



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON 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 42/05 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 1 de diciembre de 2005, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE ESTIMA PARCIALMENTE EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A. Y SE DESESTIMA EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR LA ENTIDAD ABERTIS TELECOM, S.A.U., AMBOS CONTRA LA RESOLUCIÓN DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DE FECHA 20 DE SEPTIEMBRE DE 2005, RELATIVA A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES SOBRE LA OBLIGACIÓN 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.

En relación con los recursos potestativos de reposición interpuestos por las entidades ABERTIS TELECOM, S.A.U. (en adelante, ABERTIS) y RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A. (en adelante, AXIÓN) contra la Resolución de fecha 20 de septiembre de 2005, relativa a la adopción de medidas cautelares sobre la obligación por parte de ABERTIS de suministrar acceso e interconexión a su red a AXIÓN (MTZ 2005/1162), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 42/05 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

Resolución de 1 de diciembre de 2005, recaída en el expediente AJ 2005/1511.

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 22 de julio de 2005, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, escrito en virtud del cual la entidad AXIÓN solicitaba la intervención de este Organismo mediante la adopción de medidas cautelares, en el sentido de poder, en una primera fase, desde el 30 de octubre de 2005 hasta el 30 de julio de 2006, subcontratar a ABERTIS el servicio portador soporte de transporte y difusión de señales de televisión completo para la totalidad de los 147 centros necesarios para desplegar una red



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de Televisión Digital Terrestre (en adelante, TDT) nacional con una cobertura del 80% de la población a 30 de noviembre de 2005, y en una segunda, desde el 1 de agosto de 2006 al 30 de octubre de 2007, acceder e interconectarse a 41 centros de ABERTIS.

SEGUNDO.- El día 30 de julio de 2005 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio (en adelante, Real Decreto 944/2005) que aprobaba el Plan Técnico Nacional de la TDT (en adelante, Plan Técnico) en cuya disposición transitoria cuarta, relativa al impulso y desarrollo de la TDT, se preveía la obligación de las sociedades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal de presentar, antes del día 1 de octubre de 2005, un plan detallado de actuación en el que asumieran, entre otros, el compromiso de iniciar las emisiones de la programación del primer canal digital adicional antes del 30 de noviembre de 2005.

TERCERO.- Con fecha 20 de septiembre de 2005, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobó la Resolución relativa a la adopción de medidas cautelares sobre la obligación por parte de ABERTIS de suministrar acceso e interconexión a su red a la entidad AXIÓN.

En la citada Resolución se acordó lo siguiente:

***“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.*

***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”.*

CUARTO.- En ese mismo día 20 de septiembre de 2005, se publicaba en el Boletín Oficial del Estado la corrección de errores del Real Decreto 944/2005, en los siguientes términos:

“Advertido error en el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprobaba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre, publicado en el “Boletín Oficial del Estado” número 181, de 30 de julio de 2005, se procede a efectuar la oportuna rectificación:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En la página 27010, segunda columna, en la disposición transitoria cuarta, segundo párrafo, donde dice: "...antes del día 1 de octubre de 2005...", debe decir: "...antes del día 31 de octubre de 2005..."

QUINTO.- Mediante Resolución del Consejo del día 29 de septiembre de 2005, recaída en el seno del expediente MTZ 2005/1162, se procedió a notificar a la Comisión Europea, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al Ministerio de Economía y Hacienda y a las autoridades nacionales de reglamentación de los Estados miembros la adopción de medidas cautelares consistentes en la obligación por parte de ABERTIS de suministrar acceso e interconexión a su red a AXIÓN.

SEXTO.- Con fecha 21 de octubre de 2005, se recibió en esta Comisión escrito presentado por Don Javier Martí de Vesés Estades, en nombre y representación de ABERTIS, en virtud del cual interponía recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 20 de septiembre de 2005 antes mencionada.

La representación de ABERTIS fundamenta su recurso en los siguientes motivos:

1º.- Nulidad de pleno derecho de la Resolución de 20 de septiembre de 2005, al amparo del artículo 62.1 e) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), en la medida en que se dictó prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido.

Se alega que la solicitud formulada por AXIÓN consistente en la subcontratación completa del servicio portador soporte de ABERTIS, no se enmarcaba dentro de un conflicto de acceso o interconexión del Título III del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración (en adelante, Reglamento de Mercados), sino dentro del procedimiento de definición y análisis de los mercados de referencia, contemplado en el artículo 10 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) y en el Título II del Reglamento de Mercados.

En este sentido, no habiéndose procedido todavía por parte de la Comisión al análisis y definición de los mercados de referencia relativos a redes y servicios de comunicaciones electrónicas, la imposición de cualquier obligación a un operador requiere del cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 5.6 del citado Reglamento.

Según la entidad recurrente, aun en el supuesto de considerarse erróneamente la existencia de un conflicto de acceso e interconexión, el artículo 13.2 de la LGTel impide la posibilidad de imponer obligaciones de acceso a aquellos operadores que no tienen poder significativo en el mercado fuera de los supuestos mencionados en dicho artículo.

En este caso, entiende ABERTIS que debería haberse dado cumplimiento, además, a lo dispuesto en el artículo 25.5 del Reglamento de Mercados, con arreglo al cual cuando se adopten inmediatamente medidas cautelares sin el



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

trámite previo de consulta y notificación previsto en dicho precepto, seguidamente las medidas adoptadas han de ponerse en conocimiento, junto a su motivación, a la Comisión Europea, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y a las otras autoridades nacionales de reglamentación de los demás Estados miembros de la Unión Europea.

2º.- Anulabilidad de la Resolución por infracción de los artículos 11.4 y 48.3 d) de la LGTel y 23.3 a) del Reglamento de Mercados.

Se indica que la solicitud de AXIÓN de obligar a ABERTIS a la subcontratación del servicio portador soporte de las señales de televisión en una primera fase, así como de acceder e interconectarse a 41 centros de ABERTIS en una segunda fase, tiene lugar, por primera vez, en el escrito en el que aquella entidad requiere la intervención de la Comisión, sin que dicha cuestión hubiera sido con anterioridad objeto de negociación alguna entre las partes, presupuesto que resulta necesario para la existencia de un conflicto que legitime la intervención de la Comisión.

3º.- Anulabilidad de la Resolución por infracción de los artículos 9.3 de la Constitución Española y 11 del Reglamento de Mercados.

Por un lado, considera ABERTIS que el precio fijado por la Comisión para la subcontratación del servicio completo se ha establecido al margen de las normas para la imposición de obligaciones de control de precios establecidas en el artículo 11 del Reglamento de Mercados.

En relación con la consideración de los precios existentes en mercados competitivos comparables a que se hace referencia en dicho artículo, sostiene la recurrente que la Comisión ha ignorado los informes independientes de comparativa de precios elaborados por Análisis y Spectrum, así como la abundante documentación económica y contable aportada por ABERTIS, utilizando la información en virtud de la cual en la Resolución de fecha 12 de junio de 2003 fijó el precio del servicio que ABERTIS iba a prestar a VEO y NET TV, añadiéndole el incremento del IPC y el valor de los equipos que, como consecuencia de la cesión, ABERTIS no podrá recuperar durante el período de 9 meses a contar desde el 30 de octubre de 2005.

De otra parte, sostiene la recurrente que el precio fijado por la Comisión no refleja debidamente ni el coste del servicio ni el coste de oportunidad.

[CONFIDENCIAL]



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

[CONFIDENCIAL]



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

[CONFIDENCIAL]

4º.- Anulabilidad de la Resolución por infracción del artículo 72 de la LRJPAC y del artículo 5.6 del Reglamento de Mercados o, en su caso, del artículo 25.5 del mismo.

