



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

IGNACIO REDONDO ANDREU, Secretario del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en uso de las competencias que le otorga el artículo 40 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre,

CERTIFICA:

Que en la Sesión 23/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 19 de junio de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN RELATIVA AL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO POR ABERTIS TELECOM, S.A.U. CONTRA LA RESOLUCION DE FECHA 18 DE MARZO DE 2008 SOBRE EL CONFLICTO INTERPUESTO POR LA ENTIDAD RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA, S.A. EN RELACION CON LAS OBLIGACIONES DE INFORMACION DE ABERTIS TELECOM, S.A.U. PARA EL ACCESO A SUS CENTROS.

En relación con el recurso potestativo de reposición interpuesto por la entidad Abertis Telecom, S.A.U. contra la Resolución de fecha 18 de marzo de 2008 sobre el conflicto interpuesto por la entidad Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. en relación con las obligaciones de información de Abertis Telecom, S.A. para el acceso a sus centros (MTZ 2007/952), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 23/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución (AJ 2008/468):

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 18 de marzo de 2008 el Consejo de esta Comisión dictó una Resolución sobre el conflicto interpuesto por Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. (en adelante, Axion) en relación con las obligaciones de información de Abertis Telecom, S.A.U. (en adelante, Abertis) para el acceso a sus centros, resolviendo lo siguiente:

***“PRIMERO.-** ABERTIS TELECOM S.A.U. deberá facilitar a RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A. la siguiente información en el plazo máximo de diez días hábiles a partir de la recepción de una Solicitud de Coubicación de RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A. para los emplazamientos que forman parte de su red:*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- plano vertical de la torre (indicando la altura total de la torre y el espacio ofrecido para coubicación) así como la sección horizontal mostrando el espacio ofrecido para coubicación;
- en relación con los centros de la red nacional de ABERTIS TELECOM S.A.U. que componen la fase inicial de cobertura del 80% de la población establecida por el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el plan técnico nacional de la televisión digital terrestre, la potencia radiada aparente máxima tal como ha sido fijada para cada uno de los centros por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio;
- para los centros de la red nacional de ABERTIS TELECOM S.A.U. que componen la fase inicial de cobertura del 80% de la población establecida por el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el plan técnico nacional de la televisión digital terrestre, ABERTIS TELECOM S.A.U. deberá facilitar la información relativa al área de servicio cubierta por ABERTIS para cada frecuencia o rango solicitados por RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A. Para ello, deberá entregar los diagramas de radiación de las antenas de ABERTIS para esa frecuencia.

En el caso de que de la información remitida por ABERTIS TELECOM S.A.U. se desprenda la necesidad de proceder a una re-planificación del servicio descrito en la Solicitud de Coubicación inicialmente formulada, RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A. deberá disponer de la facultad de proceder a modificar la Solicitud de Coubicación o realizar una nueva Solicitud de Coubicación sin que esto suponga un coste adicional para RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A.

SEGUNDO.- El Estudio de Viabilidad elaborado por ABERTIS TELECOM S.A.U. a raíz de una Solicitud de Coubicación de RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A. deberá incorporar la siguiente información:

- información sobre la situación de viabilidad legal actual del emplazamiento;
- superficie disponible en caseta, en porcentaje sobre el total de la sala de equipos (esta información deberá ser también presentada en valores absolutos totales - metros cuadrados disponibles -, junto con un plano de planta).
- capacidad de energía disponible.

TERCERO.- Para aquellos casos donde el Estudio de Viabilidad elaborado por ABERTIS TELECOM S.A.U. a raíz de una Solicitud de Coubicación de RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A., concluya que el acceso en la modalidad de coubicación no es viable, ABERTIS TELECOM S.A.U. deberá aportar a RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A. al mismo tiempo que el Estudio de Viabilidad la siguiente información:

- potencia máxima soportada por la cadena multiplexora, líneas de transmisión, cuadro de conmutación y sistema radiante;
- parámetros técnicos de entrega de la señal a la cadena multiplexora (banda de frecuencias de trabajo de los equipos, separación de frecuencias, potencia de entrada para cada frecuencia);
- especificaciones físicas de la cadena multiplexora.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

CUARTO.- *En el plazo de quince días hábiles a contar desde la notificación de la presente Resolución, ABERTIS TELECOM S.A.U. deberá remitir a RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A. la información contenida en los Resolves Primero, Segundo y Tercero para todos aquellos emplazamientos en los que RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A. ya haya efectuado una Solicitud de Coubicación.¹*

SEGUNDO.- Con fecha 3 de abril de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, escrito presentado en nombre y representación de Abertis por el que interpone recurso de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior y en el que realiza básicamente las siguientes alegaciones:

- 1) Sobre el resuelve primero de la Resolución.

El resuelve primero de la Resolución impugnada impone a Abertis la obligación de facilitar a Axion determinada información en un plazo máximo de diez días a partir de la recepción de la solicitud de coubicación, así como la de soportar en su caso, la replanificación del servicio solicitado en la solicitud de coubicación sin coste adicional para Axion.

En relación con lo establecido en el citado resuelve, considera contrario a derecho la obligación de facilitar determinada información, el plazo que se establece para facilitarla y *“la temeraria regulación de la facultad de replanificación que la Resolución introduce ex novo”*.

1.1 Sobre la obligación de entregar los diagramas de radiación de las antenas de Abertis para la frecuencia o rango solicitados en la solicitud de coubicación.

Manifiesta que la obligación impuesta es contraria a derecho por lo siguiente:

- Se trata de una información de carácter confidencial.

Señala que no puede ampararse la obligación impuesta en el marco de las que se le impusieron en la Resolución por la que se le declaraba como operador con peso significativo de mercado², no debiendo extenderse dicha obligación a facilitar información de carácter confidencial relativa a elementos que definen su diseño de red, *“de modo que se facilite a los operadores alternativos replicar la red de ABERTIS utilizando sus centros”*, no debiendo permitir que Axion

¹ El subrayado no es originario de la Resolución de 18 de marzo de 2008 sino que identifica lo que se deberá determinar si es conforme a Derecho a lo largo de la presente Resolución.

² Resolución de 2 de febrero de 2006 por la que se aprueba la definición y análisis del mercado de transmisión de señales de televisión, la designación de operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas y se acuerda su notificación a la Comisión Europea.(AEM 2005/1352) (Definición del Mercado 18 de la Recomendación 2003/311/CE de la Comisión Europea).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

obtenga ventajas competitivas por el conocimiento de la información confidencial de un competidor.

Señala que esta Comisión ha relativizado el valor de la Resolución de la Secretaría de Estado de las Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante, SETSI) de fecha 6 de junio de 2007 sobre cesión de datos contenidos en los proyectos técnicos de las estaciones³, por su relación con otro procedimiento distinto tramitado ante autoridad regulatoria diferente y con distinta finalidad. Alega que lo importante fue que en el seno de dicho procedimiento se evacuó informe por la Abogacía del Estado con fecha 17 de abril de 2007 en el que, en base al artículo 9 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel), dictaminó que la información relativa a los diagramas de radiación integra el diseño de red creado por Abertis y estima que dichos datos tienen carácter confidencial por formar parte del *know-how* de la misma, al consistir en conocimientos técnicos prácticos del diseño de red, que están protegidos por el secreto comercial y empresarial.

- Es innecesaria para el servicio de coubicación solicitado.

Manifiesta que para la formulación de la solicitud y para la prestación del servicio de coubicación únicamente es necesario conocer la situación del centro, la superficie disponible en caseta y torre y la información relativa a la energía y que la información sobre los diagramas de radiación únicamente es necesaria para la prestación de los servicios de interconexión. De lo anterior se desprende que, dado que el servicio de interconexión tiene carácter subsidiario al de la coubicación, resulta innecesario proporcionar dicha información *a priori*.

- Es innecesaria para que Axion pueda hacer su propio diseño de red.

