



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

CERTIFICA:

Que en la Sesión número 04/11 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de febrero de 2011, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la

Resolución relativa a los recursos de reposición interpuestos por SES Astra Ibérica, S.A. y Abertis Telecom, S.A.U. contra la Resolución de fecha 7 de octubre de 2010, sobre la revisión de la oferta de referencia de Abertis (AJ 2010/2164).

I ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Resolución recurrida.

Mediante escrito del Secretario de fecha 20 de mayo de 2010, esta Comisión inició el procedimiento para modificar la oferta de referencia de Abertis Telecom, S.A.U. (en adelante, Abertis), a cuya elaboración y puesta a disposición está obligado dicho operador en cumplimiento de las obligaciones que le fueron impuestas en la Resolución de fecha 21 de mayo de 2009, por la que se aprobó la definición y el análisis del mercado mayorista del servicio portador de difusión de la señal de televisión, la designación de operador con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas, y se acuerda su notificación a la Comisión Europea (en adelante, Resolución del Mercado 18).

El acuerdo de inicio, al que se acompañaba el Proyecto de Medida relativo a la revisión de la oferta mayorista de Abertis, fue debidamente notificado a Abertis. Asimismo, el citado inicio del procedimiento fue publicado en el BOE el día 29 de mayo de 2010 (núm. 131) y el Proyecto de Medida fue notificado a la Comisión Europea, al resto de autoridades nacionales de reglamentación de la Unión Europea y a los ministerios de Industria, Turismo y Comercio y Economía y Hacienda. Al Proyecto de Medida hicieron alegaciones, además de Abertis, Telefónica de España, S.A.U., SES Astra Ibérica, S.A. (en adelante SES AStra), Radiodifusión Digital, S.L. y la Secretaría de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información de la Generalidad de Cataluña.

Finalmente, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, tras la tramitación del correspondiente procedimiento, aprobó la resolución recurrida, de fecha 7 de octubre de 2010, por la que se modifica la oferta de referencia de Abertis.



SEGUNDO.- Recurso de reposición.

Contra la anterior resolución han presentado sendos recursos de reposición las entidades Abertis y Ses Astra.

El primero de ellos tuvo entrada el día 22 de noviembre de 2010 y en él Abertis solicita que se declare la nulidad parcial de la resolución y, en concreto, lo que se refiere al servicio de transporte por satélite (apartados 2.1.2.4 y 2.2.1.16) y subsidiariamente, la reposición de diversos aspectos de la resolución recurrida, como el procedimiento de provisión de acceso para el servicio de transporte por satélite y su criterio de facturación.

Las concretas alegaciones en que se basa la petición de nulidad son las siguientes:

1.- Esta Comisión habría modificado el régimen jurídico previsto en la Resolución del Mercado 18 al extender las obligaciones que allí se imponían sin respetar las garantías previstas en el análisis de los mercados en el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre (en adelante, Reglamento de Mercados). En concreto, se estarían incluyendo en la oferta de referencia de Abertis servicios propios del mercado de transporte de señales audiovisuales, cuya regulación quedó excluida en esa Resolución por entender que era un mercado en el que existía competencia efectiva

2.- La inclusión de nuevas obligaciones en el mercado de servicio de transporte por satélite, que mejoran las previstas para otras modalidades, supondría, a juicio de la recurrente, un privilegio que contravendría el principio de neutralidad tecnológica consagrado en el artículo 3.f) de la Ley General de Telecomunicaciones.

3.- La resolución recurrida sería incongruente porque no se limita a revisar la oferta mayorista de Abertis, sino que, como ella misma reconoce, pretendería implementar las obligaciones regulatorias acordadas en la Resolución del Mercado 18.

En lo que se refiere a la petición subsidiaria de reposición de ciertos aspectos, Abertis realiza las siguientes alegaciones:

1.- La previsión de un plazo inferior para la provisión del acceso para el servicio de transporte satélite con respecto al fijado con carácter general en la ORAC para los servicios de difusión digital, no tendría justificación técnica ni económica.

2.- El criterio de facturación para la provisión del servicio de distribución se basaría sólo en las horas de acompañamiento, sin tener en cuenta la totalidad de las actuaciones necesarias para la provisión del servicio ni el valor aportado por Abertis. Además, se reduce el número de horas respecto del procedimiento estándar.

3.- La inclusión de la valoración de inversiones dentro del plazo para la elaboración del estudio de viabilidad sería desproporcionada y de imposible cumplimiento, ya que la necesidad de la valoración sólo puede apreciarse tras la realización del estudio de viabilidad, requiere el consentimiento del tercer operador y su ejecución se lleva a cabo por un especialista externo ajeno a Abertis.



4.- La falta de establecimiento de un plazo de caducidad de las solicitudes de acceso en el caso de incumplimiento del operador solicitante de los plazos de respuesta, lo que supondría, de hecho, una reserva de espacio indefinida que perjudicaría a operadores que solicitaran el acceso con posterioridad y, en definitiva, una ineficiente gestión de los recursos.

5.- En lo que se refiere a los precios de provisión del servicio mayorista:

5.1. Estudios de viabilidad, valoración de inversiones y replanteo. Las horas computadas por esta Comisión para las tareas a realizar deben ser aumentadas, pues las contenidas en la resolución recurrida serían insuficientes y dificultarían, o incluso imposibilitarían, su cumplimiento en plazo.