Sostiene ABERTIS que la Resolución de 20 de septiembre de 2005 no reúne los requisitos exigidos en los preceptos citados para la adopción de la medida cautelar.

Concretamente, por lo que se refiere a la apariencia de buen derecho (*"fumus boni iuris"*), señala la recurrente que la Resolución impugnada aborda la adopción de la medida cautelar partiendo de la condición de operador dominante de ABERTIS sin seguir el procedimiento de definición y análisis del mercado normativamente establecido para ello, y de la necesidad que tiene AXIÓN de implementar el Plan Técnico.

Respecto de la necesidad y urgencia de la medida cautelar, señala ABERTIS que el fomento de la TDT por parte del Gobierno no ha tenido su comienzo en el Real Decreto 944/2005, debiendo haber conocido AXIÓN, como último hito en el desarrollo de la TDT, el Plan de Impulso de la TDT aprobado el 30 de diciembre de 2004 por el Gobierno, en el que se anunciaba la modificación del Plan Técnico antes del verano de 2005, se comprometía a asignar a la mayor brevedad las frecuencias liberadas tras la desaparición de Quiero TV, se aludía a la necesidad de comenzar las emisiones en otoño de 2005 y se adelantaba al año 2010 la fecha del apagón analógico. De ahí que la brevedad de los plazos a la que alude AXIÓN no sea debida a una situación de urgencia o necesidad, sino a la imprevisión de la propia entidad.

Sobre la inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación, expone la recurrente que, frente a los daños que ha conllevado para ABERTIS la fijación errónea del precio minorista de venta de los servicios soporte de difusión, la falta de adopción de la medida cautelar no originaría perjuicio alguno para AXIÓN, ya que, dada su intención de construir su propia red en un período de nueve meses,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

podría, de haber querido, haber desplegado su red alternativa desde la aprobación del Plan de fecha 30 de diciembre de 2004.

Por último, en relación con la proporcionalidad e idoneidad de la medida cautelar, considera ABERTIS que la medida adoptada excede de dichos límites y alcanza su nivel máximo al imponer la subcontratación completa del servicio portador a un competidor, debiendo facilitar el acceso completo a su red.

Tras solicitar la admisión del recurso a trámite, la entidad recurrente pide que se resuelva estimatoriamente su recurso, declarándose la nulidad de la Resolución impugnada y dejándose sin efecto la medida cautelar.

Asimismo, solicita la declaración de confidencialidad del contenido del apartado b) (sobre el precio del servicio) del motivo tercero del recurso denominado *“Nulidad de la Resolución por infracción de los artículos 9.3 de la Constitución Española y 11 del Reglamento de Mercados y Acceso”*.

SÉPTIMO.- Mediante escrito de fecha 21 de octubre de 2005, que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 26 de octubre del mismo año, Doña Pilar de la Cal Lanza, en nombre y representación de la entidad AXIÓN, interpone recurso potestativo de reposición contra la Resolución de fecha 20 de septiembre de 2005, con base en los siguientes argumentos:

1º.- Frente a lo dispuesto en la Resolución recurrida, que establece que el múltiple digital de cobertura estatal con posibilidad de efectuar desconexiones territoriales, reservado a Radiotelevisión Española y el múltiple digital explotado en simulcast no son objeto de consideración a efectos del conflicto de acceso e interconexión existente entre las partes, se alega que AXIÓN tiene derecho a ser el operador de red de cualquiera de los múltiples digitales configurados sobre alguno de los canales radioeléctricos 66 a 69 (artículo 2.1 a) del Plan Técnico) y el múltiple digital estatal con posibilidad de efectuar desconexiones territoriales de ámbito autonómico reservado a Radiotelevisión Española (artículo 2.1 b) del Plan Técnico).

En este sentido, sostiene AXIÓN que las medidas cautelares adoptadas por la Comisión contienen restricciones respecto a la prestación del servicio completo en función de los potenciales clientes a los que AXIÓN pueda presentar sus ofertas, ya que mientras la Resolución interpreta que habrá un múltiple digital que se explotará en simulcast formado por los tres actuales canales analógicos privados nacionales y que uno de los múltiples digitales SFN nacionales se reserva para Radiotelevisión Española, el Plan Técnico indica que se asignará a cada una de las sociedades concesionarias un canal digital, pero sin especificar si dichos canales se encontrarán en el mismo múltiple, y que a Radiotelevisión Española se le reserva el múltiple formado por SFN autonómicos y un canal digital (no un múltiple completo) en uno de los cuatro SFN sin posibilidad de desconexiones territoriales.

Por lo anterior, considera AXIÓN que la interpretación contenida en la Resolución de 20 de septiembre de 2005 limita la ventana de oportunidad de AXIÓN a 2 de los 5 múltiples que salen al mercado.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2º.- Señala AXIÓN que, dada la nueva fecha límite (31 de octubre de 2005) fijada en la corrección de errores del Plan Técnico para la presentación por las entidades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal de su correspondiente plan de actuación, y manteniéndose el día 30 de noviembre de 2005 como fecha a partir de la cual se iniciarán las emisiones por los radiodifusores, se reduce el plazo del que dispone AXIÓN para negociar con sus potenciales clientes y convertirse en operador de red alternativo a ABERTIS a nivel nacional.

Dicha corrección se publicó en el Boletín Oficial del Estado el día 20 de septiembre de 2005, por lo que, según la operadora, dicha fecha no fue la que se tuvo en cuenta al adoptar las medidas cautelares, lo que viene a alterar las circunstancias en las que se aprobó la Resolución impugnada.

3º.- Sobre el precio provisional fijado para el servicio completo de difusión, señala AXIÓN que la cantidad de 13,5 millones de euros anuales por múltiple fijada por la Comisión, añadiéndole, además, el valor de los equipos que ABERTIS no podría recuperar durante la primera fase de implementación, se corresponde con el precio que un cliente potencial habría de pagar a su operador de red, sin permitir a AXIÓN presentar ofertas iguales o superiores, ya que el precio no sería competitivo.

Además, la fijación de dicho precio en la Resolución se basa, según AXIÓN, en datos históricos, cuando habrían de tenerse en cuenta, sin embargo, elementos que hagan referencia a la nueva situación competitiva, ya que probablemente el precio ofrecido por ABERTIS a los radiodifusores ya no sea determinado por los costes totales, sino por los costes variables o marginales. En cualquier caso, los costes totales de ABERTIS se verían reducidos por la entrada en el mercado de un nuevo cliente, dada la importancia de las economías de escala.

De otra parte, teniendo en cuenta la disponibilidad por ABERTIS de múltiples ya operativos, la prestación del servicio de difusión debería ser facturada mediante una tarifa del tipo "*retail minus*" y, en consecuencia, inferior a los 13,5 millones de euros fijados en la Resolución de 20 de septiembre de 2005.

4º.- En relación con el valor residual de los equipos, si bien se reconoce que el sector de difusión audiovisual en general requiere de un volumen considerable de inversiones, en el presente caso los canales establecidos en el Plan Técnico para desplegar los cuatro múltiples SFN nacionales, son los mismos canales que ya se habían fijado en el anterior Plan Técnico (canales 66 a 69) y que fueron utilizados por la extinguida Quiero TV en los años 2000-2002. También las características técnicas de cobertura asignadas a cada zona serían las mismas, por lo que el equipamiento a utilizar sería el mismo (antenas, *feeders*, multiplexores, emisores y ajustes para cada uno de los elementos de los sistemas de emisión y sistemas radiantes).