Manifiesta que cada radiodifusor y el propio operador de red deben decidir cómo alcanzan la cobertura poblacional exigida por la legislación aplicable, haciendo más o menos énfasis en cada zona en función de sus propios intereses y respecto a cada uno de sus centros, lo que puede incluso suponer una configuración de red más eficiente empleando menos centros que el operador con peso significativo de mercado.

A efectos de lo señalado en el párrafo anterior señala que no puede considerarse como relevante cómo Abertis provee una cobertura del 80% ya que la propia Axion ha conformado una oferta al 80% utilizando en algunos casos centros de Abertis y en otros casos centros propios o de terceros.

- Axion ha pedido en el procedimiento otra fórmula alternativa de satisfacer sus necesidades de información.

³ Resolución de la Subdirección General de Planificación y Gestión del Espectro Radioeléctrico de 6 de junio de 2007 por la que se resuelve no acceder a la solicitud presentada por Axion.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Señala que desde el inicio del procedimiento Axion solicitaba alternativamente, bien la entrega de los diagramas de radiación bien la entrega de un mapa de software de cobertura con determinadas características. Sin embargo, señala que en el trámite de audiencia y por tanto, sin posibilidades de contradicción por su parte, Axion pidió y fue aceptado por esta Comisión que se le impusiera la obligación de facilitar la información relativa al área del servicio mediante la entrega de los diagramas de radiación.

Manifiesta que lo anterior:

- (i) viola el secreto comercial de Abertis.
- (ii) se adopta sin la necesaria audiencia de su representada generándole indefensión.
- (iii) es contraria a los principios que rigen la elección en el cumplimiento de las obligaciones alternativas en que la elección corresponde al deudor (ex art. 1136 del Código Civil)
- (iv) vulnera el principio de congruencia de las resoluciones administrativas al ir más allá del debate planteado en el seno del conflicto.

1.2. Sobre el formato para el cumplimiento de la obligación de facilitar la información relativa al plano vertical de la torre y a la sección horizontal mostrando el espacio ofrecido para coubicación.

Señala que, pese a la incredulidad de esta Comisión, no existen planos de la torre de los centros de Abertis sin que por otra parte, Torrespaña pueda ser considerada como representativa del conjunto de más de 2000 centros de Abertis.

Alega que carece de dicha información debido a la complejidad de su elaboración, que trabaja con fotos de las torres que le permiten tener una orientación visual de la disponibilidad del espacio y que ya ha ofrecido facilitar esta información para, en la ejecución de los replanteos, poder terminar de concretar el detalle de los espacios a ocupar en las torres.

1.3 Sobre el plazo de diez días hábiles para facilitar la información a Axion.

Señala que la fijación del plazo obrante en el epígrafe para que Abertis facilite determinada información quiebra los principios de primacía de la libre negociación entre los operadores e intervención mínima de esta Comisión en dichas relaciones que recogen los artículos 11 y siguientes de la LGTel y la Resolución del Mercado 18. Asimismo señala que el Contrato Marco firmado entre ambas partes fija un plazo máximo de dos meses desde la solicitud de coubicación para que se realice el estudio de viabilidad.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1.4 Sobre las facultades de Axion en caso de replanificación.

Respecto a la facultad que se establece en casos específicos para proceder a modificar la solicitud de coubicación o realizar una nueva sin ningún coste adicional para Axion señala que, nada tiene que ver un ajuste de la solicitud inicial en un caso específico con formular una nueva solicitud íntegramente, más o menos vinculada con la anterior.

En este sentido alega que *“en ningún momento puede considerarse que respete la proporcionalidad que establece el artículo 11.5 de la LGT al extender la regla de gratuidad de las modificaciones imprescindibles de la solicitud inicial por ajustes a las características físicas del centro a las modificaciones sustanciales de la solicitud formulada o del servicio pretendido o para la formulación de nuevas solicitudes”*.

- 2) Sobre el resuelve tercero de la Resolución de fecha 18 de marzo de 2008.

Respecto al resuelve tercero de la Resolución impugnada en el que se le impone la obligación de facilitar cierta información para la interconexión cuando el estudio de viabilidad concluya que no es viable la coubicación señala que esta Comisión está quebrando los principios de primacía de la libre negociación entre los operadores e intervención mínima de esta Comisión en dichas relaciones y considera que la inviabilidad de la coubicación no permite proceder a la interconexión de forma automática, sino que será preciso, que el tercer interesado decida que efectivamente quiere la interconexión como modalidad subsidiaria de acceso.

- 3) Sobre el resuelve cuarto de la Resolución de fecha 18 de marzo de 2008.

Respecto al plazo de quince días establecido en la Resolución para remitir a Axion toda la información contenida en los anteriores resuelve respecto a los emplazamientos para los que Axion ya haya efectuado una solicitud de coubicación, señala que contradice una vez más, el principio de proporcionalidad contemplado en el artículo 11. 5 de la LGTel convirtiendo a la Resolución en un acto de imposible ejecución.

En primer lugar manifiesta que el plazo de referencia es desorbitado por cuanto existen más de 100 centros respecto de los cuales Axion ha formalizado la petición de coubicación. En segundo lugar señala que la obligación que impone esta Comisión requiere la previa actuación de Axion ya que debería especificar la frecuencia o rango para el que los solicita, dato que no ha sido efectuado en las solicitudes realizadas hasta la fecha.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

TERCERO.- Con fecha 9 de abril de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión un escrito presentado en nombre y representación de Abertis por el que realiza alegaciones complementarias al recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de 18 de marzo de 2008. En el citado escrito manifiesta básicamente lo siguiente:

1) Sobre el formato en que ha de facilitarse la información relativa al área de servicio cubierta por Abertis para cada frecuencia o rango.

Señala que la validez y utilidad de los mapas software de cobertura es indiscutible y que *“lo contrario equivaldría a decir que el radiodifusor que publique un concurso para licitar el servicio de red no podría utilizar los mapas software de cobertura presentados por los diferentes oferentes como elemento de contraste (pues no serían comparables por producirse con programas de simulación y parámetros diferentes), o equivaldría a defender su inutilidad para que el propio operador los utilice para diseñar las redes”*.

Alega que Axion no cuestiona realmente la utilidad de éstos para determinar el área de servicio, sino que cuestiona dicha utilidad cuando las herramientas y parámetros empleados para calcularlos no son los suyos propios, pues no considera unívoca la información cuando desconoce tales herramientas.

En relación con lo anterior señala que si Abertis proveyera a Axion los mapas de cobertura para los centros afectados, con diferentes niveles de señal, como es la norma habitual en el sector, éste debería ser capaz de reconstruir el servicio de forma unívoca con un grado de fiabilidad muy alto.

A lo anterior añade que en el caso que Axion se viera incapacitada para determinar el servicio a partir de mapas de cobertura proporcionados por Abertis, estaría dispuesta a calcular los mapas de cobertura de software de simulación y parámetros que utilice Axion y en última instancia, arbitrar a una tercera parte que simule con los medios de Axion y los diagramas de radiación de Abertis, a efecto de que el primero de ellos disponga de los mapas que considere necesarios con los niveles de señal suficientes a tal efecto.

Sin perjuicio de lo anterior considera que, replicar un servicio no quiere decir proveer un servicio con el mismo mapa de cobertura sino que lo que hay que garantizar es una cobertura poblacional determinada sobre la total incluida en el área de la concesión, tratando de minimizar el impacto sobre los cambios de recepción de los usuarios.

En este sentido considera importante resaltar que replicar un servicio no implica dotar de la misma cobertura en cada punto en aras a evitar cambios en la recepción de los usuarios, lo que constituye un hecho inevitable que formará parte del despliegue de las redes TDT. Señala que los citados cambios se minimizan por el hecho de que cambios en las condiciones de emisión de los



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

centros (con el consecuente cambio en los mapas de cobertura derivados) no implican automáticamente ajustes en la recepción de los usuarios ya que, tanto las antenas de recepción como las cadenas de amplificación tienen un margen de entrada suficientemente amplio como para admitir modificaciones de nivel y dirección de la señal sin precisar de ajustes.