5.2 Precios recurrentes. La resolución recurrida estaría sobrevalorando el precio de los centros de menor categoría y sobrevalorando los de mayor tamaño, por lo que el coste asociado a las tipologías del servicio de interconexión no es estable. Además, la redefinición de las categorías de centros distorsionaría los resultados previstos y crearía grandes variaciones en los precios.

6.- Acuerdos sobre el nivel de servicio.

6.1 Resolución de incidencias en servicios de cobricación. El plazo impuesto por esta Comisión para los centros tipo "D" sería insuficiente, puesto que no permitiría resolver la incidencia en horario laborable.

6.1 Resolución de incidencias en servicios de interconexión. Los acuerdos de nivel de servicios para algunos centros son de imposible cumplimiento sin importante sobrecostes y superan los que Abertis tiene con sus propios clientes.

7.- Finalmente, Abertis solicita la imposición de penalizaciones a los operadores en caso de incumplimientos del procedimiento para la provisión del servicio.

Por lo que se refiere al recurso de SES Astra, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 25 de noviembre de 2010. Sus principales alegaciones son las siguientes:

1.- Las modificaciones introducidas en la oferta de referencia de Abertis (ORAC) son insuficientes para que los operadores alternativos puedan ofrecer un servicio completo y eficiente de distribución por satélite, lo que impediría a la recurrente presentar ofertas de distribución competitivas. Para acreditarlo, el recurso contiene un análisis de costes en que incurriría para ofrecer su servicio de transporte de distribución por satélite de un múltiple TDT de un radiodifusor privado nacional

2.- La resolución recurrida no reconoce el derecho de interconexión de la antena parabólica de los operadores alternativos al receptor de satélite de Abertis, lo que impide ofrecer una oferta de servicio de transporte de distribución por satélite competitiva.

TERCERO.- Tras requerir a Abertis para que justificase el tratamiento confidencial solicitado para ciertos datos contenidos en su recurso, por Resolución del Secretario de fecha 22 de diciembre de 2010 se acordó declarar confidenciales una parte de ellos.

Posteriormente se dio traslado al resto de interesados para verificar el trámite de audiencia al que se refiere el artículo 112.2 de la LRJAP y PAC. SES Astra ha presentado alegaciones al recurso



de Abertis por medio de un escrito que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 25 de enero de 2011.

Por su parte, Abertis ha realizado alegaciones al recurso de SES Astra por medio de un escrito que tuvo entrada en el Registro de esta Comisión el día 27 de diciembre de 2010.

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

II FUNDAMENTOS DE DERECHO

II.1 FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES

PRIMERO.- Calificación del escrito.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC establece que contra las resoluciones y los actos de trámite, si éstos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, 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 LRJAP y PAC 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.

Las recurrente califican expresamente sus escrito como recursos 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 calificar los escritos presentados por Abertis y SES Astra como recursos de reposición contra la Resolución de fecha

SEGUNDO.- Legitimación de las recurrentes.

El artículo 107 de la LRJAP y PAC exige la condición de interesado para estar legitimado para la interposición de los recursos de alzada y potestativo de reposición. A su vez, el artículo 31 de la misma Ley prevé que se consideran interesados en el procedimiento administrativo quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.

Las recurrentes tienen la condición de interesado porque ya lo eran en el procedimiento en el que recayó la resolución recurrida y en cualquier caso, en el caso de Abertis, por tratarse del operador obligado a presentar la oferta mayorista que modifica.

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



TERCERO.- Admisión a trámite.

Ambos recursos han sido interpuestos cumpliendo con los requisitos de forma establecidos en el artículo 110.1 de la LRJAP y PAC.

Asimismo, se han presentado dentro del plazo de un mes desde su notificación previsto en el artículo 117 de la misma Ley, por lo que procede su admisión a trámite.

CUARTO.- Competencia y plazo para resolver.

La competencia para resolver los presentes recursos corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado (artículo 116.1 de la LRJAP y PAC).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 117.2 de la LRJAP y PAC, el recurso debe ser resuelto y su resolución notificada en el plazo máximo de un mes contado desde el día siguiente al de su interposición. Tal como prevé el artículo 43.2 de la misma Ley, en defecto de notificación en plazo de la resolución expresa, el silencio administrativo tendrá efecto desestimatorio, sin perjuicio del deber de la Administración de resolver con posterioridad confirmando o no el sentido del silencio.

II.2 FUNDAMENTOS JURÍDICO-MATERIALES

PRIMERO.- Sobre la supuesta vulneración de las normas relativas a la definición de mercados por la imposición de obligaciones de acceso en el mercado del servicio de transporte y sobre la supuesta vulneración del principio de congruencia.

Abertis denuncia que la resolución recurrida infringe el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados¹, ya que ésta no se limita a introducir cambios en la oferta de referencia, sino que incluye nuevas modalidades de acceso y obligaciones específicas en el mercado del servicio de transporte por satélite.

La Resolución del Mercado 18 impuso a Abertis obligaciones de transparencia, lo que incluía la publicación de una oferta de referencia para la prestación del servicio mayorista de acceso y la de atender las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de su red y a su utilización, obligación esta última que se concretó en dos modalidades de servicios mayoristas (cubicación e interconexión) que se definen en la propia resolución (página 75 de 109).