En particular, sobre los costes concretos que habría de asumir ABERTIS para prestar un servicio de difusión completa a un operador entrante, señala AXIÓN que no se han realizado inversiones específicas como consecuencia de la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

solicitud de provisión del servicio completo formulada por AXIÓN que justifiquen una compensación, ni se han desechado elementos de red con objeto de economizar los costes de desinstalación tras el fin de las emisiones de Quiero TV. Incluso transcurrido el período durante el cual ABERTIS hubiera prestado el servicio de difusión a AXIÓN, podría dar nuevo uso al equipamiento de los múltiples.

Como contrapartida, AXIÓN no dispone de un equipamiento instalado, estimándose las inversiones que en un futuro tendrá que realizar en unos 14 millones de euros.

Sí sería razonable, añade la operadora, fijar un precio por la futura cesión o compartición con ABERTIS de los equipos, que habría de corresponder con el valor residual de los mismos, una vez descontada la amortización contable correspondiente por tratarse de equipos adquiridos antes del año 2000 y utilizados para dar servicio a Quiero TV y a otras cadenas.

En definitiva, sostiene AXIÓN que dado el nivel de pérdidas acumuladas recurrentes durante los 5 años de duración del contrato de difusión con sus clientes, el pago de 13,5 millones de euros anuales por el servicio completo más 14 millones de euros en compensación a ABERTIS generaría a AXIÓN una tasa de margen acumulado altamente negativa, impidiéndole competir en el mercado y desplegar las infraestructuras necesarias para el despliegue de la red.

De acuerdo con los motivos expuestos, AXIÓN solicita que se tenga por interpuesto el recurso de reposición y, previos los trámites, se dicte Resolución por la que se estime el recurso en el sentido siguiente:

- La aplicación de un precio de mercado futuro al acceso a la red de ABERTIS basado en la metodología “*retail minus*”, inferior a los 13,5 millones de euros establecidos en la Resolución.
- La eliminación del pago de 14 millones de euros en concepto de compensación a ABERTIS por el valor residual de los equipos.
- La ampliación del ámbito de aplicación de la Resolución de medidas cautelares, ampliando la “ventana de oportunidad” de 2 a 5 múltiples, de conformidad con el Plan Técnico.

OCTAVO.- Mediante escrito del Secretario de la Comisión de fecha 3 de noviembre de 2003, y previa petición formulada por ABERTIS con relación al contenido de su recurso, se declaró la confidencialidad del apartado b), relativo al precio del servicio a prestar por aquella entidad, incluido en el motivo tercero denominado “*Nulidad de la Resolución por infracción de los artículos 9.3 de la Constitución Española y 11 del Reglamento de Mercados*”.

NOVENO.- Con fecha 18 de noviembre de 2005, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por Don Javier Martí de Vesés Estades, en virtud del cual, en nombre y representación de la entidad ABERTIS, formulaba las siguientes alegaciones al recurso de reposición interpuesto por AXIÓN:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1ª.- Extemporaneidad del recurso potestativo de reposición presentado por AXIÓN, ya que el recurso tuvo entrada en el Registro de la Comisión el día 26 de octubre de 2005, habiendo finalizado el plazo para presentarlo el día 21 del mismo mes y año, y sin que conste con claridad la fecha del sello de correos impreso en su escrito.

2ª.- Falta de invocación de alguna causa de nulidad o anulabilidad de los artículos 62 y 63 de la LRJPAC, sin que suponga desvirtuación alguna las afirmaciones de AXIÓN sobre que la Resolución *“incurre en vicio de anulabilidad previsto en el artículo 63.1”* sin precisar la infracción concreta en que incurre la Resolución y que las condiciones económicas establecidas en la Resolución de 20 de septiembre de 2005 *“vulneran los principios establecidos en el artículo 8 de la Directiva sobre apertura de mercado, y libre elección de proveedores”*.

3ª.- Sobre la reducción del ámbito de aplicación de la Resolución de cinco a dos múltiples alegada por AXIÓN, señala ABERTIS que fue la propia AXIÓN la que en su solicitud de medidas cautelares aludía únicamente a la subcontratación a ABERTIS de *“la prestación del servicio de transporte y difusión completo de una red SFN de TDT en alguno de los canales del 66 al 69”*.

Además, declara la operadora que los canales de TDT contratados por Antena 3, Tele 5, Sogecable, TVE, Veo y Net, actualmente en emisión, no pueden considerarse abiertos en virtud del Plan Técnico, dado que ya estaban abiertos a la competencia con anterioridad, y que sobre los dos canales digitales que serían objeto de concesión por concurso en virtud del Plan Técnico, se prevé que en el término de un año habría de alcanzarse una cobertura del 80%, por lo que sería innecesario adoptar una medida cautelar para estos canales.

4ª.- En cuanto a la aplicación del método del *“retail minus”*, considera ABERTIS que el precio fijado en la Resolución no sólo no debería reducirse, sino incrementarse en los términos expuestos en sus anteriores escritos, añadiendo que los 13,5 millones de euros no constituyen un precio histórico (se tuvo en cuenta un expediente reciente tramitado en la Comisión), que dicha cantidad resultaba inferior en un 21% a los precios regulados gubernamentalmente hasta la liberalización del servicio portador, e igualmente menor al de la media europea, y que en cualquier caso AXIÓN podría presentar otras ofertas a sus clientes por un período superior a nueve meses, o con características diferentes a las ofrecidas por ABERTIS durante los primeros nueve meses.

5ª.- En relación con la eliminación de la compensación por el valor residual de los equipos pretendida por AXIÓN, señala ABERTIS que, al igual que el precio, dicho valor fijado en la Resolución debería incrementarse y que la posibilidad de cesión de los equipos planteada por AXIÓN no debería atenderse en la medida en que se trata de una cuestión no planteada con anterioridad.

6ª.- Por lo que se refiere a la reducción del plazo entre la asignación de los canales a los radiodifusores y el comienzo de las emisiones el 30 de noviembre de 2005, ABERTIS muestra su disconformidad con la limitación que, según AXIÓN, conlleva para ella poder alcanzar acuerdos comerciales con los radiodifusores, ya que en ningún caso se modificó la fecha de emisión, que sigue



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

siendo el 30 de noviembre, ni AXIÓN condicionó en su solicitud la adopción de la medida cautelar a la asignación concreta a los radiodifusores de los canales.

A entender de ABERTIS, tampoco la falta de asignación de los canales impide a AXIÓN la firma de los contratos correspondientes, ya que los aspectos desconocidos en el momento de la contratación podrían ser incorporados con posterioridad, empleando las oportunas condiciones suspensivas o resolutorias en los contratos.

En último término, señala ABERTIS que, en el presente caso, el cauce legal a seguir como consecuencia de la aparición de una circunstancia sobrevenida no es el del recurso de reposición, sino el de la modificación o alzamiento de la medida cautelar.

