas, es evidente la necesidad y urgencia inaplazable de las medidas que aquí se establecen.

Conforme a los anteriores hechos y fundamentos de derecho, esta Comisión

ACUERDA

Adoptar la siguiente medida cautelar:

Primero.- ABERTIS TELECOM, S.A.U. deberá permitir a RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A. el acceso a la totalidad de los 147 centros de su red SFN de ámbito nacional, incluyendo la puesta a disposición de todos aquellos recursos asociados o servicios necesarios, de forma que, a partir del 30 de octubre de 2005, ABERTIS TELECOM, S.A.U. realice el transporte y la difusión completa a través de su red de las señales digitales de televisión que le entregue RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A., correspondientes a las frecuencias de esas señales.

Segundo.- ABERTIS TELECOM, S.A.U. suministrará el servicio de difusión completo a RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A., en la totalidad de los 147 centros de su red SFN de ámbito nacional, de acuerdo con las condiciones económicas y técnicas descritas en el apartado VII.1 del presente Acuerdo, durante un plazo improrrogable de nueve meses a partir del 30 de octubre de 2005.

² Escrito de ABERTIS a AXIÓN de fecha 20 de mayo de 2005.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Tercero.- Para la efectividad de esta medida cautelar, RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A. deberá ejercer el derecho de acceso reconocido en esta resolución en el plazo máximo de 10 día hábiles.

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 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

Reinaldo Rodríguez Illera

Jaime Almenar Belenguer