2) Sobre el formato para el cumplimiento de la obligación de facilitar la información relativa al plano vertical de la torre y a la sección horizontal mostrando el espacio ofrecido para coubicación.

Señala que el proceder de Abertis coincide con el que es habitual en el sector que no requiere disponer de un plano vertical de la torre y sección horizontal y que como puede apreciarse en el documento anexo al escrito, correspondiente al Proyecto Técnico para el servicio de TDT de Soria-Animas, en los mismos proyectos técnicos que son visados por el Colegio Oficial de Ingenieros se adjunta un croquis de la torre y, sobre el mismo se dibuja la ubicación de nuestro sistema radiante.

Señala que al no disponer de planos se utiliza el sistema de croquis que el Colegio de Ingenieros y la propia SETSI considera suficiente. Asimismo manifiesta que la utilización de fotografías o croquis es el procedimiento habitual en el sector y el que rige las relaciones entre Abertis y Axion en virtud del Contrato Marco celebrado entre ambas para la prestación del servicio de coubicación.

CUARTO.- Con fecha 10 de abril de 2008 el Consejo de esta Comisión aprobó una Resolución por la que acordó estimar, en relación con la obligación de entregar a Axion los diagramas de radiación de las antenas de Abertis, la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución referenciada en el antecedente de hecho primero de la presente Resolución.

QUINTO.- Con fecha 18 de abril de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión, como consecuencia del requerimiento de información realizado por esta Comisión a Abertis, el informe emitido por la Abogacía del Estado de fecha 17 de abril de 2007 en el marco de la petición de Axion dirigida a la Subdirección General de Planificación y Gestión del Espectro Radioeléctrico para que se le facilite determinada información obrante en los proyectos técnicos de Abertis.

SEXTO.- Con fecha 23 de abril de 2008, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado en nombre y representación de Axion por el que, en relación con los escritos presentados por Abertis a los que se refieren los antecedentes de hecho anteriores, manifiesta que con carácter general se reitera en todo lo que expuso en el expediente que dio lugar a la Resolución impugnada, realizando además las siguientes alegaciones:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

1) Sobre los diagramas de radiación.

Manifiesta que la recurrente no ha contestado a la obligación fundamental impuesta en el resuelve primero de la Resolución impugnada, consistente en facilitar información relativa al área del servicio cubierta por los centros de ese operador que intervienen en la fase inicial de cobertura del 80%, oponiéndose únicamente a facilitar dicha información en la forma de diagramas de radiación.

Sobre la supuesta confidencialidad de los citados diagramas en relación con la invocación por parte de la recurrente del Informe emitido por la Abogacía del Estado en el marco del procedimiento administrativo que dio lugar a la Resolución de 6 de junio de 2007 citada anteriormente, señala que dicha Resolución no es aplicable a la presente Resolución por cuanto se dictó en el marco del procedimiento establecido para que los concesionarios presentasen a la Administración la planificación para el cumplimiento de las distintas fases de cobertura exigidas por el Plan Técnico de la TDT Nacional, no dirimiéndose en consecuencia, intereses en conflicto y en caso que sí se hubieran dirimido, concernirían a los intereses de las concesionarias del servicio TDT en cumplir adecuadamente los hitos poblacionales exigidos por la normativa del propio servicio.

Por otra parte, en relación con el informe de la Abogacía del Estado de continua referencia, manifiesta que la recurrente ha realizado *“una lectura sesgada e interesada”* del mismo, ya que éste en ningún momento se pronuncia sobre el supuesto carácter confidencial de los diagramas de radiación de Abertis, cuestionando incluso la competencia de la Subdirección General de Planificación y Gestión del Espectro Radioeléctrico para resolver la cuestión planteada.

En segundo lugar manifiesta que, por lo que se señalará a continuación, las afirmaciones de la recurrente sobre la necesidad de disponer de los diagramas de radiación *“están plagadas de contradicciones y carecen de fundamento”*:

Respecto a la afirmación relativa a que los diagramas de radiación únicamente resultan relevantes para la prestación de servicios de interconexión, manifiesta que *“se trata de una afirmación infundada, puesto que el servicio de interconexión conlleva necesariamente que se replique el área de servicio del operador a cuyos sistemas radiantes se interconecta el demandante de acceso”*.

En segundo lugar señala que no es cierto que la entrega de información sobre el área de servicio cubierta por ese operador en los centros que intervienen en la fase del 80% exima a Axion de realizar su propio diseño de red ya que éste

“está integrado por un conjunto de elementos (tipo de paneles, la ganancia unitaria de los mismos, su disposición horizontal y vertical en torre y



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

orientación, potencia de los transmisores, etc) de los cuales el área de servicio y el diagrama de radiación correspondiente es sólo el resultado.

En la modalidad principal de acceso (la coubicación) Axion tendrá que realizar un diseño de red que le permita replicar sustancialmente la cobertura alcanzada por Abertis en un centro si bien desde un emplazamiento distinto al utilizado por ese operador con PSM, probablemente a inferior cota y con una orientación determinada.

Más allá, aunque la exigencia de transparencia al telespectador impuesta por sociedades concesionarias implica, de facto, que la cobertura ofrecida por Axion para el 80% de la población tiene que ser idéntica a la que hoy ofrece Abertis, ello no implica identidad del servicio de Axion respecto del que ofrece Abertis: el servicio de Axion se diferencia del de Abertis en cuanto al precio, configuración de redes y aspectos cualitativos y de servicio al cliente.”

Señala que es evidente que un cambio de antenización en una red con escasos clientes o una red de nuevo despliegue no es problemática, pero que la Resolución de 18 de marzo de 2008 lo que pretende evitar es que un cambio de proveedor del servicio soporte provoque cambios sustanciales de antenización en una fase de cobertura poblacional ya en difusión desde el año 2005.

Por último, en relación con el formato en el que debe entregarse la información, señala que la recurrente se contradice en sus propias afirmaciones.

En este sentido señala que la recurrente se encuentra dispuesta a proporcionar un mapa software de cobertura calculado con las herramientas de simulación y parámetros determinados por Axion de forma que esta última pueda disponer de la información sobre el área de servicio de forma “unívoca”. Por lo anterior considera que, cabe preguntarse por qué la recurrente se niega a proporcionar sus diagramas de radiación en el supuesto de que sea cierto que no existe diferencia alguna entre los mismos y el mencionado mapa software de cobertura. Asimismo manifiesta que no se entiende por qué la recurrente considera confidenciales los diagramas de radiación pero no así los mapas software de cobertura que según la recurrente proporcionan idéntica información.

2) Sobre la obligación de facilitar el plano vertical de la torre así como la sección horizontal mostrando el espacio ofrecido para coubicación.

Respecto a la alegación de la recurrente relativa a que no existen planos de la torre de los centros de Abertis y que esta última funciona y trabaja tanto con fotos de las torres como con croquis, señala que fue la propia recurrente quién manifestó que sí disponía de dicha información en el marco del expediente MTZ 2007/952.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo se plantea que si sus alegaciones son veraces, cómo ha sido posible emitir más de 100 estudios de viabilidad en los que se ofrece a Axion un determinado emplazamiento, que según la recurrente, casi siempre es viable para la coubicación al efecto de prestar un servicio soporte a la difusión TDT y señala que, si la recurrente sólo dispusiera de fotos de las torres y de un croquis similar al aportado en sus alegaciones complementarias, se debería concluir que los citados estudios de viabilidad carecen de fiabilidad alguna.

3) Sobre al momento temporal en el que debe entregarse la información.

Alega que, contrariamente a lo pretendido por la recurrente, el estudio de viabilidad no es el momento temporal adecuado para facilitar esta información ya que el objetivo de éste es evaluar la posibilidad de coubicar en un determinado centro de la recurrente el diseño previamente incluido en una solicitud de viabilidad. Asimismo señala que el Acuerdo Marco de Coubicación firmado entre ambas, en nada obsta a lo anterior, puesto que la información que es objeto del Resuelve Primero de la Resolución impugnada no se incluyó en el mencionado Acuerdo por expresa negativa de Abertis a hacerlo a pesar de las reiteradas solicitudes de Axion.