DÉCIMO.- Mediante Acuerdo del Consejo de Ministros de fecha 25 de noviembre de 2005, se acuerda la adjudicación de la concesión para la explotación del servicio público de la televisión en régimen de emisión en abierto, convocada a concurso el pasado 29 de julio de 2005, a la sociedad Gestora de Inversiones Audiovisuales La Sexta, así como la ampliación de los canales digitales a los operadores de televisión, y su ubicación en los múltiples disponibles, de acuerdo con los siguientes criterios:

- El canal digital de Radiotelevisión Española sin capacidad de efectuar desconexiones territoriales se ubica en un múltiple gestionado por el Ente Público, de acuerdo con el Plan Técnico.
- Se considera prioritario que cada uno de los tres operadores de televisión que fueran a disponer de tres canales digitales (Antena 3, Sogecable y Telecinco) agrupasen todos sus canales en un múltiple. De este modo, se facilita que cada uno de los operadores se convirtiera en gestor de su múltiple, dado que cada uno va a explotar las tres cuartas partes del múltiple.
- Con la aplicación de los criterios anteriores, Net TV o Veo TV no podían agrupar sus dos canales digitales (el actual más el que se obtiene por este Acuerdo de Consejo de Ministros) en un múltiple. Ante este hecho, se adopta el criterio de favorecer al operador que presentó con anterioridad el plan detallado de actuaciones asumiendo los compromisos para el impulso y desarrollo de la TDT, es decir, Veo TV.
- Para la ubicación concreta de los canales de los operadores de televisión en los cuatro múltiples digitales (66, 67, 68 y 69), se aplica como prioridad mantener a Net TV y Veo TV en el múltiple en el que se ubicaban (66).
- El canal adicional asignado a Net TV se incluye en el mismo múltiple en el que se ubicaron los tres canales de Telecinco, dado que ambas sociedades tienen socios comunes (Vocento).
- A Radiotelevisión Española se le asigna un múltiple entero con capacidad para efectuar desconexiones territoriales.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Dada la interpretación del Real Decreto 944/2005 y del Plan Técnico efectuada en el Acuerdo del Consejo de Ministros, la distribución de los canales digitales en los distintos múltiples SFN nacionales es la siguiente:

	Canal 66	Canal 67	Canal 68	Canal 69
Canal TDT 1º	RTVE	SOGECABLE	TELECINCO	ANTENA 3
Canal TDT 2º	VEO TV	SOGECABLE	TELECINCO	ANTENA 3
Canal TDT 3º	VEO TV	SOGECABLE	TELECINCO	ANTENA 3
Canal TDT 4º	NET TV	LA SEXTA	NET TV	LA SEXTA

Además, RTVE tiene asignado un múltiple completo (cuatro canales digitales) con desconexión autonómica (canales 57 a 65), de acuerdo con el Plan Técnico de la TDT.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107.1 de la LRJPAC establece que contra las resoluciones (entre otros actos) podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

A su vez, el artículo 116.1 de la LRJPAC establece que los actos administrativos que pongan fin a la vía administrativa podrán ser recurridos potestativamente en reposición ante el mismo órgano que los hubiera dictado o ser impugnados directamente ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las recurrentes califican expresamente sus escritos como recurso potestativo de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 48.17 de la LGTel, las Resoluciones de esta Comisión ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, calificar los escritos presentados como recursos potestativos de reposición que se interponen contra la Resolución de esta Comisión de fecha 20 de septiembre de 2005.

SEGUNDO.- Legitimación de las entidades recurrentes.

El artículo 107 de la LRJPAC requiere la condición de interesado para estar legitimado en la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. Las entidades recurrentes ostentan la condición de interesadas por cuanto que ya lo eran en el procedimiento que dio como resultado la Resolución objeto de impugnación.

En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a las recurrentes para la interposición de los recursos potestativos de reposición.

TERCERO.- 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. Ambos recursos deberán ser resueltos y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a la interposición, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley.

CUARTO.- Admisión a trámite de los recursos presentados por ABERTIS y AXIÓN.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 107.1 de la LRJPAC, los recursos de reposición que interpongan los interesados habrán de fundarse en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley.

El escrito presentado por ABERTIS, además de cumplir los requisitos del artículo 107.1, cumple igualmente con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC y ha sido presentado en el plazo previsto en el artículo 117.1 de la misma Ley, por lo que debe admitirse a trámite.

De igual forma, en contra de lo señalado por ABERTIS en su escrito de alegaciones, el recurso presentado por AXIÓN, cumple con los requisitos establecidos en los preceptos citados, por cuanto se fundamenta en la infracción por la Resolución de 20 de septiembre de 2005 de las disposiciones contenidas en el Real Decreto 944/2005 y en el Plan Técnico (disposición adicional segunda del Real Decreto 944/2005 y artículo 2 del Plan Técnico), y se presenta dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117.1 de la LRJPAC (con fecha de entrada en correos, según sello impreso, el día 21 de octubre de 2005).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

II.- Fundamentos jurídicos materiales.

PRIMERO.- Sobre el procedimiento legal a seguir para imponer a ABERTIS la obligación de facilitar a AXIÓN el acceso a la totalidad de los 147 centros de su red SFN nacional y el suministro del servicio de difusión completo en los mismos durante un período de nueve meses.

En su escrito de recurso, sostiene ABERTIS que en la solicitud de AXIÓN de adopción de medidas cautelares se distinguían dos situaciones claramente diferenciadas, a saber, la relativa al conflicto de acceso (si debería realizarse mediante la coubicación de equipos y la compartición de infraestructuras o mediante interconexión), y la referente a la subcontratación completa del servicio portador soporte de transporte y difusión de señales de televisión en la totalidad de los 147 centros de ABERTIS, obligación ésta última cuya imposición hubiera requerido del seguimiento del procedimiento de definición y análisis del mercado previsto en el artículo 10 de la LGTel y, consecuentemente, de la observancia de lo dispuesto en el artículo 5.6 del Reglamento de Mercados.

Añade la operadora que, aun considerándose como conflicto de acceso e interconexión, no se habrían cumplido los requisitos contemplados en los artículos 13.2 de la LGTel y 25.5 del Reglamento de Mercados para la adopción de una medida cautelar.

Sin embargo, frente a lo indicado por ABERTIS, ha de advertirse que las obligaciones impuestas en los Resuelve primero y segundo de la Resolución de 20 de septiembre de 2005 (permitir a AXIÓN el acceso a la totalidad de los 147 centros de la red SFN de ámbito nacional de ABERTIS, así como suministrarle el servicio de difusión completo en dichos centros), se enmarcan debidamente en el procedimiento de conflicto de interconexión y acceso abierto en la Comisión a causa de la solicitud de intervención formulada por AXIÓN, sin que a ello obste la calificación que AXIÓN hubiera dado en su escrito a las medidas o actuaciones requeridas a la Comisión.

Resulta preciso señalar que el objeto del procedimiento analizado en la Resolución de 20 de septiembre de 2005 no era otro que el recogido en el artículo 11.4 de la LGTel, que 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”*.

En este sentido, 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.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por todo ello, AXIÓN solicita la intervención de esta Comisión para garantizar el acceso e interconexión necesarios para poder prestar el servicio de red soporte de servicios de televisión terrenal, de modo que nos encontramos claramente ante un conflicto de acceso e interconexión en los términos recogidos en la actual legislación, por cuanto que lo solicitado por AXIÓN no es otra cosa que la intervención para poder cumplir con los requisitos del Plan Técnico.

En concreto, esta Comisión estableció en el marco de los artículos 11.4 y 14 de la LGTel las condiciones técnicas, económicas y legales que habrán de garantizar las relaciones entre ABERTIS y AXIÓN en lo relativo a la prestación del servicio portador soporte de transporte y difusión de señales de televisión completo que engloba los servicios de acceso e interconexión.

Además, resulta preciso advertir, en contra de lo señalado por ABERTIS, que las medidas adoptadas por la Comisión en la Resolución de 20 de septiembre de 2005, traen su origen de una solicitud de intervención formulada expresamente por un operador, por lo que, en este caso, las medidas cautelares adoptadas no podrían implicar presuposición alguna de la existencia de un conflicto entre ABERTIS y AXIÓN. Adviértase que el artículo 11.4 de la LGTel exige la justificación de la intervención de la Comisión únicamente cuando ésta interviene de oficio, sin contener esta exigencia cuando se trata de la petición formulada por cualquiera de las partes implicadas en el conflicto.