Con carácter general, la nulidad de pleno derecho por prescindir total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido a la que se refiere el artículo 62.1.e) de la LRJAP y PAC exige la ausencia total, manifiesta y ostensible del procedimiento o de un trámite esencial para conformar la voluntad administrativa y garantizar los derechos de los interesados, de manera que no basta la omisión de alguno de los trámites para producirse la nulidad del acto.

¹ Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónica, acceso a las redes y numeración, aprobado por el Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre. Artículo 7.3: "La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá introducir cambios en las ofertas de referencia para hacer efectivas las obligaciones a las que se refiere este capítulo y establecerá, para cada tipo de oferta de referencia, el procedimiento para su aplicación y, en su caso, los plazos para la negociación y formalización de los correspondientes acuerdos de acceso; también entenderá de los conflictos que en relación con estos accesos se planteen entre los operadores, tanto durante la negociación de los acuerdos como durante su ejecución, de conformidad con lo establecido en el artículo 23.3.a."



La resolución recurrida se dictó precisamente al amparo de lo previsto en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados, que se refiere a la facultad de esta Comisión para introducir cambios en las ofertas de referencia que hagan efectivas las obligaciones aplicables a los operadores con poder significativo en mercados mayoristas. Ni la LGTel ni el propio Reglamento de Mercados prevén que el procedimiento a seguir en estos casos deba ser el mismo que el previsto para el análisis de los mercados, que incluye los necesarios trámites de consulta pública y notificación. La falta de previsión expresa remite necesariamente a las normas generales de los procedimientos administrativos contempladas en la LRJAP y PAC.

Sin perjuicio de lo anterior, la instrucción del procedimiento al que puso fin la resolución impugnada incluyó el trámite de información pública al que se refiere el artículo 86 de la LRJAP y PAC, tal y como exige el artículo 5.1 del Reglamento de Mercados. Asimismo, se notificó la propuesta de resolución a la Comisión Europea, a las autoridades nacionales de reglamentación de otros Estados miembros de la Unión Europea, al Ministerio de Industria, Turismo y Comercio y al Ministerio de Economía y Hacienda para que en el plazo máximo de un mes pudieran presentar sus observaciones (artículo 5.3 del Reglamento de Mercados). De lo anterior se desprende que, en contra de lo alegado por la recurrente, aun en el caso de que se estimase que la revisión de la oferta por esta Comisión contiene alguna previsión que pudiera ser calificada como de establecimiento de una nueva medida, se habría cumplido el procedimiento para la adopción de medidas relativas a la imposición, mantenimiento, modificación o supresión de obligaciones específicas a los operadores declarados con poder significativo de mercado.

En todo caso, de existir, el defecto invalidante no se referiría tanto a la ausencia de trámites esenciales del procedimiento como a la falta de análisis sobre la situación de competencia efectiva en el mercado y la imposición de obligaciones específicas en mercados de producto distintos al de difusión.

A este respecto, y como la resolución recurrida se encarga expresamente de recordar al remitirse a la Resolución de fecha 16 de julio de 2009, por la que se contesta la consulta de Abertis en relación con las condiciones en las que debe ofrecer el acceso a sus centros (y también a la Resolución de fecha 13 de mayo de 2010, sobre el conflicto interpuesto por SES Astra en relación con las condiciones en que Abertis debe ofrecer el acceso a sus centros para la prestación del servicio de distribución satelital) la obligación de dar acceso impuesta a la recurrente es de carácter genérico. Abertis rechaza este carácter genérico de la obligación de acceso porque, a su entender, no puede referirse a cualquier servicio. Sin embargo, una lectura de las citadas resoluciones (y también de la Resolución del Mercado 18) basta para rechazar esa conclusión: la obligación no adolece de indefinición y el acceso debe garantizarse con independencia del servicio prestado por el operador, siempre que éste guarde relación con el servicio portador de difusión de la señal de televisión. Pues bien, dado que el servicio de transporte de la señal de televisión es complementario del de difusión, se cumple el requisito definido por esta Comisión en sus anteriores resoluciones.

De lo anterior se deduce que esta Comisión ya se ha referido a las alegaciones que en este mismo sentido presentó Abertis durante la instrucción del procedimiento y ha concluido que el servicio de acceso en la modalidad de coubicación, tal y como está planteado en la Resolución del Mercado 18, es un servicio regulado que permite la prestación del servicio de transporte de forma independiente a la difusión si el servicio para que el que se pide el acceso está relacionado con el de difusión de la señal de televisión. En caso contrario existiría un evidente riesgo de que el poder significativo de mercado de Abertis se extendiera a otros mercados de productos complementarios, como lo es el de transporte de distribución.



Abertis también invoca la infracción del deber de congruencia de las resoluciones administrativas recogido en el artículo 89 de la LRJAP y PAC. En concreto, considera que, habida cuenta del objeto del procedimiento del que trae causa la resolución impugnada, ésta no puede establecer cambios en el esquema de la obligación de acceso impuesta por la Resolución del Mercado 18, sino que debe limitarse a verificar la conformidad de la oferta de referencia presentada por Abertis con las obligaciones impuestas en la citada resolución.

El vicio de incongruencia en la forma planteado por Abertis debe analizarse en relación con la adecuación de los trámites seguidos para la resolución del procedimiento. La causa de nulidad prevista en el artículo 62.1.e) de la LRJAP y PAC a la que se refiere la recurrente se produciría no sólo cuando se prescinde de todo trámite, sino también cuando se sigue un procedimiento previsto para un objeto diferente. Para rebatir esta alegación, basta remitirse a lo expuesto más arriba sobre la adecuación del procedimiento seguido en el caso que nos ocupa, que damos por reproducido para evitar repeticiones.