4) Sobre la posibilidad de re-planificación.

Alega que la posibilidad de re-planificación es necesaria y razonable por carecer de la información necesaria para diseñar los sistemas a instalar antes de realizar la solicitud de coubicación.

5) Sobre el plazo establecido en el resuelve cuarto de la Resolución.

Señala que si bien para Abertis el plazo impuesto en el resuelve cuarto de la Resolución impugnada es desorbitado, para Axion se trata de un plazo más que razonable habida cuenta de que la Resolución del Mercado 18 se adoptó en febrero de 2006 y de que Abertis ya ha dilatado suficientemente la entrega de una información esencial a su representada.

Finalmente señala que el Acuerdo Marco de Coubicación no establece plazo alguno de duración ni de la solicitud de coubicación ni de los estudios de viabilidad y que únicamente se establece un plazo máximo para instalar una vez finalizado todo el proceso de contratación y firmado el Acuerdo Individual de un centro.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I.- Fundamentos jurídicos procedimentales.

PRIMERO.- Calificación del acto.

El artículo 107 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 cualesquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de dicha Ley.

La recurrente califica expresamente su escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 3 de abril de 2008, como recurso de reposición, por lo que teniendo en cuenta lo anterior y que las Resoluciones de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ponen fin a la vía administrativa procede, a tenor de lo establecido en el artículo 116 de la LRJPAC, que prevé 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, calificar al escrito presentado como un recurso potestativo de reposición interpuesto contra la Resolución de esta Comisión de fecha 18 de marzo de 2008.

SEGUNDO.- Admisión a trámite.

El recurso de reposición ha sido interpuesto cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJPAC.

Asimismo, se ha interpuesto dentro del plazo de un mes previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que, teniendo en cuenta lo anterior, procede su admisión a trámite.

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. El presente recurso deberá ser resuelto y su resolución notificada en el plazo de un mes contado desde el día siguiente a su interposición, esto es, el 3 de abril de 2008, según lo establecido en el artículo 117.2 de la misma Ley y, siempre teniendo en cuenta las posibles suspensiones que afecten al transcurso del plazo máximo.

Cuarto.- Legitimación de la entidad recurrente.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

reposición. La entidad recurrente ostenta la condición de interesada por cuanto que ya lo era en el procedimiento que dio como resultado la resolución objeto de impugnación. En atención a lo anterior se reconoce legitimación activa a la recurrente para la interposición del presente recurso potestativo de reposición.

II. Fundamentos jurídicos materiales.

Primero.- Sobre la entrega de los diagramas de radiación.

Abertis, en relación con la obligación que le impone el resuelve primero de la Resolución de 18 de marzo de 2008 de entregar los diagramas de radiación de sus centros que componen la fase inicial de cobertura del 80% de población establecida por el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre (en adelante, Real Decreto 944/2005) manifiesta que: se trata de información de carácter confidencial; es innecesaria para el servicio de coubicación solicitado; es innecesaria para que Axion pueda hacer su propio diseño de red y la propia Axion ha pedido en el procedimiento otra fórmula alternativa de satisfacer sus necesidades de información.

1) Sobre el supuesto carácter confidencial de los diagramas de radiación.

Abertis alega que su obligación de atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización, impuesta en la Resolución por la que se definía el mercado de transmisión de señales de televisión, no debe extenderse a facilitar información de carácter confidencial relativa a los elementos que definen su diseño de red. Como fundamento de su alegación, invoca el informe emitido por la Abogacía del Estado con fecha 17 de abril de 2007 referenciado en los antecedentes de hecho de la presente Resolución.

Sobre lo manifestado por la recurrente procede remitirnos en primer lugar a lo ya manifestado por esta Comisión en la Resolución recurrida, sobre la distinta naturaleza del procedimiento tramitado ante la SETSI y que dio lugar a la Resolución recurrida. Pero es que además, analizado el informe emitido por la Abogacía del Estado se comprueba que, contrariamente a lo alegado por Abertis, aquel en ningún caso viene a confirmar el carácter confidencial de la información de continua referencia, sino que, reconociendo su carencia de criterio para pronunciarse desde el punto de vista técnico sobre la información solicitada, establece que lo procedente sería remitirse a otras entidades a las que considera más adecuadas para pronunciarse sobre la citada información, entre las que se encuentra esta Comisión.

2) Que los diagramas de radiación son innecesarios para la prestación de los servicios de coubicación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La recurrente manifiesta que para la prestación de los servicios de cobertura únicamente es necesario conocer: la situación del centro, la superficie disponible en caseta y torre y la información relativa a la energía.

De la alegación de la recurrente se puede deducir que la información que estima suficiente para el cumplimiento de la obligación de garantizar el correcto acceso a sus centros es manifiestamente incompleta para estimar que se está dando un debido cumplimiento a la misma, por cuanto el acceso a un mínimo de información que permita recoger el estándar configurado por Abertis para reducir, en la medida de lo posible, cambios de cobertura, resulta imprescindible para cualquier operador que quiera prestar una oferta competitiva a nivel nacional.

3) Que no son necesarios para que Axion pueda hacer su propio diseño de red.

La recurrente manifiesta que la obligación de acceso que le ha sido impuesta no incluye la obligación de que el diseño de su red sea replicado por los operadores alternativos más allá de los supuestos en los que proceda la interconexión, debiendo decidir los propios operadores cómo alcanzan la cobertura poblacional exigida por la legislación aplicable.

En relación con esta alegación es preciso poner de manifiesto que, el hecho de que para determinados centros, Axion haya sido capaz de determinar por su cuenta el área de servicio establecida por Abertis, habiendo podido presentar una oferta a los radiodifusores, no es suficiente para justificar la premisa contraria a la establecida en la Resolución, es decir, que la información relativa al área del servicio es información necesaria para poder configurar una oferta competidora en condiciones. Por tanto, la supuesta libertad de la que disponen los competidores para configurar una oferta alternativa puede ser cierta para las fases iniciales de despliegue de la TDT, en que el porcentaje de hogares adaptados a este nuevo servicio, con la correspondiente adaptación de las antenas receptoras, es reducido. Debido al considerable volumen de hogares adaptados a la TDT en el momento de la solicitud de los datos de área de servicio por parte de Axion, el objetivo deberá ser el minimizar, en la medida de lo posible, las diferencias con el operador que ya esté prestando el servicio, esto es, Abertis.

Por tanto, si bien esta Comisión coincide con la recurrente en relación a que es el operador de red el que en principio debe determinar cómo alcanzar la cobertura poblacional exigida por la legislación aplicable, dicho principio no resulta de aplicación para el periodo de solicitud de datos por parte de Axion, en el que, en base al área de servicio determinada desde el inicio de la TDT según el Real Decreto 944/2005, con la recurrente como única entidad prestataria del servicio de televisión digital terrestre a nivel nacional, el número de hogares adaptados a la recepción desde los centros de dicho prestador era ya importante.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4) Que Axion solicitó otra fórmula alternativa de satisfacer sus necesidades de información.

La recurrente señala que la aceptación por parte de esta Comisión de la solicitud formulada por Axion en el trámite de audiencia relativa a que la información que deba facilitarse relativa al área de servicio se realice mediante la entrega de diagramas de radiación supone: una violación de su secreto comercial; se ha adoptado sin darle audiencia generándole con ello indefensión; es contraria a los principios que rigen la elección del cumplimiento de las obligaciones alternativas que correspondería al deudor ex artículo 1136 del Código Civil; vulnera el principio de congruencia de las resoluciones administrativas por ir más allá del debate planteado en el seno del conflicto, con vulneración del principio de intervención mínima y que la validez de los mapas software de cobertura para determinar el área de servicio es indiscutible.

4.1 Sobre la violación del secreto comercial de la recurrente.

Respecto a la supuesta violación del secreto comercial de la recurrente procede remitirnos a lo que se ha manifestado en el apartado primero del presente fundamento de Derecho.