Por lo que se refiere a las alegaciones de ABERTIS relativas a que nos encontramos ante un procedimiento de definición y análisis de mercados, debe señalarse que la imposición de obligaciones encuentra en estos casos su fundamento legal en lo dispuesto en los artículos 10.4 y 13.1 de la LGTel, los cuales requieren la previa identificación por la Comisión del poder significativo en el mercado que ostenta un operador concreto y, por tanto, la conclusión del procedimiento de definición y análisis del correspondiente mercado.

Con arreglo al primero de dichos preceptos, si al analizar un mercado concreto la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones constata la inexistencia de un entorno de competencia efectiva, este Organismo podrá imponer, mantener o modificar determinadas obligaciones específicas a los operadores que tras dicho análisis hayan sido identificados como operadores con poder significativo en dichos mercados, otorgándose preferencia a las medidas que conciernan al acceso, interconexión, selección y preselección.

Asimismo, en virtud de lo dispuesto en el apartado primero del artículo 13 de la LGTel, la Comisión podrá imponer a dichos operadores obligaciones en materia de transparencia, no discriminación, separación de cuentas, acceso a recursos específicos y a su utilización, así como de control de precios.

No obstante el requisito previsto en dichos preceptos de la previa declaración de que un operador ostenta poder significativo en el mercado para la imposición de obligaciones, se contempla en el artículo 13.2 de la LGTel que, en circunstancias excepcionales y debidamente justificadas, la Comisión, previo sometimiento al mecanismo de consulta previsto en la disposición adicional octava de la LGTel, podrá imponer obligaciones relativas al acceso o a la interconexión que no se



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

limiten a las materias citadas o que afecten a operadores que no hayan sido declarados con poder significativo en el mercado.

De igual modo, en el artículo 5.6 del Reglamento de Mercados se prevé la posibilidad de que, excepcionalmente, cuando existan razones de urgencia para preservar la competencia y proteger los intereses de los usuarios que no hagan posible actuar de acuerdo con los procedimientos de información pública y de notificación (al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al Ministerio de Economía y Hacienda, así como a la Comisión Europea y a las autoridades nacionales de reglamentación) previstos, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá adoptar inmediatamente medidas cautelares proporcionadas, que deberán comunicarse cuanto antes, junto a su motivación, a las entidades y sujetos mencionados.

En el presente caso, debe ponerse de manifiesto que el mercado en el que la entidad ABERTIS interviene se encuentra entre los 18 mercados (servicios de transmisión de emisiones difundidas para entregar contenidos difundidos a los usuarios finales) que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 10.1 de la LGTel y Recomendación primero de la Recomendación de la Comisión de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas, deben ser objeto de definición y análisis por las autoridades nacionales de reglamentación (en el caso español, por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

De acuerdo con ello, el día 29 de septiembre de 2005, el Consejo de la Comisión acordó el inicio del procedimiento para la definición y análisis del mercado de transmisión de señales de televisión y radio, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, así como la apertura del trámite de información pública, la solicitud de informe al Servicio de Defensa de la Competencia y la notificación del proyecto de medida a la Comisión Europea y al resto de las autoridades nacionales de reglamentación.

En esa misma fecha (29 de septiembre de 2005), y en contra de lo indicado por ABERTIS en su recurso, el Consejo de la Comisión acordó notificar a la Comisión Europea, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio, al Ministerio de Economía y Hacienda y a las autoridades nacionales de reglamentación de los Estados miembros la adopción de medidas cautelares consistentes en la obligación por parte de ABERTIS de suministrar acceso e interconexión a su red a la entidad AXIÓN.

Por tanto, si bien el fundamento de las medidas cautelares adoptadas debe enmarcarse en el ámbito de un procedimiento de conflicto de acceso e interconexión, tal y como se ha indicado, no han dejado de cumplirse los requisitos que la normativa exige para la adopción de una medida cautelar en los supuestos en los que no ha concluido el procedimiento de definición y análisis de un mercado concreto.

Sobre la falta de negociación previa entre las partes en lo concerniente a la subcontratación del servicio de difusión a que alude ABERTIS, ha de señalarse que en ningún caso su solicitud previa por parte de AXIÓN supone condición *sine*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

qua non para su adopción, en la medida en que la Comisión se encuentra habilitada para intervenir de oficio en las relaciones entre los operadores, “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”.

En este aspecto, la recurrente confunde el objeto del conflicto (donde rige el principio de mínima intervención) con las posibles medidas u obligaciones a imponer por parte de la Comisión a efectos de la resolución eficiente del mismo, ya que, en ningún caso, la actuación de la Comisión podría resultar condicionada a las obligaciones concretas que un operador hubiera solicitado. Mucho más en un ámbito como el actual de medidas cautelares.

De ahí que, con independencia de que AXIÓN no solicitara en su momento la subcontratación del servicio completo de difusión, la Comisión se encuentre plenamente legitimada para la imposición de esta medida cautelar.

SEGUNDO.- Sobre la supuesta falta de concurrencia en el procedimiento de conflicto de los requisitos jurídicos necesarios para la adopción de una medida cautelar.

Otro de los motivos de impugnación invocados por ABERTIS alude a la inobservancia por la Resolución recurrida de los presupuestos necesarios para la adopción de una medida cautelar.

Así, sobre la apariencia de buen derecho de la solicitud de subcontratación del servicio de difusión formulada por AXIÓN (*fumus boni iuris*), entiende ABERTIS que la Resolución de 20 de septiembre de 2005 impone la medida cautelar sobre la presunción de la posición de dominancia de ABERTIS y la necesidad de AXIÓN por la implementación del Plan Técnico, debiendo, por el contrario, haber tomado en consideración si la pretensión de AXIÓN resultaría conforme a Derecho y, por tanto, sería susceptible de prosperar legalmente.

A tal efecto, resulta preciso señalar que la razonabilidad de la solicitud de Axión no puede desvincularse de la situación actual del mercado, en el que la entidad ABERTIS dispone, como ya se señaló en la Resolución impugnada, de un monopolio en la difusión de señales de cobertura estatal, que se deriva de la existencia de significativas barreras de entrada en referencia al despliegue de una red de difusión de televisión de ámbito nacional por un operador distinto.

Pero lo relevante a efectos de justificar la adopción de la medida cautelar fijada en la Resolución impugnada sería, no ya sólo la situación monopolística existente hasta el momento, sino la pretensión de AXIÓN de prestar el servicio soporte de transporte y difusión de señales, convirtiéndose en operador alternativo a ABERTIS.

Tal y como se señalaba en la Resolución de 20 de septiembre de 2005, el comienzo casi inmediato de las emisiones de acuerdo con la fecha establecida en la disposición transitoria cuarta del Real Decreto 944/2005, junto con falta de disponibilidad por AXIÓN de una red propia de alcance estatal que le permitiera



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

prestar el servicio de transporte y difusión sin acceder e interconectarse a la red de otro operador, hacían necesario fijar un período transitorio durante el cual AXIÓN pudiera subcontratar el servicio a ABERTIS.

Sobre la necesidad y urgencia de la medida cautelar, si bien ABERTIS considera que dicho presupuesto no concurre al haber podido AXIÓN desplegar su propia red con anterioridad a la aprobación del Real Decreto 944/2005, dicho argumento no puede considerarse preponderante sobre la brevedad del plazo que en dicha norma se concede implícitamente a un operador que quisiera convertirse en alternativo a la entidad ABERTIS, lo que exige la intervención cautelar de la Comisión a fin de favorecer la apertura gradual del mercado a futuros competidores.

Es precisamente el *periculum in mora* que concurre en el presente caso el que justifica la adopción de la medida cautelar, pues se pretende evitar que la resolución posterior del procedimiento de conflicto actualmente en tramitación no pudiera tener una ejecución eficaz como consecuencia de los hechos o circunstancias devenidas con anterioridad.