En todo caso, debe señalarse que el procedimiento administrativo para la modificación de las ofertas de referencia se inicia de oficio por esta Comisión, que como administración instructora está facultada para incoar el procedimiento, incluso de oficio, ordenarlo e impulsarlo, averiguar los hechos, disponer los medios probatorios y finalmente resolverlo. El acuerdo de inicio fija en un primer momento el objeto del procedimiento, que en el caso que nos ocupa era la revisión de la oferta mayorista de Abertis de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7.3 del Reglamento de Mercados. Este acuerdo se notificó a Abertis y al resto de los interesados junto con el Proyecto de Medida que incluía los cambios propuestos para el trámite de información pública. También se notificó el Proyecto de Medida a la Comisión Europea, al resto de autoridades nacionales de reglamentación de la Unión Europea y a los ministerios de Industria, Turismo y Comercio y Economía y Hacienda al objeto de que pudieran presentar las alegaciones u observaciones que consideraran convenientes. Si bien es cierto que el citado Proyecto de Medida no contemplaba la modificación de la oferta objeto de controversia, nada impide que el Consejo de esta Comisión, como órgano que ostenta en exclusiva la competencia para el ejercicio de las funciones regulatorias que la normativa sectorial atribuye a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a la vista de las alegaciones formuladas por los interesados y del resto de actuaciones realizadas durante la instrucción del procedimiento, introduzca modificaciones en la oferta de referencia que no estuvieran contempladas en la Propuesta de Medida. Lo contrario sería una limitación inaceptable de las facultades decisorias del Consejo, órgano al que corresponde el ejercicio de todas las funciones de esta Comisión de conformidad con el artículo 48.4 de la LGTel.

El artículo 89 de la LRJAP y PAC, infringido -según Abertis- por la resolución recurrida, se refiere a la necesidad de que las resoluciones administrativas decidan todas las cuestiones planteadas por los interesados y aquellas otras derivadas del propio procedimiento. En este sentido, debe señalarse que la revisión de los precios y condiciones de acceso a los centros de Abertis para el servicio de transporte por satélite, aunque no estaba incluida en el Proyecto de Medida sometido a información pública, fue propuesta por SES Astra durante la instrucción del expediente y, concretamente, en su escrito de alegaciones con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión el día 2 de julio de 2010. Por lo tanto, la resolución recurrida, al pronunciarse sobre este extremo, no adolece de incongruencia, pues el objeto del procedimiento incluye, como se ha expuesto, las cuestiones planteadas por los interesados durante su instrucción. Además, en virtud de lo previsto en el artículo 35 de la LRJAP y PAC, Abertis pudo acceder, en cualquier momento, a la totalidad de los escritos presentados y pudo conocer el estado de la tramitación del



procedimiento y, en consecuencia, al amparo de lo establecido en el artículo 79.1 de la misma Ley, aducir nuevas alegaciones en cualquier momento anterior a la finalización de la instrucción.

Finalmente, cabe significar que la omisión del trámite de audiencia no produce necesariamente la indefensión alegada por Abertis y, por lo tanto, no tiene que suponer necesariamente la nulidad de la resolución recurrida. Como mucho cabría la anulabilidad de la resolución y la retroacción de las actuaciones al momento en el que se debería haber ofrecido a los interesados el trámite de audiencia establecido en el artículo 84 de la LRJAP y PAC.

Esto no obstante, en el supuesto que nos ocupa, Abertis ha tenido ocasión de manifestar cuanto ha estimado conveniente en defensa de su derecho mediante la interposición del presente recurso de reposición. En este sentido, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo ha declarado que en aquellos casos en que el demandante pudo combatir el acto en el recurso de reposición, sería inútil retrotraer las actuaciones para que se diese un nuevo trámite de audiencia, siendo así que las alegaciones que pudiera formular el interesado ya fueron expuestas en el recurso administrativo, por lo que la retroacción de actuaciones supondría una repetición innecesaria (p.e. STS de fecha 12 de diciembre de 1995; STS de fecha 4 de mayo de 1998; STS de fecha 24 de mayo de 2004, entre otras muchas).

Por ello, aun de haberse producido la supuesta indefensión de Abertis por falta de audiencia en cuanto a tal extremo (circunstancia que como hemos dicho no acaece, pues Abertis, en su cualidad de interesado, pudo haber accedido a la totalidad de alegaciones de Ses Astra), la misma habría quedado sanado en el presente estadio procedimental en el que Abertis ha podido alegar cuantas cuestiones se le planteaban en relación con dicho aspecto; alegaciones que han recibido cumplida respuesta en el marco del presente Fundamento.

SEGUNDO.- Sobre la supuesta vulneración del principio de neutralidad tecnológica.

Otro de los motivos de impugnación formulados por Abertis se centra en la supuesta infracción del principio de neutralidad tecnológica, al incluir la resolución recurrida mejores condiciones para los servicios prestados mediante satélite que para el resto de tecnologías.