4.2. Sobre la supuesta indefensión que se ha causado a la recurrente.

En relación con la presente alegación procede poner de manifiesto que la recurrente conoce desde que se inició el conflicto de acceso que ha dado lugar a la presente Resolución que la denunciante, en el escrito por el que se iniciaba el citado conflicto, solicitaba que se le facilitaran las fichas técnicas de Abertis cuyo contenido se había establecido en la Resolución de esta Comisión de fecha 14 de junio de 2007⁴. En dicha Resolución se decía que cuando un operador alternativo solicitara a Abertis acceso a los centros emisores y reemisores de su red nacional, entre la información que debería incluirse en las fichas técnicas debería constar, tanto en ubicación como subsidiariamente en interconexión, el diagrama de radiación de las antenas del centro en difusión analógica y difusión digital en la frecuencia o rango solicitados.

Asimismo y en lo que respecta al informe emitido por los Servicios de esta Comisión en el marco del trámite de audiencia, procede recordar que en el mismo se recogía la alternativa entre proporcionar bien los diagramas de radiación bien los mapas software de cobertura, notificando el citado informe a la recurrente a efectos de que realizara las alegaciones oportunas.

⁴ Resolución sobre el sistema de contabilidad de costes nacional de Abertis Telecom, S.A.U. (MTZ 2007/298).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, la posibilidad de imponer a la recurrente la obligación de entrega de los diagramas de radiación fue objeto de continua instrucción en el procedimiento administrativo que finalizó en la Resolución impugnada.

No obstante lo anterior es preciso poner de manifiesto que, tal y como ha manifestado recientemente esta Comisión⁵, aún en el caso que efectivamente, se hubiera prescindido del trámite de audiencia en relación con la imposición de dicha obligación, tal y como ha establecido el Tribunal Supremo, la falta del trámite de audiencia del interesado en el expediente administrativo puede constituir una causa de anulabilidad del acto administrativo o una simple irregularidad formal no invalidante, dependiendo uno y otro supuesto, de que realmente se haya producido indefensión al administrado para el ejercicio de sus derechos, resaltando que lo trascendente es que la indefensión que en algún caso pueda generarse constituya una verdadera indefensión material. Asimismo tiene establecido que la omisión del trámite de audiencia sería subsanable cuándo el interesado tenga suficientes oportunidades de defenderse tanto en vía administrativa como en judicial⁶.

Por tanto, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, aún en el caso que se hubiera prescindido del trámite de audiencia al interesado en lo que concierne a la imposición de la obligación de remitir los diagramas de radiación, dado que la recurrente ha podido realizar en defensa de sus derechos las alegaciones que ha estimado pertinentes en el recurso que ha dado lugar a la presente Resolución, habiendo quedado suspendida por otra parte la ejecución de dicha obligación en virtud de la Resolución de esta Comisión de fecha 10 de abril de 2008⁷, el citado vicio procedimental en el que supuestamente habría incurrido esta Comisión habría quedado subsanado mediante el recurso interpuesto.

4.3. Sobre la supuesta vulneración de los principios que rigen la elección del cumplimiento de las obligaciones alternativas que correspondería al deudor ex artículo 1136 del Código Civil.

La recurrente manifiesta que se han vulnerado los principios que rigen la elección del cumplimiento de las obligaciones alternativas, cuya elección correspondería al deudor de acuerdo con lo establecido en el Código Civil.

⁵ Resolución de 8 de mayo de 2008 relativa al recurso de reposición interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra el escrito del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por el que se le deniega el acceso al informe emitido por la Dirección Técnica de esta Comisión de fecha 17 de octubre de 2007 (AJ 2008/325).

⁶ RJ 2001/8595, RJ 2000/3846, RJ 1999/8960, RJ 2002/ 6837.

⁷ Resolución por la que se resuelve sobre la petición de suspensión solicitada por la entidad Abertis Telecom, S.A.U. en el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución de 18 de marzo de 2008 (AJ 2008/468).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Respecto a lo alegado por la recurrente, procede recordar que nos encontramos en el marco de un conflicto de acceso, cuya regulación se encuentra en el Capítulo III del Título II de la LGTel, desarrollado en el 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).

De acuerdo con el articulado que forma la regulación referenciada en el párrafo anterior, *a priori*, en el marco del acceso a las redes y recursos asociados e interconexión, debe imperar la libre voluntad entre las partes que pretendan firmar un acuerdo de acceso o interconexión, no debiendo existir restricciones que impidan los citados acuerdos, disponiendo de total libertad para negociar las condiciones de acceso así como para decidir el contenido de los acuerdos que habrán de firmar.

Ahora bien, en el caso que existan obstáculos para la firma de los citados acuerdos, bien como consecuencia de la actitud de una de las partes o por una causa externa a las mismas, se prevé *ex lege* (artículo 11. 4 de la LGTel) la competencia de esta Comisión para que intervenga, bien sea de oficio a instancia de una de las partes, a efectos de garantizar que los acuerdos de continua referencia lleguen a alcanzarse entre las partes y siempre con el 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 principios establecidos en el artículo 3 de la LGTel.

Teniendo en cuenta lo expuesto procede recordar que Axion, como consecuencia de su imposibilidad de acceder a los centros de la recurrente, solicitó la intervención de esta Comisión, para que, en aplicación de la normativa señalada anteriormente en materia de acceso e interconexión y de las obligaciones que habían sido impuestas a la recurrente en la Resolución por la que se le identificaba como un operador con peso significativo en el mercado de transmisión de señales de televisión, resolviera el conflicto suscitado entre ambas.

Por tanto, contrariamente a lo alegado por la recurrente, en el marco del acceso, no nos encontramos ante un ámbito estrictamente privado entre los operadores sino que los acuerdos que éstos puedan firmar en aplicación de lo establecido en los artículos 11 y siguientes de la LGTel participan de una doble naturaleza público-privada. Lo anterior es doctrina reiterada de esta Comisión⁸ y ha sido corroborado por la jurisdicción contencioso-administrativa al

⁸ En relación con la citada doctrina procede remitirnos, por todas, al fundamento de Derecho Tercero de la Resolución de fecha 3 de abril de 2008 sobre el conflicto de interconexión planteado por Telefónica de España, S.A.U. contra la entidad Metrored, S.A. por impago de cantidades derivadas de la prestación de servicios de interconexión (RO 2006/1375).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

establecer respecto a la naturaleza de los Acuerdos Generales de Interconexión (siendo de total aplicación a los Acuerdos de Acceso) que⁹:

“Precisamente es la intervención administrativa en sus diversas formas la que dificulta la calificación jurídica del denominado en la Ley «acuerdo de interconexión», acuerdo del que puede afirmarse que tiene una indudable naturaleza contractual, aunque sometido a unos importantes poderes de intervención por parte de la Administración, de los que es titular en nuestro Ordenamiento Jurídico la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones. Puede incluso afirmarse que las prerrogativas de la Administración en relación con estos contratos, en principio de naturaleza privada, son superiores a las que ostenta en los contratos administrativos.

En todo caso puede afirmarse que entre las características propias del Acuerdo de Interconexión como contrato están las de ser un contrato bilateral, sinalagmático por la reciprocidad de las prestaciones, y oneroso.”

Por tanto, la libertad de las partes para determinar las condiciones que debe regir el acceso entre ambas tiene un límite, la posibilidad de intervención de esta Comisión en la formación de la voluntad contractual de las partes, aunque conforme al principio de intervención mínima que ha de regir la actuación de la Administración, y en base a los principios referenciados anteriormente y establecidos en el artículo 11.4 de la LGTel.