Tampoco puede prosperar el argumento de ABERTIS sobre la inexistencia de perjuicios de difícil o imposible reparación que conllevaría para AXIÓN la falta de adopción de la medida cautelar, puesto que lejos de desvirtuar los razonamientos de la Resolución impugnada sobre la necesidad de imponer la medida cautelar, la recurrente se limita a afirmar, sin motivación suficiente alguna, que no se ocasionaría daño alguno para AXIÓN ni para el interés general como consecuencia del mantenimiento de la situación anterior a la adopción de las medidas cautelares.

Por último, respecto de la proporcionalidad e idoneidad de la medida cautelar, frente a las consideraciones de ABERTIS sobre la falta de dicho presupuesto, procede señalar que la imposición de la subcontratación del servicio de difusión a ABERTIS se decreta por un período razonable de nueve meses, tiempo en el que la entidad AXIÓN tendría que proceder a completar la red necesaria para prestar el servicio de difusión completo.

TERCERO.- Sobre el objeto del conflicto de interconexión y acceso planteado, en relación con la interpretación del Real Decreto 944/2005 y del Plan Técnico efectuada en la Resolución impugnada.

La entidad AXIÓN manifiesta su disconformidad con la Resolución impugnada, en la medida en que deja fuera del conflicto de acceso e interconexión planteado lo referente al múltiple reservado a Radiotelevisión Española y al múltiple digital explotado en simulcast (simultáneamente con tecnología analógica y digital), por entender que AXIÓN tendría derecho a ser el operador de red de cualquiera de los múltiples digitales configurados sobre alguno de los canales radioeléctricos 66 a 69 y el múltiple digital estatal con posibilidades de desconexiones territoriales de ámbito autonómico reservado a Radiotelevisión Española.

Además, la entidad muestra su desacuerdo con la interpretación del Real Decreto 944/2005 y del Plan Técnico efectuada en la Resolución, por cuanto se establece



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que un múltiple se explotará en simulcast por las actuales concesionarias privadas (Antena 3, Tele 5 y Canal 4) y que se reserva a Radiotelevisión Española uno de los cuatro múltiples digitales SFN nacionales. Señala la operadora que la disposición adicional segunda del Real Decreto 944/2005 alude a la adjudicación de un canal digital a cada uno de los actuales canales analógicos privados nacionales, pero sin especificar si dichos canales estarán o no dentro de un mismo múltiple, y que a Radiotelevisión Española le corresponderá un canal digital de cobertura estatal sin capacidad para efectuar desconexiones territoriales, que formará parte de uno de los múltiples digitales SFN nacionales, sin que pueda entenderse que se le adjudicará un múltiple completo de dichas características.

Por lo que se refiere a los múltiples digitales sin capacidad para efectuar desconexiones territoriales (el múltiple digital estatal con capacidad para efectuar desconexiones territoriales de ámbito autonómico reservado a Radiotelevisión española no resultó objeto del conflicto planteado), se señalaba en la Resolución impugnada lo siguiente:

“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 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*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reserven para el impulso y desarrollo de la TDT a que se refiere la disposición transitoria cuarta del RD”.

Resultaba, pues, de los términos de la Resolución impugnada, que los canales digitales a adjudicar a las entidades concesionarias del servicio público de televisión con tecnología analógica, para permitir que éstas emitan simultáneamente en analógico y digital, corresponderían todos a un mismo múltiple, lo que conllevaría que dichos canales quedaran al margen del conflicto planteado por AXIÓN. Asimismo, además del múltiple digital territorial atribuido a Radiotelevisión Española, le correspondería otro completo sin posibilidad de desconexiones territoriales, que quedaría, asimismo, fuera del conflicto, al no haber extendido AXIÓN su pretensión de adopción de la medida cautelar al servicio portador del ente público.

El esquema descrito anteriormente, se ha visto, sin embargo, afectado en gran parte por el Acuerdo del Consejo de Ministros del día 25 de noviembre de 2005 descrito en el Hecho Décimo de la presente Resolución, que viene a interpretar la adjudicación de los canales pertenecientes a los múltiples digitales sin capacidad para efectuar desconexiones territoriales, de forma sustancialmente diferente a la efectuada en la Resolución de 20 de septiembre de 2005 impugnada.

Del estudio conjunto de la disposición adicional segunda del Real Decreto 944/2005 y del artículo 2 del Plan Técnico resulta la existencia de dos clases o tipos de múltiples digitales; por un lado, se contemplan cuatro múltiples digitales de cobertura estatal en redes de frecuencia única (se corresponden con los canales radioeléctricos 66, 67, 68 y 69), y por otro, un múltiple digital de cobertura estatal con capacidad para efectuar desconexiones territoriales de ámbito autonómico (dentro del cual se encuentran los canales radioeléctricos 57, 58, 59, 60, 61, 62, 63, 64 y 65).

Concretamente, respecto a los múltiples de frecuencia única (sin capacidad para efectuar desconexiones territoriales), se establece en el apartado primero de la disposición adicional segunda del Real Decreto 944/2005 que las entidades concesionarias del servicio de televisión con tecnología analógica, accederán a un canal digital dentro de un múltiple digital de cobertura estatal, para permitir que emita simultáneamente con tecnología analógica y digital, que no tendrá capacidad para efectuar desconexiones territoriales y que *“se corresponderá con uno de los indicados en el artículo 2.1 a) del Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre”*.

El Real Decreto 944/2005 modifica de esta forma las características técnicas de emisión de los canales digitales de los actuales concesionarios privados con arreglo a la Ley 10/1998, puesto que hasta la adjudicación de los canales radioeléctricos 66 a 69 concretos en aplicación del citado Real Decreto, estos concesionarios disponían de un canal digital con capacidad de efectuar desconexiones territoriales en una red MFN -para lo cual se explotan los canales radioeléctricos 57 a 65 en el ámbito autonómico-.

Si, además de ello, se tiene en cuenta la previsión que figura en la disposición transitoria cuarta del Real Decreto 944/2005 sobre la explotación, de acuerdo con



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ciertas condiciones, de dos canales adicionales por parte de las entidades concesionarias del servicio público de televisión de ámbito estatal hasta el momento en que se produzca el cese de las emisiones de televisión terrestre con tecnología analógica, resulta, según la interpretación fijada en el Acuerdo del Consejo de Ministros, la conveniencia de que los distintos canales a adjudicar a una misma entidad se encuentren dentro de un mismo múltiple digital.

Ello supone que las sociedades concesionarias podrían disponer de hasta tres canales digitales, por lo que, de acuerdo con criterios de racionalidad económica y técnica, resultaría más eficiente que en la adjudicación final de los canales radioeléctricos 66 a 69 los actuales concesionarios se distribuyan entre varios múltiples, de forma que los canales digitales a adjudicar a una misma entidad quedaran agrupados dentro de un mismo múltiple.

Por tanto, AXIÓN debería poder prestar el servicio portador de las señales de todos los múltiples disponibles sin desconexiones territoriales (canales radioeléctricos 66 a 69), dada la adjudicación de canales a los actuales concesionarios privados que supone la utilización de todos los múltiples SFN nacionales disponibles.