El principio de neutralidad tecnológica se contempla en el artículo 3.f) de la LGTel, dedicado a los objetivos y principios de la norma, que recoge las previsiones al respecto de la Directiva Marco² en su artículo 8.1. Tal y como alega la recurrente, con cita de la doctrina del Tribunal Supremo, los términos en los que está redactada la directiva permiten concluir que se puede conjugar este principio con la consecución de otros objetivos. La flexibilidad con la que se recoge este principio evidencia que no se trata de un mandato inexorable, sino que el legislador o las autoridades nacionales de reglamentación podrían adoptar medidas en las que no fuera posible mantener una absoluta neutralidad entre las distintas tecnologías siempre que dicha medida tecnológicamente esté justificada, sin que fuese posible adoptar otra equivalente y respetuosa con el referido principio, y no suponga ignorar el principio de proporcionalidad con los objetivos perseguidos.

Abertis niega que exista una justificación suficiente para la reducción del plazo y del precio fijado en el caso del acceso para el servicio de transporte por satélite respecto de otras tecnologías.

Sin embargo, esta Comisión no comparte esa opinión: tal y como se explica en la resolución recurrida (punto 2.1.2.4), las actuaciones correspondientes a la provisión de ese servicio son más

² Directiva 2002/21 /CE, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco)



reducidas que las necesarias para otras tecnologías. Sería contrario al principio de neutralidad tecnológica que, en igualdad de condiciones, el tratamiento de una solución técnica obtuvieran una respuesta regulatoria diferenciada. Pero ese presupuesto no se produce en el caso que nos ocupa: la oferta de referencia contiene un procedimiento de provisión de servicios mayoristas que incluye diversas actuaciones que no son las mismas para cada tecnología. Por lo tanto, no tiene nada de desproporcionado, ni contradice el principio de neutralidad tecnológica, el hecho de que la tecnología que requiera menos actuaciones por parte de Abertis prevea un plazo menor de provisión y un precio inferior.

Abertis no se preocupa en acreditar que las consideraciones de esta Comisión son erróneas y que la provisión del servicio de transporte por satélite requiera el mismo plazo para completar las actuaciones de análisis de viabilidad y replanteo sobre el terreno, y se limita a realizar una serie de manifestaciones generales que no desvirtúan las conclusiones de esta Comisión. La recurrente tampoco explica en qué consiste la alegada “*clara ventaja competitiva*” otorgada a los operadores que usan una tecnología satelital. La reducción del plazo o del precio de provisión del servicio operada en la resolución recurrida no parece que sea un criterio determinante para un posible cliente, o al menos no se ha acreditado así a lo largo de la instrucción del procedimiento. Al contrario, los importantes costes de cambio y la duración de los contratos, con frecuencia vinculados a la duración de las concesiones, hacen difícil creer que aspectos como los destacados por la recurrente supongan una ventaja competitiva determinante a favor del operador con una tecnología que permite beneficiarse de las mejores condiciones a las que se Abertis se opone.

Finalmente, y sin perjuicio de lo anterior, no se puede obviar que el principio de neutralidad tecnológica debe combinarse con el resto de objetivos previstos en el artículo 3 de la LGTel, entre los que también se encuentra la promoción de la inversión, el despliegue de nuevas redes y el desarrollo de la industria de telecomunicaciones, que también deben ser tenidas en cuenta por esta Comisión en el ejercicio de sus funciones.

TERCERO.- Análisis del resto de cuestiones planteadas por Abertis.

De forma subsidiaria a su petición de declaración de nulidad del acto recurrido, Abertis señala una serie de extremos que deberían reponerse.

En primer lugar, la reducción a 20 días para la provisión de acceso para el servicio de transporte por satélite en lugar del plazo de 45 días que se mantiene para la provisión del servicio de difusión terrestre. Abertis considera, al contrario que esta Comisión, y como ya hiciera durante la instrucción del expediente, que las fases necesarias para ese servicio no se diferencian del procedimiento general e incluyen un amplio elenco de actividades a desarrollar que dependerán de la instalación y que en muchas ocasiones implicarán la necesidad de una visita de replanteo.

Abertis no aporta ninguna novedad respecto de las alegaciones que ya expuso en su momento procedimental ni alega ninguna infracción de la normativa para sustentar su pretensión, lo que implica necesariamente su rechazo. En todo caso, baste recordar la menor complejidad de las tareas involucradas: en la modalidad de acceso para el servicio de transporte por satélite no se requiere el emplazamiento de varios paneles de difusión en tramos elevados de la torre, ni el montaje de numerosos equipos en la caseta; basta colocar una antena parabólica en tramos inferiores de la torre e instalar un equipo de baja potencia en el interior de la caseta. Ello supone una evidente simplificación de las tareas a realizar para la provisión del acceso.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

A continuación, Abertis se opone al esquema de precios para la provisión de acceso para el servicio de transporte por satélite por incluir solamente las horas de acompañamiento del personal de Abertis, pero no su aportación de valor. Propone unos precios fijos para cada una de las fases del procedimiento, de forma análoga a como se han fijado en el procedimiento estándar, aunque reduce el número de horas imputadas a cada actividad.

Esta Comisión considera razonable y proporcionado el planteamiento de la recurrente, de manera que es más acorde con el principio de imputación de costes la inclusión de tareas que exceden el mero acompañamiento, tales como estudios previos al replanteo, soporte técnico durante la visita y otros. No obstante, debido a la menor complejidad de las tareas a desarrollar para la provisión de acceso para el servicio de transporte por satélite respecto del procedimiento estándar, se considera más oportuno la reducción de las horas propuestas por Abertis.