De manera que, transcurrida la primera fase relativa a la libre negociación entre las partes y sin haber logrado éstas llegar a un acuerdo, esta Comisión ha debido intervenir, adquiriendo las condiciones impuestas en la Resolución impugnada, naturaleza pública por constar en un acto administrativo dictado por un organismo público siguiendo el procedimiento establecido, además de en la normativa sectorial, en la LRJPAC.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo expuesto procede poner de manifiesto que, si bien *a priori* los sujetos del conflicto disponían de plena libertad de negociación en lo que respecta a las condiciones que debían constituir el acceso de Axion a los centros de Abertis, libertad que no obstante se encontraba limitada en las obligaciones que habían sido impuestas a la recurrente como consecuencia de su condición de operador con poder significativo en el mercado de transmisión de señales de televisión, debido a la imposibilidad de la consecución de la firma de un acuerdo entre ambas, se solicitó la intervención de esta Comisión, adquiriendo por tanto, la parte del acuerdo sobre la que no ha habido consenso, naturaleza jurídica pública, debiendo someterse ambas a lo establecido en la Resolución de fecha 18 de marzo de 2008, adoptada en base a los principios establecidos en el artículo 11.5 de la LGTel, a saber, obligaciones objetivas, transparentes, proporcionadas y no discriminatorias.

⁹ Sentencia de la Audiencia Nacional de fecha 3 de diciembre de 2004.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4.4. Sobre la vulneración del principio de congruencia de las resoluciones administrativas.

La recurrente manifiesta que esta Comisión ha vulnerado el principio de congruencia de las resoluciones administrativas por haber ido más allá del debate planteado en el seno del conflicto de acceso.

En relación con lo manifestado por la recurrente y sin perjuicio de lo que se dirá más adelante, procede recordar que, tal y como ha establecido el Tribunal Supremo, el principio de congruencia en el ámbito de un procedimiento administrativo no resulta tan rígido como el que en todo caso debe imperar en el ámbito del contencioso-administrativo, esto es¹⁰:

“El principio de congruencia procesal a observar en el procedimiento al que nos referimos, obliga a la Administración a resolver las cuestiones que aparezcan en el procedimiento conforme a los antecedentes y pruebas que le consten a la Administración en el propio expediente. La razón es que el principio de congruencia, no tiene el mismo sentido en el ámbito del Derecho Administrativo que en el ámbito del Derecho Civil, ni que en el ámbito del proceso contencioso-administrativo que es revisor de la actuación administrativa. Por eso, una ya vieja Sentencia del Tribunal Supremo, de fecha 25 mayo 1966 (RJ 1966\2863), afirma que el principio procesal de congruencia en las resoluciones administrativas, tal y como se perfila clara y expresamente en los artículos 93 y 119 de la Ley de Procedimiento Administrativo, es distinto al que rige en el proceso judicial ordinario, ya que el órgano decisor administrativo no está tan rígidamente ligado a las pretensiones de las partes ni constreñido a actuar estricta y exclusivamente ateniéndose sólo a la cuestión o cuestiones planteadas por los interesados¹¹”.

Sin perjuicio de lo anterior, procede igualmente desestimar la alegación esgrimida por la recurrente por cuanto que, tal y como se expuso anteriormente, fue la entidad que solicitó la intervención de esta Comisión en el marco del conflicto de acceso planteado la que, concretamente, en su escrito de iniciación, solicitó que se obligara a la recurrente a cumplir con lo establecido en la Resolución de 14 de junio de 2007, en la que se establecía la obligación de entregar los diagramas de radiación de continua referencia tanto para la prestación de los servicios de coubicación como para la interconexión, por lo que, contrariamente a lo alegado por la recurrente fue la propia Axion la que (en el apartado Segundo. I del solicito del escrito de iniciación del conflicto de acceso) solicitó que se le remitiera la citada información.

¹⁰ RJ 2002/2957.

¹¹ El subrayado es nuestro.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

4.5. Sobre la idoneidad de los mapas software de cobertura para proporcionar información relativa al área de servicio cubierta.

En relación con el presente apartado cabe recordar que una de las obligaciones impuestas a Abertis como consecuencia de su condición de operador con peso significativo en el mercado nacional de transmisión de señales de televisión era que debería dar acceso a terceros a elementos y recursos específicos de su red, obligación que dio lugar al procedimiento que ha finalizado en la Resolución impugnada, cuyo objeto, tal y como se recoge en la misma, era determinar el contenido específico de la información que debía ser suministrada a Axion a fin de dar cumplimiento a la obligación de continua referencia, a saber, la de atender las solicitudes razonables de acceso a su red.

En la instrucción del procedimiento referenciado en el párrafo anterior se analizaron las ventajas y desventajas que tanto la aportación de los diagramas de radiación como la de los mapas software de cobertura presentaban a efectos de revelar cual era el área de servicio cubierta por Abertis, concluyéndose en la mayor idoneidad de los primeros a efectos de determinar el área citada.

A pesar de la conclusión a la que llegó esta Comisión en el procedimiento referenciado en el párrafo anterior, Abertis, tanto en aquel como en el que ha dado lugar a la presente Resolución, ha manifestado su rotunda oposición a la entrega de los diagramas de radiación invocando que no era necesario *“acudir a una medida tan extrema como la entrega de los diagramas de radiación, que no reflejan el servicio más que en la forma particular en que lo provee Abertis”*.

Sentado lo anterior es preciso señalar que en la tramitación del procedimiento que ha dado lugar a la presente Resolución, Abertis ha especificado la información que en todo caso acompañaría a los mapas software de cobertura a efectos de que éstos puedan ser aptos para determinar el área de servicio cubierta, añadiendo que éstos se proveerían con diferentes niveles de señal y que en el caso que Axion se viera incapacitada para determinar el área de servicio a partir de mapas de cobertura proporcionados por Abertis, los calcularía con el software de simulación y parámetros que utiliza Axion.

A lo anterior añade que la validez y utilidad de los mapas software de cobertura para determinar el área de servicio es indiscutible y señala que son utilizados por los radiodifusores como elemento de contraste de las distintas ofertas presentadas por los operadores prestadores del servicio de transporte de señal de televisión.

En atención a las alegaciones de la recurrente procede recordar que el objetivo perseguido por la Resolución de 18 de marzo de 2008 consistía en precisar el tipo de información que reflejara, con la mayor fiabilidad posible, el área de servicio de los centros emisores afectados por la citada Resolución, partiendo



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la premisa de que, tanto los diagramas de radiación como los mapas de cobertura constituyen simulaciones y, por tanto, necesarias aproximaciones a las condiciones reales de explotación.

En este sentido procede señalar que si bien los diagramas de radiación no reflejan el servicio más que en la forma particular en que lo provee Abertis, mediante la utilización de los mapas software de cobertura se puede disponer de información sobre el servicio, lo que permitirá realizar comparaciones objetivas y de esta forma, replicar de forma unívoca la cobertura de Abertis con los propios medios y herramientas de Axion.

Ahora bien, es imperativo señalar que el resultado de la realización de simulaciones de cobertura depende de factores como la configuración de los parámetros de la herramienta de planificación o la propia elección de esta última, en el sentido de que los mapas software de cobertura obtenidos mediante programas de simulación y parámetros diferentes no resultarían comparables. Esto es, la entrega de los mapas software de cobertura sin que Axion conozca la configuración precisa de la herramienta de simulación carecería de utilidad alguna.

Por consiguiente, a efectos de que Axion pueda determinar, a partir de la información suministrada por Abertis, cual es exactamente el área de servicio cubierta por esta última en la fase inicial de cobertura del 80% establecida en el Real Decreto 944/2005, Abertis deberá calcular y facilitar a Axion los mapas software de cobertura de los centros emisores afectados mostrando diferentes niveles de señal y empleando el software de simulación y parámetros concretos que exija Axion. Asimismo deberá facilitarle la citada información en soporte electrónico y en un formato que Axion pueda importar a sus propias herramientas de planificación, todo ello al objeto de facilitar la realización de comparativas precisas que permitan en su caso reconstruir el servicio prestado desde el centro afectado.