De otra parte, en el apartado segundo de la disposición adicional segunda del Real Decreto 944/2005 se prevé la reserva a Radiotelevisión Española, para su explotación en régimen de gestión directa, de un canal digital de cobertura estatal sin capacidad para efectuar desconexiones territoriales, que formará parte de uno de los múltiples indicados en el artículo 2.1 a) del Plan Técnico. Se añade, además, que *“la gestión completa de dicho múltiple corresponderá al Ente Público Radiotelevisión Española”*, por lo que resulta clara la inclusión de dicho canal dentro de un múltiple cuya gestión corresponde únicamente a Radiotelevisión Española. Serían, pues, dos los múltiples cuya gestión correspondería a dicho Ente: un múltiple digital con capacidad para efectuar desconexiones territoriales (párrafo primero del apartado segundo de la disposición adicional segunda del Real Decreto 944/2005 y artículo 2.1 b) del Plan Técnico) y otro múltiple digital sin posibilidad de realizar desconexiones territoriales (párrafo tercero del apartado segundo de la disposición adicional segunda del Real Decreto 944/2005 y artículo 2.1 a) del Plan Técnico).

En el sentido expuesto, y en contra de lo alegado por AXIÓN, si bien es cierto que el Real Decreto 944/2005 contempla la reserva a Radiotelevisión Española para su explotación en régimen de gestión directa de un *“canal digital...que formará parte de uno de los múltiples indicados en el artículo 2.1 a) del Plan Técnico Nacional”*, se señala a continuación que *“la gestión completa de dicho múltiple corresponderá al Ente Público Radiotelevisión Española”*, lo que en ningún caso puede entenderse contrario a la afirmación de que *“otro múltiple digital se reserve para su explotación en régimen de gestión directa al Ente Público Radiotelevisión Española”*, vertida en el seno de la Resolución impugnada. Además, ello pone de manifiesto la tendencia de la regulación de la TDT a reservar dentro de un mismo múltiple los canales digitales a adjudicar a una misma entidad radiodifusora.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cualquier caso, y dada la interpretación del Consejo de Ministros respecto de dicho canal, Radiotelevisión Española podría también elegir entre aquellos operadores de red que estuvieran dispuestos a cumplir sus requisitos de cobertura y calidad de servicio, sin que en ningún caso ello suponga prejuzgar las relaciones contractuales que actualmente puedan existir entre Radiotelevisión Española y ABERTIS.

No obstante la posibilidad de que AXIÓN preste el servicio portador de las señales de todos los múltiplex disponibles sin desconexiones territoriales (canales radioeléctricos 66 a 69), dicho servicio y, por ende, el acceso a la red de ABERTIS, deberá tener lugar por grupos completos de los cuatro canales digitales pertenecientes a un mismo múltiple SFN de ámbito nacional, siendo preciso que la operadora comunique a la Comisión, en el plazo de 10 días hábiles desde la fecha de notificación de la presente Resolución, a cuáles de los cuatro múltiplex completos citados prestará dicho servicio, sin que en ningún caso ello suponga prejuzgar las relaciones contractuales que actualmente puedan preexistir entre Abertis y los concesionarios del servicio de televisión con referencia a los canales digitales que se han estado emitiendo como simulcast de los analógicos. Deberán aportarse, asimismo, copias de los contratos o precontratos que necesariamente deberá haber firmado con los concesionarios del servicio de televisión.

CUARTO.- Sobre la fecha a partir de la cual ABERTIS deberá suministrar a AXIÓN el acceso y el servicio de difusión completo en la totalidad de los 147 centros de su red SFN nacional.

Sobre la relevancia para el acceso por parte de AXIÓN a la red de ABERTIS y la subcontratación a esta entidad del servicio de difusión completo en la totalidad de los 147 centros de su red SFN de ámbito nacional, que supone la modificación de la fecha señalada en un primer momento para que las entidades concesionarias del servicio público de televisión presentaran un plan detallado de actuación a los efectos de la concesión de dos canales digitales adicionales, alude AXIÓN a que cualquier acuerdo a alcanzar entre AXIÓN y sus potenciales clientes podrá ser alcanzado únicamente una vez se conozca la asignación concreta de los canales a los radiodifusores, por lo que se han restringido las posibilidades de AXIÓN de convertirse en el operador de red alternativo a ABERTIS a nivel nacional.

En la Resolución de 20 de septiembre de 2005 ahora impugnada se tomó en consideración la primera fecha establecida en el Real Decreto 944/2005 para la presentación de los planes de actuación por las entidades concesionarias (1 de octubre de 2005), de modo que se acordó que ABERTIS debería permitir el acceso y suministrar el servicio de difusión completo a AXIÓN en la totalidad de los 147 centros de su red SFN de ámbito nacional a partir del 30 de octubre de 2005 (Resuelve primero y segundo), debiendo en todo caso ejercer el derecho de acceso reconocido en el plazo máximo de 10 días hábiles desde la fecha de notificación de la Resolución (Resuelve tercero).

Sin embargo, y según se hace constar en la exposición de hechos de la presente Resolución, el mismo día 20 de septiembre de 2005 en que se aprobó la Resolución impugnada, fue publicada en el Boletín Oficial del Estado una



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

corrección de errores del Real Decreto 944/2005 consistente en la modificación de la fecha señalada en la disposición transitoria cuarta para que las entidades concesionarias presentaran su plan de actuación (1 de octubre de 2005), que fue sustituida por la de 31 de octubre de 2005.

La medida adoptada retrasaba un mes la presentación de los Planes y, con ello, la adjudicación de los canales, manteniéndose, sin embargo, la fecha de comienzo de las emisiones de la programación del primer canal digital adicional contemplado en la disposición transitoria cuarta, a saber, antes del 30 de noviembre de 2005.

De lo anterior deriva que el plazo del que dispondría AXIÓN para negociar con las futuras entidades concesionarias de los canales digitales sería menor del que disponía anteriormente, siendo irrelevante que la solicitud de medidas cautelares formulada por dicha entidad no se hubiera condicionado a la asignación concreta a los radiodifusores de los canales. Mucho menos podría tener cabida la opción planteada por ABERTIS al señalar que los futuros contratos a celebrar por AXIÓN podrían someterse a condiciones suspensivas o resolutorias que permitieran concretar posteriormente algunas de las cláusulas, sin que resultara indispensable la adjudicación previa de los canales para la suscripción de los referidos contratos.

Lo que se desprende, por tanto, de la corrección de errores mencionada es una modificación de los plazos que restaría sentido al acceso efectivo por AXIÓN a la red de ABERTIS y subcontratación a esta última del servicio de difusión, a partir del 30 de octubre de 2005, sin que en dicha fecha estuvieran adjudicados los canales digitales.

La posible superposición o proximidad de las fechas en que tenga lugar la adjudicación de los canales y el comienzo de las emisiones, ocasionada por la corrección del plazo para presentar los planes de actuación, manteniéndose la fecha de comienzo de las emisiones, hace necesaria la modificación de la fecha fijada en la Resolución impugnada (30 de octubre de 2005) ya que, de lo contrario, además de retrasar la celebración de acuerdos por AXIÓN con sus potenciales clientes, en la medida en que dicha Resolución establecía un período limitado de tiempo (nueve meses) durante el cual ABERTIS había de suministrar el servicio de difusión a AXIÓN, se estaría reduciendo el referido plazo, con los consiguientes perjuicios que ello podría conllevar para AXIÓN.