Los precios aplicables serán los siguientes:

Precios para la provisión de acceso para el servicio de transporte por satélite		
Fase/actividad	Plazo (hrs.)	Precio €
Estudio de viabilidad de solicitudes de coubicación.	5	205
Replanteo del centro emisor (incluye desplazamiento)	7	287
Instalación y aceptación		
Instalación y aceptación efectuadas en una única intervención	Variable	56 € por hora
Aceptación efectuada en una intervención posterior a la instalación	6	246

El precio por hora para la instalación y aceptación efectuadas en una única intervención se corresponde con la situación más habitual de intervención programada en horario laboral. Se establecen los siguientes precios en función del tipo de intervención:

- Programada en horario laboral: 56 euros.
- Programada fuera del horario laboral: 71 euros.
- No programada en horario laboral: 62 euros.
- No programada fuera del horario laboral: 79 euros.

En tercer lugar, Abertis se opone a la inclusión de la valoración de la inversión dentro del plazo de 20 días para la redacción del estudio de viabilidad. Esta Comisión no considera que las causas alegadas (como la necesidad de recabar el consentimiento del operador demandante) justifiquen la modificación del plazo, pues los plazos de provisión pueden suspenderse por causas como la planteada, ajenas al operador. Tampoco es aceptable que la necesidad de subcontratar ciertas tareas pueda suponer una excusa para el incumplimiento de los servicios de acceso, pues, en todo caso, el cumplimiento en plazo se mantiene dentro del ámbito interno del operador. No obstante, esta Comisión coincide con Abertis en que la necesidad de realizar una valoración de inversiones sólo puede identificarse tras la realización previa del estudio de viabilidad. Si no se admitiese un plazo adicional para la primera, la identificación posterior de la necesidad de llevarla a cabo supondría una gran dificultad para cumplir los plazos. Por esta razón, se admite un plazo máximo de ocho días hábiles adicionales para realizar el estudio de viabilidad. Además, ello es congruente con el hecho de que en la resolución recurrida se reconoce un coste adicional para dicha tarea.



El cuarto aspecto de la resolución que Abertis considera anulable es la falta de fijación de un plazo de caducidad de las solicitudes de acceso. La recurrente alega que en caso contrario se permitiría la “reserva” de espacio de forma indefinida a favor de los operadores solicitantes, lo que contravendría la utilización eficiente de sus recursos y crearía inseguridad jurídica. Esta Comisión no comparte los temores de Abertis, ya que la tramitación de solicitudes también supone un coste para los operadores alternativos que desincentiva ese tipo de prácticas y garantiza que detrás de cada solicitud haya un interés real. En todo caso, en el hipotético caso de que se produjera la situación descrita por la recurrente, tanto el operador interesado en el espacio ocupado como Abertis, podrían acudir a esta Comisión para la resolución del conflicto.

En quinto lugar, Abertis solicita el incremento de los precios para las fases de estudio de viabilidad, valoración de inversiones y replanteo. La pretensión ya fue expuesta durante la instrucción del procedimiento y, de nuevo, la recurrente omite fundamentar su alegación en la infracción de alguna norma, limitándose a reiterar su petición de elevar el número de horas necesarias para esas tareas, sin justificar que los recogidos en la resolución recurrida sean insuficientes, pues los propuestos se basan en estimaciones no acreditadas ni demostradas fehacientemente. Es por ello que la petición debe ser rechazada.

Por similares motivos debe desestimarse la pretendida reposición de los precios recurrentes de las categorías inferiores de centros. Abertis alega que, debido al proceso de despliegue de la TDT, en su contabilidad de costes del año 2009 surgirán importantes desviaciones por la inclusión de un gran número de centros de pequeño tamaño y que, en aras de lograr estabilidad en los precios, deberían rebajarse las tarifas para los centros de categorías inferiores de conformidad con los datos de su contabilidad de costes de 2009. La resolución recurrida fija los precios mayoristas a partir de la contabilidad de Abertis del ejercicio 2008 por ser ésta la última auditada y aprobada por esta Comisión. El empleo de la contabilidad no auditada ni aprobada supondría inaplicar las resoluciones dictadas por esta Comisión en desarrollo de lo previsto en el artículo 20 del Reglamento de Mercados, en especial la de fecha 15 de julio de 1999, por la que se aprueban los principios, criterios y condiciones para el desarrollo del sistema de contabilidad de costes; la de fecha 21 de diciembre de 2006, en la que se revisaba la metodología para la estimación del coste de capital de los operadores dominantes, y establecía los criterios generales y método para la revisión de las propuestas de los operadores; y la de fecha 21 de mayo de 2009, por la que se actualizan los principios, criterios y condiciones para el desarrollo del sistema de contabilidad de costes.

El séptimo de los aspectos cuya reposición se pretende es la ampliación del plazo de solución de incidencias en días no laborables en los centros de tipo “D”. Estos centros son los de menor entidad y por eso se considera más proporcionado permitir el aplazamiento de la resolución hasta el siguiente día laborable cuando se produzca en fin de semana. No obstante, se mantiene lo establecido en la resolución recurrida con respecto al plazo de resolución de incidencias que en dichos centros se produzcan en días laborables (25 horas). Por lo tanto, se estima procedente incrementar el tiempo máximo adicional para incidencias fuera del calendario laboral para los centros de tipo “D” hasta las 34 horas en el caso de incidencias producidas en fines de semana o festivos.