En consecuencia, debido a que tanto los diagramas de radiación como los mapas software de cobertura (estos últimos con los elementos descritos anteriormente) resultan igualmente aptos a efectos de determinar cual es el área de servicio cubierta por Abertis, y teniendo en cuenta la preferencia de la recurrente en la entrega del segundo de los citados, sobre la base de lo establecido en los artículos 11.5 de la LGTel y 22. 4 del Reglamento de mercados, en los que se establece que las obligaciones que esta Comisión imponga en el marco de la resolución de un conflicto de acceso o interconexión deberán ser proporcionadas en todo caso, se estima procedente sustituir la entrega de los diagramas de radiación por la entrega de los mapas software de cobertura con los requisitos descritos anteriormente, con el objeto de determinar el área de servicio que pretende replicar Axion.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- Sobre el formato para el cumplimiento de la obligación de facilitar la información relativa al plano vertical de la torre y a la sección horizontal mostrando el espacio ofrecido para coubicación.

La recurrente, en el escrito de interposición del recurso de reposición, señala que no existen planos de la torre de los centros de Abertis, disponiendo únicamente de fotos de las torres, con las que funciona y trabaja y que permiten una orientación visual de la disponibilidad del espacio.

Posteriormente, en el escrito que presentó como alegaciones complementarias al recurso interpuesto señala que si bien, tal y como manifestó en este último, no dispone de la información citada en el epígrafe para sus emplazamientos, aporta como documento adjunto al escrito presentado, un croquis relativo al plano de alzado y planta de la estación Almazan en Soria.

En relación con lo manifestado por la recurrente procede poner de manifiesto que, tal y como se señaló en la Resolución recurrida y como, asimismo, ha manifestado Axion en sus alegaciones, Abertis, en el marco de la tramitación del procedimiento que ha dado lugar a la Resolución recurrida, ha modificado sus alegaciones ya que, si bien en su escrito presentado en el Registro de esta Comisión con fecha 5 de septiembre de 2007, señalaba que los planos de la torre mostrando la ubicación ofrecida constituía información que se encontraba disponible, en sus alegaciones al informe a audiencia, afirmó que no disponía de información relativa a sus emplazamientos.

Sobre las distintas alegaciones presentadas por la recurrente en el marco del procedimiento que ha dado lugar a la presente Resolución es preciso recordar que en caso que se acredite que disponía de dicha información y no fue remitida a la denunciante, Abertis podría estar incurriendo en una infracción muy grave tipificada en el artículo 53 r) de la LGTel, relativa al incumplimiento de las resoluciones dictadas por esta Comisión, lo que daría lugar, en caso que se demostrase el efectivo incumplimiento de dicha obligación, a la imposición de la sanción pertinente.

No obstante lo anterior y en atención a la información que la recurrente señala que puede proporcionar en cumplimiento de la obligación que le ha sido impuesta, es preciso recordar que la implementación eficiente del servicio de coubicación requiere que se pongan a disposición del operador solicitante elementos de información suficientes para que éste pueda realizar las comprobaciones, estudios o actuaciones pertinentes. Pues bien, uno de los elementos de información que resultan esenciales son las propias características del espacio en torre que se ofrece al operador demandante del acceso para la coubicación de sus equipos, ya que su desconocimiento le impediría llevar a cabo las citadas valoraciones.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Sentado lo anterior, procede señalar que, a la luz del formato propuesto por Abertis en el documento anexo a sus alegaciones complementarias, como información a proporcionar a Axion para los fines expuestos en el párrafo anterior, en aquellos casos en los que efectivamente Abertis no disponga del plano vertical de la torre ni de la sección horizontal, correspondientes ambos al centro al que se solicite el acceso, aquel se considera pertinente para atender a las necesidades de Axion siempre que se le remita un croquis complementado con toda la información accesoria disponible, como serían fotografías actualizadas, debiendo tener además los siguientes requisitos:

- En relación con el croquis vertical, para que éste pueda cumplir con la obligación de suministrar determinada información, deberá delimitar gráficamente el área que se propone para la coubicación de los equipos de Axion, señalando explícitamente las dimensiones de dicho espacio, su altura respecto de la base de la torre y en cualquier caso, respetando la escala del croquis.
- En lo que respecta a la sección horizontal facilitada, deberá mostrar la sección de la torre correspondiente a la cota que se ofrece a Axion para la coubicación del sistema radiante sin ser necesario que haga referencia a la cota ocupada por su propio sistema radiante.

En consecuencia, únicamente para aquellos casos en los que Abertis no disponga del plano vertical de la torre ni de la sección horizontal, se estima su solicitud de presentar un croquis en sustitución de aquellos con los requisitos expuestos en los párrafos anteriores.

Tercero.- Sobre el plazo máximo de diez días para facilitar la información contenida en el resuelve primero de la Resolución de fecha 18 de marzo de 2008 y sobre la facultad de replanificación.

Sobre el plazo de diez días establecido por esta Comisión para que la recurrente proporcione la información aludida en el resuelve primero de la Resolución recurrida, manifiesta que la imposición de dicho plazo por parte de esta Comisión, quiebra los principios de primacía de la libre negociación entre operadores e intervención mínima de esta Comisión añadiendo que el Contrato Marco firmado entre ambas, establece un plazo de dos meses como máximo desde la solicitud de coubicación para que se realice el estudio de viabilidad.

Por otra parte, sobre la facultad de replanificación que se concede a Axion respecto de la solicitud de coubicación inicialmente formulada, manifiesta que nada tiene que ver un ajuste de una solicitud inicial formulada a la vista del estudio de viabilidad sobre las características específicas del centro que formular una nueva solicitud íntegramente. Señala que sin perjuicio de las repercusiones que la realización de dicha nueva solicitud podría tener en su sistema de contabilidad de costes, la imposición de dicha obligación vulnera la



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

proporcionalidad prevista en el artículo 11.5 de la LGTel al extender la regla de la gratuidad de las modificaciones imprescindibles de la solicitud inicial por ajustes a las características físicas del centro a las modificaciones sustanciales de la solicitud formulada.

En primer lugar, en relación con el plazo referenciado anteriormente de diez días procede señalar que, el estudio de viabilidad no es el momento temporal adecuado para facilitar esta información ya que el objetivo del citado estudio es evaluar la posibilidad de coubicar, en un determinado centro de Abertis, el diseño previamente incluido en una solicitud de viabilidad.

Esto es, la información objeto del resuelve primero de la Resolución recurrida resulta determinante para que el solicitante de acceso pueda, a raíz de una petición, realizar su diseño de red y valorar desde un primer momento el emplazamiento ofrecido por Abertis, así como la posibilidad de prestar el servicio en condiciones óptimas. Por lo anterior, el momento fijado en la Resolución para proporcionar la información es esencial a efectos de dotar de utilidad a la misma.

Por otra parte, en modo alguno puede estimarse la alegación relativa a que el citado plazo interfiere en el Acuerdo Marco de Coubicación firmado entre ambas entidades por cuanto, la entrega de dichos elementos no constituye el objeto del mismo.

En segundo lugar, respecto a la facultad de replanificación procede recordar que tal y como se estableció en la Resolución de 18 de marzo de 2008, la solicitud de coubicación en un centro se realiza con antelación al envío de la información referenciada en el resuelve primero de la citada Resolución, por lo que, una vez recibida aquella, en determinados casos, puede ser necesario realizar un ajuste de la solicitud inicialmente formulada a fin de adaptarla a las características específicas del centro de Abertis.

En atención a lo anterior, la facultad de realizar una nueva replanificación en modo alguno puede concebirse como una nueva solicitud, ya que la finalidad de aquella es ajustar la inicialmente formulada con el objeto de adaptarla a las características físicas del centro objeto de solicitud, a raíz de la información aportada por la recurrente, no debiendo en consecuencia suponer un coste adicional para la entidad que lo solicite.