Pero ya no sólo es la superposición o proximidad de las fechas en que tienen lugar la adjudicación de los canales y el comienzo de las emisiones ocasionada por la corrección del plazo para presentar los planes de actuación lo que hace necesaria la fijación de un nuevo plazo, sino la ampliación (de dos a cuatro) de los múltiples SFN nacionales a los que AXIÓN podría prestar el servicio portador soporte, que se deriva de la interpretación del Real Decreto 944/2005 y del Plan Técnico. El cambio de criterio adoptado como consecuencia del Acuerdo del Consejo de Ministros que adjudica los canales digitales distribuidos en los cuatro múltiples, deriva en la consiguiente fijación de un nuevo plazo para que AXIÓN solicite a ABERTIS el acceso a la totalidad de los 147 centros de su red SFN de ámbito nacional.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, resulta necesario modificar la fecha del 30 de octubre de 2005 fijada en la Resolución para el comienzo de la obligación de ABERTIS de facilitar el acceso a su red y el suministro del servicio de difusión completo, siendo preciso que en el plazo de diez días hábiles desde la fecha de notificación de la presente Resolución, AXIÓN solicite el acceso fehaciente a la red de ABERTIS en los términos reconocidos en la presente Resolución, quedando desde ese momento la entidad ABERTIS obligada a facilitar, durante un período de nueve meses, 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, así como a realizar el transporte y la difusión completa a través de su red de las señales digitales de televisión que le entregue AXIÓN, correspondientes a las frecuencias de esas señales.

Por su parte, la entidad AXIÓN quedará obligada, desde aquel momento, a satisfacer a ABERTIS el precio por múltiple que se fijó en la Resolución anterior.

QUINTO.- Sobre el precio del servicio completo de difusión fijado en la Resolución impugnada.

[CONFIDENCIAL]

Por su parte, la entidad AXIÓN expone su desacuerdo con el precio fijado para el servicio completo de difusión (13, 5 millones de euros por múltiple) y con el establecimiento de una compensación por el valor residual de los equipos (14 millones de euros), al entender que el primero no permitiría a la entidad ofrecer precios competitivos a sus potenciales clientes y que el segundo no viene a sufragar el coste de inversión específica alguna que ABERTIS tenga que realizar en virtud de la solicitud formulada por AXIÓN, ya que tras el paro de las emisiones de Quiero TV, ABERTIS no procedió a desinstalar los equipos utilizados, los cuales se han mantenido con objeto de economizar los costes de la desinstalación.

En respuesta a las alegaciones de ABERTIS y AXIÓN es preciso advertir que el precio fijado por la Comisión para la prestación del servicio soporte completo resulta ser, en todo caso, un precio provisional y fijado cautelarmente, independientemente de las ulteriores revisiones que se puedan realizar sobre el mismo y de su fijación definitiva en la Resolución que ponga fin al conflicto de acceso e interconexión.

En este sentido, es importante señalar que ABERTIS no está sujeta a la obligación de contabilidad separada y orientación a costes en todo el ámbito nacional, lo que conlleva la dificultad de valorar la conveniencia o no de los precios propuestos por la Operadora.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Lo que efectivamente sí que debe reconocerse es la necesidad de compensar a la Operadora el valor de unos activos que al finalizar los 9 meses quedarán pendientes de amortizar.

No obstante, debido a la inexistencia de una contabilidad de costes se emplaza a ABERTIS a que en un futuro, en el marco del expediente de tramitación, justifique contablemente la procedencia de este valor residual para que esta Comisión, si así lo estima oportuno, lo acepte.

En consecuencia, se considera necesaria la existencia de este coste adicional, que en el marco de la Resolución de 20 de septiembre de 2005 se valoró en la cantidad de 14 millones de euros, pero que en virtud de los datos que debe aportar ABERTIS podrá ser objeto de revisión, junto con el precio fijado para el servicio completo, en el marco del expediente MTZ 2005/1162.

SEXTO.- Sobre la notificación de la presente Resolución a la Comisión Europea, al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, al Ministerio de Economía y Hacienda y a las autoridades nacionales de reglamentación.

Como se ha expuesto a lo largo de la presente Resolución, tras la adopción de las medidas cautelares aprobadas en la Resolución de 20 de septiembre de 2005, el Consejo de la Comisión acordó la notificación de las mismas a la Comisión Europea, al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, al Ministerio de Economía y Hacienda y a las autoridades nacionales de reglamentación.

Dicha medida fue adoptada para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 7.6 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco), que permite a las autoridades nacionales de reglamentación la adopción de medidas provisionales sin cumplir con el requisito de la previa notificación previa de determinados proyectos de medidas, cuando ello sea necesario para preservar la competencia en el mercado y proteger los intereses de los usuarios, pero con la obligación de comunicar de manera inmediata dichas medidas provisionales a la Comisión Europea y a las otras autoridades nacionales de reglamentación.

Por su parte, el artículo 5.6 del Reglamento de Mercados ya citado, permite a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la adopción de medidas cautelares con carácter excepcional cuando ello sea necesario por las mismas razones que las contempladas en la Directiva Marco, obligando a este Organismo a comunicarlo cuanto antes, junto a su motivación, además de a la Comisión Europea y a las autoridades nacionales de reglamentación, al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, y al de Economía y Hacienda.

Dada la modificación a través de la presente Resolución de las medidas cautelares adoptadas en la anterior Resolución de 20 de septiembre de 2005, y con el fin de dar correcto cumplimiento a lo ordenado en los preceptos anteriormente mencionados, procede notificar a las autoridades y entidades citadas dicha modificación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

Primero.- Desestimar el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad ABERTIS TELECOM, S.A.U.

Segundo.- Estimar parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A., en los términos siguientes:

Dentro del plazo de diez días hábiles a contar desde la fecha de notificación de la presente Resolución, RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A. deberá solicitar fehacientemente a ABERTIS TELECOM, S.A.U. el acceso a su red en los términos de la presente Resolución, quedando, desde ese momento, la entidad ABERTIS obligada a facilitar, durante un período de nueve meses, 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, así como a realizar el transporte y la difusión completa a través de su red de las señales digitales de televisión que le entregue AXIÓN, correspondientes a las frecuencias de esas señales.

En todo caso, dicho acceso deberá tener lugar para prestar el servicio de difusión completo a uno o varios múltiples completos SFN de ámbito nacional.

Asimismo, en el plazo de diez días hábiles a contar desde la fecha de notificación de la presente Resolución, la entidad RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCÍA, S.A. deberá comunicar a la Comisión a cuál o cuáles de los cuatro múltiples completos SFN nacionales contemplados en el artículo 2.1 a) del Plan Técnico, prestará el servicio portador de las señales correspondientes a dichos múltiples, aportando, asimismo, copias de los contratos o precontratos que necesariamente deberá haber firmado con los concesionarios del servicio de televisión a los que vaya a prestar el servicio soporte. La entidad AXIÓN quedará obligada, desde aquel momento, a satisfacer a ABERTIS el precio por múltiple que se fijó en la Resolución anterior.

En todo lo demás, resultará de aplicación lo dispuesto en la Resolución de 20 de septiembre de 2005, hasta la aprobación de la Resolución del procedimiento de conflicto de interconexión y acceso actualmente en tramitación (MTZ 2005/1162), que confirmará o levantará las medidas cautelares adoptadas.

Tercero.- Declarar la confidencialidad de los importes desglosados por conceptos contenidos en el último párrafo de la página 4, en la página 5 completa, en la tabla y párrafo siguiente de la página 6, y en el párrafo 1º del Fundamento de Derecho Quinto de la presente Resolución, referidos a las alegaciones de ABERTIS sobre el precio del servicio a prestar a AXIÓN, incluidas en el motivo tercero de su recurso denominado *“Nulidad de la Resolución por infracción de los artículos 9.3 de la Constitución Española y 11 del Reglamento de Mercados”*.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Cuarto.- Notificar la presente Resolución a la Comisión Europea, al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, al Ministerio de Economía y Hacienda y a las autoridades nacionales de reglamentación de los Estados miembros de la Unión Europea.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y 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, no puede interponerse de nuevo dicho 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 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Jaime Almenar Belenguer

Reinaldo Rodríguez Illera