En lo que se refiere a la resolución de incidencias en servicios de interconexión, Abertis señala la imposibilidad de cumplir con los niveles de servicio impuestos por esta Comisión en algunos centros (concretamente en 43), en los que, incluso, serían inferiores a los previstos en sus contratos con sus propios clientes. Sin embargo, esta Comisión no considera procedente establecer un régimen de niveles de servicio individualizado para cada centro, ya que la definición



de categorías de interconexión llevada a cabo tiene por objeto precisamente evitar excepciones mediante la asimilación de centros a categorías, tanto en la fijación de precios como en los niveles de servicio. No obstante, el examen del listado presentado por la recurrente permite identificar las tipologías donde la incidencia de discrepancias es más acusada y donde, por eso mismo, puede ser adecuado revisar los SLA fijados en la resolución recurrida. En concreto, se estima adecuado admitir cierta reducción de los SLA de interconexión en las tipologías de centros "ICXD3-B" (hasta 98,20); "ICXD3-A" (hasta 98,70); "ICXD4-B" (hasta 98,70) y "ICXD6-B (hasta 99,40)".

Finalmente, Abertis insiste en su solicitud de imposición de penalizaciones para los operadores demandantes de acceso (o "penalizaciones inversas"). La pretensión debe ser rechazada por cuanto la oferta mayorista es una obligación destinada a los operadores declarados con poder significativo en el mercado de referencia y no a los operadores que acuden a ella para la provisión de sus servicios. Las penalizaciones de las ofertas mayoristas tienen el carácter de cláusula penal de las previstas en el artículo 1152 del Código Civil para el caso de que las obligaciones del operador oferente resulten incumplidas o sean realizadas de forma incorrecta; cumplen una función de carácter indemnizatorio para los operadores a cuyo favor se establecen, de tal forma que opera como sustitutoria de la indemnización de daños y perjuicios. Esta naturaleza excluye su imposición a los operadores alternativos, pues si su objetivo es asegurar el cumplimiento de la oferta mayorista y así contribuir a la competencia efectiva en el mercado, los incumplimientos de los plazos de contestación establecidos para la provisión del servicio por parte de los solicitantes no perjudican más que a ellos mismos en la medida en que incumplan sus compromisos con sus propios clientes. Tampoco se aprecia en qué medida las penalizaciones inversas pueden colaborar a garantizar el acceso a los centros de Abertis en igualdad de condiciones.

CUARTO.- Sobre las alegaciones de SES Astra.

Al igual que ocurre con algunos de los motivos del recurso de Abertis, SES Astra plantea cuestiones que ya han sido resueltas en otras ocasiones por esta Comisión o durante la instrucción del procedimiento. Tampoco fundamenta todas sus pretensiones en alguna causa de nulidad o anulabilidad o infracción del ordenamiento jurídico. La recurrente insiste en la necesidad de que, en la modalidad de interconexión, se contemple a nivel del receptor digital de Abertis, pues en caso contrario sería imposible, a su juicio, configurar una oferta competitiva para los radiodifusores.

A esta cuestión se refiere expresamente la resolución recurrida³ y SES Astra no justifica en su recurso nuevos motivos que justifiquen su reposición: en anteriores ocasiones⁴ esta Comisión ya ha indicado que la interconexión formulada por Astra supondría el establecimiento de condiciones regulatorias más estrictas en un mercado no sometido a regulación *ex ante* (el de transporte) que en un mercado regulado (difusión), donde la modalidad de interconexión a nivel del conjunto multiplexor-sistema radiante de Abertis se reserva a emplazamientos insustituibles, en los que existe saturación del espacio disponible o en aquellas coberturas marginales destinadas a satisfacer los criterios de cobertura de población superiores al 93%. Además, hay importantes limitaciones técnicas y operativas que desaconsejan la propuesta de SES Astra.

SES Astra también se opone a algunos de los aspectos concretos de la oferta de referencia y alega la falta de adecuación de los costes recurrentes de acceso y coubicación, especialmente en

³ Ver página 48.

⁴ El asunto también fue tratado extensamente en la Resolución de fecha 22 de septiembre de 2010, relativa al recurso de reposición de Ses Astra contra la Resolución de fecha 13 de mayo de 2010, por la que se resolvía el conflicto de acceso e interconexión presentado por Ses Astra contra Abertis en relación con las condiciones de acceso a sus centros para la prestación de servicios de transporte de distribución satelital (AJ 2010/1158).



lo que se refiere a la inexistencia de precios de coubicación en torre y caseta adaptados a las dimensiones de las antenas parabólicas, el mantenimiento del bastidor como unidad de venta mínima o el coste fijo por equipo para el servicio de acceso a punto de energía

En cuanto a los precios de coubicación de elementos radiantes en mástil y caseta, se han calculado en función del panel estándar para la emisión de televisión digital, cuyas dimensiones son 60x100 centímetros. A partir de ahí, la oferta de referencia contiene los precios de esos elementos para diferentes tipologías de centros (hasta 17) y tres ubicaciones distintas en torre, además de otra adicional en el techo o en el muro de la caseta. Este desglose por categorías se estima adecuado, pues el detalle exhaustivo de todos los elementos susceptibles de instalación es desproporcionado y crearía una complejidad artificial a la oferta, que se limita a recoger los precios de uno de los elementos más representativos (el panel de difusión de televisión estándar), a partir del cual se calculan los precios imputables a otras opciones mediante la utilización de factores de conversión obtenidos tras el análisis de la relación entre las secciones del elementos estándar y el elemento a instalar. De esta manera, la oferta mayorista permite conocer los precios adaptados a cualquier instalación también a la modalidad de acceso de coubicación para elementos de recepción digital por satélite, tal y como explica Abertis en su escrito de alegaciones al recurso de SES Astra.

En lo que respecta a los precios de coubicación en el interior de la caseta, la cesión de bastidores completos responde a motivos operativos y de seguridad, de forma que se impida la producción de incidencias al manipular un operador equipos ajenos. El uso de un espacio propio en las modalidades de coubicación es una opción prevista en otras ofertas mayoristas, como la OBA, en la que por las mismas razones se evita que dos operadores compartan armario con el operador incumbente.

Finalmente la recurrente también rechaza el mantenimiento de un coste fijo de acceso a punto de energía por cada equipo coubicado con independencia del consumo o la tipología del equipo. A este respecto debe señalarse que el suministro eléctrico garantizado no se factura en todos los centros, sino tan sólo en los de mayor envergadura. El suministro de energía garantizado exige costosas inversiones en equipos (cuadros eléctricos, grupos electrógenos, equipos SAI, conmutadores, etc.) y elevados gastos de mantenimiento, por lo que no parece desproporcionado incluir esos costes en el precio del servicio, sobre todo si se tiene en cuenta su orientación a costes, como se ha comprobado con ocasión de la revisión del sistema de contabilidad de costes de Abertis.

En todo caso, SES Astra tiene la opción de rechazar la provisión de energía asegurada y sufragar solamente el componente variable en concepto de consumo eléctrico estándar. En caso contrario, de no ejercer esa facultad, parece proporcionado que Abertis le cobre el coste del servicio.

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE:

PRIMERO.- Estimar parcialmente el recurso de reposición de Abertis Telecom, S.A.U. contra la Resolución de fecha 7 de octubre de 2010, sobre la revisión de la oferta de referencia de Abertis,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

en el sentido expuesto en el fundamento de derecho Cuarto de esta resolución y, en consecuencia, modificar la resolución recurrida en los siguientes términos:

- Página 18 de 108, tercer párrafo, apartado 2.2.1.6. Los precios aplicables a la provisión de acceso para el servicio de distribución por satélite serán los siguientes:

Precios para la provisión de acceso para el servicio de transporte por satélite		
Fase/actividad	Plazo (hrs.)	Precio €
Estudio de viabilidad de solicitudes de ubicación.	5	205
Replanteo del centro emisor (incluye desplazamiento)	7	287
Instalación y aceptación		
Instalación y aceptación efectuadas en una única intervención	Variable	56 € por hora*
Aceptación efectuada en una intervención posterior a la instalación	6	246

El precio por hora para la instalación y aceptación efectuadas en una única intervención se corresponde con la situación más habitual de intervención programada en horario laboral. Se establecen los siguientes precios en función del tipo de intervención:

- Programada en horario laboral: 56 euros.
 - Programada fuera del horario laboral: 71 euros.
 - No programada en horario laboral: 62 euros.
 - No programada fuera del horario laboral: 79 euros.
- Página 13 de 108. Punto 2.2.1.2. (Estudio de viabilidad y valoración de inversiones). Para la realización de la tarea de valoración de inversiones se añade un plazo máximo de ocho días hábiles adicional al previsto para la realización del estudio de viabilidad.
 - Página 36 de 108, tabla 1. El plazo máximo adicional de resolución de incidencias en días no laborables en centros de tipo D será de 34 horas, en lugar de 24.
 - Página 37 de 108, tabla 1. Se reducen los índices de continuidad semestral del servicio de interconexión en algunas tipologías ICXD. La tabla 1 quedará de la siguiente manera (en negrita, los cambios):

Tipología ICXD	Subtipología SLA	Índice continuidad semestral (propuesta Abertis)	Índice continuidad semestral (revisado CMT)
ICXD7	A	99,60	99,90
	B	99,35	99,60
ICXD6	A	99,60	99,80
	B	99,35	99,40
ICXD5	A	99,35	99,70
	B	98,50	99,00



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

ICXD4	A	99,35	99,50
	B	98,50	98,70
ICXD3	A	98,50	98,70
	B	98,00	98,20
ICXD2	A	98,50	98,50
	B	98,00	98,00
ICXD1	A	98,50	98,50
	B	98,00	98,00

SEGUNDO.- Requerir a Abertis Telecom, S.A.U. para que en el plazo de cinco días desde la notificación de la presente resolución introduzca los cambios a los que se refiere el anterior “resuelve” en su oferta de referencia, que deberá estar publicada en su página web.

TERCERO.- Desestimar el recurso de reposición de SES Astra Ibérica, S.A. contra la Resolución de fecha 7 de octubre de 2010, sobre la revisión de la oferta de referencia de Abertis,

Este 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 mediante Resolución de su Consejo de fecha 20 de diciembre de 2007 (BOE núm. 27, de 31 de enero de 2008), con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, 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, sin perjuicio de que los interesados puedan ejercitar cualquier otro recurso que estimen procedente en defensa de sus derechos en virtud de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

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