Abundando en lo anterior procede asimismo recordar a la recurrente que el acuerdo de acceso al que los interesados en el presente procedimiento debían haber llegado no se encuentra únicamente formado por el principio de libertad de negociación entre ambas, por encontrarse sometida a las obligaciones que le fueron impuestas en la Resolución de fecha 2 de febrero de 2006. Esto es, se trata de garantizar que se produzca un efectivo acceso a los centros de Abertis a efectos de introducir una mayor competencia en el mercado de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

transmisión de señales de televisión. Por tanto, la posibilidad de formular una nueva re-planificación tiene como fin, garantizar el cumplimiento de las obligaciones impuestas en la citada Resolución de 2 de febrero de 2006, constituyendo por tanto, una concreción de lo establecido en la misma.

Cuarto.- Sobre la obligación de facilitar determinada información para la prestación de los servicios de interconexión.

Abertis señala que, con la imposición de la obligación de facilitar cierta información para la prestación de los servicios de interconexión cuando el estudio de viabilidad concluya que no es viable la coubicación, esta Comisión está quebrando los principios de primacía de la libre negociación entre los operadores e intervención mínima de esta Comisión ya que la inviabilidad de la coubicación no permite sin más proceder a la interconexión automática, siendo preciso que el interesado solicite la interconexión como modalidad subsidiaria de acceso.

Es preciso poner de manifiesto que en la propia Resolución por la que se definía el mercado de transmisión de señales de televisión, a efectos de que el operador con PSM atendiera las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización, en concreto en el apartado g) del apartado 1 del Anexo 1 se establecía la obligación de *“Interconexión de redes o recursos, de forma subsidiaria a la coubicación, en cada uno de los centros emisores y reemisores de Abertis”*.

De manera que fue en la citada Resolución en la que se estableció la obligación de facilitar subsidiariamente la modalidad de interconexión para el acceso a sus redes. En este sentido, la entidad que en cualquier caso solicite el acceso a los centros de Abertis, lo realizará al amparo de lo establecido en la citada Resolución y adhiriéndose a las condiciones establecidas en la misma, sin necesidad de recordar en cada solicitud de acceso que formule, todos los derechos y obligaciones que le fueron reconocidos a la entidad que declarada con peso significativo en el citado mercado.

Por tanto, a la recurrente no debe sorprenderle el hecho de que, en caso que el acceso solicitado no pueda materializarse mediante la coubicación, consecutivamente, se intentará alcanzar por la otra vía alternativa, a saber, la interconexión, por cuanto, la finalidad de la solicitud de acceso no es la utilización de una u otra vía, sino poder ejercer como operador prestador de la transmisión de señales de televisión, en consecuencia, el derecho a acceder a los centros de Abertis.

Por lo anterior, y dado que la obligación del presente epígrafe resulta necesaria para que el operador pueda decidir de manera informada si desea solicitar la interconexión a la red de Abertis, se considera necesario que el operador



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

solicitante del acceso pueda disponer de ella antes de realizar una solicitud de interconexión.

Quinto.- Sobre la obligación de proporcionar en el plazo de quince días la información para aquellos emplazamientos en los que ya se haya realizado una solicitud de coubicación.

Abertis manifiesta que el citado plazo de quince días contradice el principio de proporcionalidad contemplado en el artículo 11.5 de la LGTel y convierte a la Resolución recurrida en un acto de imposible cumplimiento, señalando que por otra parte, para que pueda facilitar sus diagramas de radiación, sería necesario que Axion especificara la frecuencia o rango para el que los solicita, dato que no ha sido incluido en las solicitudes de coubicación presentadas hasta la fecha.

La alegación expuesta en el párrafo anterior ya fue invocada por la recurrente en el marco del procedimiento administrativo que ha dado lugar a la Resolución recurrida procediendo por tanto, remitirnos a ya establecido por esta Comisión en la citada Resolución (fundamento de Derecho Cuarto III.4).

No obstante y, teniendo en cuenta la sustitución de la entrega de los diagramas de radiación por la de los mapas software de cobertura declarada en el apartado 4.5 del fundamento de derecho Primero de la presente Resolución, procede estimar la alegación de la recurrente relativa a que la facilitación por parte de Abertis de los mapas software de cobertura se encuentra supeditada a que Axion especifique la frecuencia o rango necesarios, por lo que, únicamente para aquellas instancias dónde Axion no haya especificado la frecuencia o rango, el plazo de quince días previsto en el resuelve cuarto de la Resolución recurrida no empezará a computar hasta que no se haya especificado la frecuencia o rango necesarios.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso potestativo de reposición interpuesto por Abertis Telecom, S.A.U. contra la Resolución de 18 de marzo de 2008 sobre el conflicto interpuesto por la entidad Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. en relación con las obligaciones de información de Abertis Telecom, S.A.U. para el acceso a sus centros (MTZ 2007/952), modificando los resuelve primero y cuarto que quedan redactados en los siguientes términos:



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“PRIMERO.- ABERTIS TELECOM S.A.U. deberá facilitar a RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A. la siguiente información en el plazo máximo de diez días hábiles a partir de la recepción de una Solicitud de Coubicación de RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A. para los emplazamientos que forman parte de su red:

- plano vertical de la torre (indicando la altura total de la torre y el espacio ofrecido para coubicación) así como la sección horizontal mostrando el espacio ofrecido para coubicación. Únicamente en los casos en que no disponga de dicha información deberá proporcionar un croquis complementado con toda la información accesoria disponible, con los siguientes requisitos:
 - croquis vertical: deberá delimitar gráficamente el área que se propone para la coubicación de los equipos de Axion, señalando explícitamente las dimensiones de dicho espacio, su altura respecto de la base de la torre y respetando la escala del croquis.
 - croquis horizontal: deberá mostrar la sección de la torre correspondiente a la cota que se ofrece a Axion para la coubicación del sistema radiante, señalando explícitamente las dimensiones de dicho espacio y respetando la escala del croquis.
- en relación con los centros de la red nacional de ABERTIS TELECOM S.A.U. que componen la fase inicial de cobertura del 80% de la población establecida por el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el plan técnico nacional de la televisión digital terrestre, la potencia radiada aparente máxima tal como ha sido fijada para cada uno de los centros por el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio;
- para los centros de la red nacional de ABERTIS TELECOM S.A.U. que componen la fase inicial de cobertura del 80% de la población establecida por el Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el plan técnico nacional de la televisión digital terrestre, ABERTIS TELECOM S.A.U. deberá facilitar la información relativa al área de servicio cubierta por ABERTIS para cada frecuencia o rango solicitados por RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A. Para ello, deberá entregar los mapas software de cobertura de las antenas de ABERTIS TELECOM, S.A.U. para esa frecuencia, mostrando diferentes niveles de señal y empleando el software de simulación y parámetros concretos que exija RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA, S.A. Asimismo deberá facilitar la citada información en soporte electrónico y en un formato que RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA, S.A pueda importar a sus propias herramientas de planificación.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el caso de que de la información remitida por ABERTIS TELECOM S.A.U. se desprenda la necesidad de proceder a una re-planificación del servicio descrito en la Solicitud de Coubicación inicialmente formulada, RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A. deberá disponer de la facultad de proceder a modificar la Solicitud de Coubicación o realizar una nueva Solicitud de Coubicación sin que esto suponga un coste adicional para RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A.”

“CUARTO.- *En el plazo de quince días hábiles a contar desde la notificación de la presente Resolución, ABERTIS TELECOM S.A.U. deberá remitir a RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A. la información contenida en los Resuelvees Primero, Segundo y Tercero para todos aquellos emplazamientos en los que RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A. ya haya efectuado una Solicitud de Coubicación. Sin perjuicio de lo anterior, el cómputo del plazo para la remisión de los mapas software de cobertura se iniciará a partir del momento en el que ABERTIS TELECOM, S.A.U. reciba de RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA, S.A. la especificación de la frecuencia o rango necesarios para delimitar la solicitud de coubicación”.*

SEGUNDO.- Se deja sin efecto la suspensión parcial de la ejecutividad de la Resolución de 18 de marzo de 2008 (MTZ 2007/952) adoptada por esta Comisión en el marco del presente expediente en la Resolución de fecha 10 de abril de 2008.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, que resuelve un recurso potestativo de reposición, no puede interponerse 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-



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera