



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 número 31/09 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 23 de septiembre de 2009, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en relación con la tramitación del procedimiento número RO 2009/226, se aprueba la siguiente

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE PONE FIN AL CONFLICTO PLANTEADO POR TELELÍNEA LOCAL, S.A. POR LA GESTIÓN DEL MÚLTIPLE DIGITAL 63 EN LA DEMARCACIÓN LOCAL DE LA PALMA (TL05TF).

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Escrito presentado por TELELÍNEA LOCAL, S.A.

Con fecha 5 de febrero de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telélinea Local, S.A. (en adelante, Telélinea) por el que viene a presentar conflicto frente a Canal Ocho Medios Audiovisuales, S.L. (en adelante, Canal Ocho) por la gestión del múltiple digital 63 en la demarcación local de La Palma (TL05TF).

En su escrito, Telélinea expone, básicamente, lo siguiente:

- Que Telélinea es concesionaria del servicio público de televisión en la demarcación local de La Palma (TL05TF), canal múltiple 63 junto con RTV Islas Canarias, S.L. (en adelante, RTV) y Canal Ocho.
- Que Telélinea ha intentado lograr la unanimidad de los concesionarios de este canal múltiple *“con el objeto de que el servicio de transmisión de señal se llevase a cabo por una entidad de transporte de señal, consensuada por ellos”*.



- Que para ello se dirigió a todos los concesionarios y les convocó a una reunión el 25 de septiembre de 2008 en las oficinas de RTV en Madrid.

En dicha reunión se acordó por mayoría de los asistentes designar como gestor del múltiple a Retevisión I, S.A. (en adelante, Abertis). Posteriormente, se dio traslado del acta de dicha reunión a los organismos correspondientes de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante, SETSI), para la aprobación del correspondiente proyecto técnico.

- Que Canal Ocho, la única concesionaria del múltiple que no asistió a la reunión, utiliza su propio servicio portador, interfiriendo la señal del Teléfonía e impidiendo que sus contenidos lleguen a los ciudadanos de la demarcación.

Por lo anterior, Teléfonía solicita la intervención de esta Comisión en la controversia suscitada para que determine *“si ha de estarse a la decisión adoptada por mayoría por Teléfonía Local, S.A. y RTV Islas Canarias, de que sea Retevisión la que preste el servicio portador de la señal en la demarcación de La Palma (TL05TF) o, por el contrario, todos los operadores habrán de transmitir la misma, empleando las redes de Canal 8 Tenerife, S.L. la única concesionaria que no se atiene al criterio de la mayoría”*.

Con fecha de entrada 2 de marzo de 2009 Teléfonía presentó nuevo escrito reiterando las alegaciones formuladas en su escrito anterior.

SEGUNDO.- Comunicación a los interesados del inicio del procedimiento y requerimientos de información.

Mediante escritos del Secretario de la Comisión de 4 de marzo de 2009 se comunicó a Teléfonía, RTV y Canal Ocho el inicio del procedimiento así como se les requirió determinada información.

En concreto, a Teléfonía se le requirió la siguiente información:

- Copia del burofax de fecha 18 de septiembre de 2008 recibido por Teléfonía por el que se procedió a convocarle a la reunión que se iba a celebrar el 25 de septiembre de 2008 en la oficina de RTV, sita en la calle Serrano, núm. 41 de Madrid.
- Copia del Acta de la reunión de los adjudicatarios del múltiple digital de La Palma (TL05TF) firmado por los asistentes a dicha reunión.
- Acreditación de la remisión a los demás concesionarios del múltiple digital 63 en la demarcación de local de La Palma (TL05TF) de la oferta comercial de Abertis.

Por su parte, se requirió a RTV la siguiente información:

- Copia del burofax de fecha 18 de septiembre de 2008 recibido por RTV por el que se procedió a convocarle a la reunión que se iba a celebrar el 25 de septiembre de 2008 en la oficina de RTV, sita en la calle Serrano 41 de Madrid.
- Copia del Acta de la reunión de los adjudicatarios del múltiple digital de La Palma (TL05TF) firmado por los asistentes a dicha reunión.



Y, por último, se requirió a Canal Ocho la siguiente información:

- Copia del burofax de fecha 18 de septiembre de 2008 recibido por Canal Ocho por el que se procedió a convocarle a la reunión que se iba a celebrar el 25 de septiembre de 2008 en la oficina de RTV, sita en la calle Serrano, núm. 41 de Madrid.
- Copia del burofax enviado por Canal Ocho en el que solicitaba cambiar de fecha la reunión convocada mediante el burofax anterior de 18 de septiembre de 2008.
- Copia del burofax de fecha 24 de septiembre de 2008 recibido por Canal Ocho en el que se daba contestación al burofax anterior.
- Motivos por los que no acudió a la reunión de 25 de septiembre de 2008 y por los que disiente de la elección de Abertis como gestor del múltiple 63.
- Identificación del prestador del servicio portador de la señal de televisión que actualmente transmite la señal de Canal Ocho.

TERCERO.- Escrito de Telélinea.

Con fecha 3 de marzo de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telélinea, en el que realiza las siguientes alegaciones:

- Que *“Telélinea, S.A. no ha recibido en ningún momento burofax al objeto de convocarle a la reunión que se celebró el 25 de septiembre de 2008 en las oficinas de RTV Islas Canarias, dado que mi representada fue informada y convocada telefónicamente por ésta, procediéndose a confirmar la asistencia de la misma forma, tal y como se expresa en el burofax remitido por RTV Islas Canarias, S.L. a Canal 8 Medios Audiovisuales, S.L.”*.
- Que el acta original de la reunión de los adjudicatarios del múltiple digital de La Palma (TL05TF) se encuentra en poder de la Viceconsejería de Comunicación y Relaciones con los Medios del Gobierno de Canarias, y que la copia de dicha acta *“será remitida a esa Comisión en el menor tiempo posible, una vez haya sido devuelta por el Gobierno de Canarias”*.

Telélinea adjunta a su escrito copia del Burofax remitido por parte de RTV, convocante y organizadora de la reunión que se celebró el pasado 25 de septiembre de 2008, por el que se convocaba a Canal Ocho a la referida reunión, así como copia del escrito dirigido a la Viceconsejería de Comunicación y Relaciones con los Medios del Gobierno de Canarias a los efectos de la concesión del dominio público radioeléctrico y la aprobación del correspondiente proyecto técnico.

Telélinea no adjunta acreditación alguna relativa a la remisión a los demás concesionarios del múltiple digital 63 de la demarcación de La Palma (TL05TF) de la oferta comercial de Abertis, tal y como se solicitaba en el requerimiento de información remitido por esta Comisión.



CUARTO.- Escrito presentado por RTV.

Con fecha de 26 de marzo de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de RTV, en el que realiza las siguientes alegaciones:

- Que RTV *“no ha recibido en ningún momento burofax alguno al objeto de convocarle a la reunión que se celebró el 25 de septiembre de 2008 en las oficinas en Madrid de RTV Islas Canarias, dado que mi representada fue la entidad convocante y organizadora de la reunión por lo que se entendió no era necesario autorremitirse un burofax para asistir a la reunión”*.
- Que el acta original de la reunión de los adjudicatarios del múltiple digital de La Palma (TL05TF) se encuentra en poder de la Viceconsejería de Comunicación y Relaciones con los Medios del Gobierno de Canarias, y que la copia de dicha acta será remitida a esta Comisión tan pronto como haya sido devuelta por el Gobierno de Canarias.

RTV junta a su escrito copia del Burofax remitido por parte de RTV, convocante y organizadora de la reunión que se celebró el pasado 25 de septiembre de 2008, por el que se le convocaba a Canal Ocho a la referida reunión, así como copia del escrito dirigido a la Viceconsejería de Comunicación y Relaciones con los Medios del Gobierno de Canarias a los efectos de la concesión del dominio público radioeléctrico y la aprobación del correspondiente proyecto técnico.

QUINTO.- Escrito presentado por Canal Ocho.

Con fecha 30 de marzo de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Canal Ocho por el que aporta copia del burofax por el que se procede a convocarle a la reunión de 25 de septiembre de 2008 en la oficina de RTV en Madrid, copia del burofax enviado por Canal Ocho por el que solicita cambiar de fecha la reunión y copia del burofax recibido por Canal Ocho en contestación al anterior. Asimismo, en dicho escrito Canal Ocho realiza las siguientes alegaciones:

- Que los motivos por los que no acudió a la reunión convocada por RTV y Teléfonía el 25 de septiembre de 2008 en Madrid son de naturaleza personal, y *“se pusieron en conocimiento de los representantes de la entidad convocante [...], con quien mantuve conversaciones telefónicas a fin de encontrar lugar y fecha alternativos, más adecuados a estas circunstancias, tal como proponían ellos mismo en el fax remitido”*.
- Ante la falta de respuesta *“se cursó el burofax de contestación, de fecha 22 de septiembre de 2008 (doc. nº 3), en el cual, respondiendo a la posibilidad que ofrecían de acordar en su caso, nueva fecha y lugar, proponemos celebrar la reunión en S/C de La Palma, lugar de fácil, económico y rápido acceso desde Tenerife, y en definitiva Isla a cuya demarcación se refiere la reunión, bien en La Laguna (Tenerife), por ser el más factible para mi asistencia”*.
- Que con fecha 24 de septiembre de 2008 recibieron otro burofax en el que sin dar contestación a la sugerencia de reunión alternativa se confirma que *“la reunión se llevaría a cabo tal y como estaba propuesta, el día 25/09/08”*.



- Que Canal Ocho *“no ha recibido propuesta alguna efectuada por las restantes concesionarias, siendo así que ella remitió a las demás la propuesta técnica de la que disponía, ofrecida por Atlantis Digital Telecom, S.L., cuyo proyecto técnico es el que presentó a la administración autonómica”*.
- Que han tenido conocimiento de la propuesta efectuada por Abertis, porque la misma obra en el expediente administrativo del concurso tramitado por la Administración autonómica.

Canal Ocho acompaña a su escrito copia de los burofaxes enviados a RTV y Telelína adjuntando la propuesta de Atlantis Digital Telecom, S.L. (en adelante, Atlantis) y copia de la propuesta técnica y económica que les hizo llegar.

SEXTO.- Escrito de alegaciones de Telelína.

Con fecha 30 de marzo de 2008 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telelína por el que aporta copia firmada del Acta de la reunión de los adjudicatarios del múltiple digital La Palma (TL05TF).

SÉPTIMO.- Escrito de alegaciones de RTV.

Con fecha 4 de abril de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de RTV por el que aporta copia firmada del Acta de la reunión de los adjudicatarios del múltiple digital La Palma (TL05TF).

OCTAVO.- Informe de audiencia.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 17 de junio de 2009 y de acuerdo con lo establecido en el artículo 84 de la LRJPAC, se procedió a la apertura del trámite de audiencia, en el que los Servicios de la Comisión informaron sobre las diferentes cuestiones objeto del procedimiento, otorgando un plazo de 10 días a las partes, a fin de que alegaran y presentaran los documentos y justificaciones que estimasen pertinentes.

NOVENO.- Escrito de alegaciones de TELELÍNEA.

Con fecha 8 de julio de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Telelína por el que formula una serie de alegaciones al informe de audiencia remitido. En concreto, Telelína manifiesta lo siguiente:

- Que si bien el informe de audiencia se atiende a la realidad, el mismo se limita en sus conclusiones al contemplar una única hipótesis *“[L]a que se daría si se pidiese por parte de Canal 8 Medios Audiovisuales, S.L. la retroacción del procedimiento”*. No obstante, Telelína considera que la Resolución que ponga fin al procedimiento debería determinar *“qué ocurrirá si no se pide la retroacción del expediente por dicha entidad o si, en caso de que se pida, se vuelve a acordar por mayoría, tras conocerse los informes técnicos de los distintos gestores del múltiple propuesto, que sea Retevisión I, S.A. la gestora del múltiple”*.



- Que con arreglo a la información que ha podido acceder Telelnea *“la propiedad de Canal 8 Medios Audiovisuales, S.L. y de la empresa que propone como gestora del múltiple, Atlantis Digital Telecom, S.L. es común”, de esta manera, señala Telelnea “la situación en la que se encuentra la difusión de la señal es de parálisis total, como consecuencia de la imposición unilateral por una de las concesionarias del servicio portador de la señal que sólo ella controla y que constituye una manifiesta ilegalidad y un abuso de derecho”.*

DÉCIMO.- Escrito de Canal Ocho.

Con fecha 10 de julio de 2009 tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Canal Ocho por el que formula una serie de alegaciones al informe de audiencia remitido. En concreto, Canal Ocho manifiesta su conformidad en cuanto a la relación de hechos como con la propuesta del informe de audiencia. Asimismo, realiza las siguientes alegaciones:

- Que Canal Ocho *“niega legitimidad alguna al proceso en virtud del cual consideran haber llegado a un acuerdo vinculante para la gestión del múltiple y la elección del prestador del servicio portador de la señal, considerando tanto o más legítima la actuación seguida por mi representada, que ha hecho un ofrecimiento real de su propuesta, sin recibir respuesta”.*
- Que el criterio fundamental para proceder a la elección del gestor de múltiple digital debe ser el de *“la mejor gestión, tomando en consideración estrictamente el ámbito de cada demarcación”.*
- Que Canal Ocho entiende que *“la regla de la mayoría que defienden los concesionarios y esta CMT no es conforme a la disposición legal señalada y definida en el Real Decreto 439/2004 [...] la Disposición adicional tercera citada también se refiere a la necesidad de establecer de común acuerdo “la mejor gestión de todo lo que afecta al canal múltiple en su conjunto”, de lo se traduce la necesidad de adoptar de común acuerdo cualquier decisión que afecte a la gestión del múltiple y/o que esta sea la mejor”.*
- Que la propuesta *“ofrecida por Atlantis Digital Telecom, S.L. es técnicamente mejor y económicamente más ventajosa que la de Abertis”.*
- Que *“aun para el caso de ser válida la simple regla de mayoría [...] el múltiple digital lo forman cuatro canales: dos canales no constituyen mayoría. Efectivamente, cuando se adjudique el cuarto canal en régimen de gestión directa a una administración local ¿en qué situación habría de quedar el teórico “acuerdo” impuesto por dos sobre un tercero?”.*

DECIMO PRIMERO.- Escrito de RTV Islas Canarias.

Con fecha 13 de julio de 2009 tuvo entrada en el registro de esta Comisión escrito de RTV por el que manifiesta alegaciones al informe de audiencia en términos similares a lo manifestados por Telelnea en su escrito fecha 8 de julio de 2009.



II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Habilitación competencial y objeto del procedimiento.

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

Para el cumplimiento de su objeto, el artículo 48.3 m) de la LGTel atribuye a esta Comisión “cualesquiera otras [funciones] que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Ciencia y Tecnología”.

De conformidad con lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera del Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Local (en adelante, Real Decreto 439/2004), esta Comisión es competente para resolver “los conflictos que puedan surgir entre las entidades que accedan al aprovechamiento de programas dentro de un mismo canal múltiple de televisión digital local en conformidad con lo establecido en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”.

Por otra parte, la Disposición transitoria octava de la LGTel señala que “[L]a Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones seguirá ejerciendo las funciones en materia de fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales que le atribuye la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, en los términos previstos en la misma, en tanto no entre en vigor la nueva legislación del sector audiovisual”.

El presente procedimiento tiene por objeto dar solución a la controversia existente entre los concesionarios interesados en lo que afecta a la elección del gestor del múltiple digital y del prestador del servicio portador soporte del servicio de difusión de la señal de televisión por ondas terrestres en la demarcación de La Palma (TL05TF), por lo que, en definitiva, esta Comisión resulta competente para conocer el presente conflicto instado por Telélinea.

SEGUNDO.- Sobre el múltiple digital TL05TF objeto del presente procedimiento.

Tal y como se ha indicado, el presente procedimiento tiene por objeto resolver la controversia surgida por la gestión del múltiple digital 63 en la demarcación de La Palma (TL05TF), recogido en el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Local (en adelante, PTNTDTL), modificado por el Real Decreto 2268/2004, de 3 de diciembre.

Mediante Anuncio de 22 de noviembre de 2006 de la Viceconsejería de Comunicación de la Comunidad Autónoma de Canarias se convocó concurso público relativo a la adjudicación de concesiones para la explotación de canales digitales del servicio de televisión digital terrestre de ámbito local con cobertura municipal o insular, en régimen de



gestión indirecta, en la Comunidad Autónoma de Canarias. Posteriormente, mediante Decreto 377/2007, de 16 de octubre, se resolvió la adjudicación de las citadas concesiones, resultando adjudicatarias del canal múltiple 63 en la demarcación de La Palma (TL05TF) las siguientes entidades:

- Telélinea Local, S.A.
- RTV Islas Canarias, S.L.
- Canal Ocho Medios Audiovisuales, S.L.

Conforme al artículo 3 del Decreto 163/2006, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento que regula el procedimiento de otorgamiento de las concesiones y el régimen de gestión directa, por corporaciones municipales e insulares, de canales digitales de televisión de ámbito local en la Comunidad Autónoma de Canarias, “*se reserva un canal digital dentro de cada múltiple digital de ámbito municipal para su gestión directa por los Ayuntamientos*”. En consecuencia, el cuarto canal digital del múltiple TL05TF será prestado en régimen de gestión directa por los Ayuntamientos de los municipios integrantes de la demarcación. A la fecha de emisión de la presente Resolución, la concesión para la gestión directa de dicho canal digital no ha sido adjudicada todavía.

TERCERO.- Sobre la gestión del múltiple digital.

La función de gestión del múltiple digital surge con la introducción de la televisión digital terrestre (en adelante, TDT). La Disposición Adicional tercera del Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, establece lo siguiente:

“La titularidad de la concesión de dominio público radioeléctrico, aneja a la concesión del servicio de televisión digital local, será compartida entre las entidades que accedan al aprovechamiento de programas dentro de un mismo canal múltiple.

Las entidades que accedan al aprovechamiento de programas dentro de un mismo canal múltiple de televisión digital local, sin perjuicio del derecho exclusivo a su explotación, establecerán de común acuerdo entre sí la mejor gestión de todo lo que afecta al canal múltiple en su conjunto o las reglas para esa finalidad.

Sin perjuicio de las competencias que correspondan a las Comunidades Autónomas, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones arbitrará en los conflictos que puedan surgir entre las entidades que accedan al aprovechamiento de programas dentro de un mismo canal múltiple de televisión digital local en conformidad con lo establecido en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”.

Por su parte, del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de la Televisión Digital Terrestre establece en su Disposición adicional sexta que:

“Las entidades que accedan a la explotación de canales dentro de un mismo múltiple digital, sin perjuicio del derecho exclusivo a su explotación, deberán asociarse entre sí para la mejor gestión de todo lo que afecte al múltiple digital en su conjunto o establecer las reglas para esa finalidad.

Los conflictos que surjan entre las entidades por la gestión del múltiple digital serán resueltos por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”.



En definitiva, las citadas disposiciones establecen la fórmula o el criterio de común o mutuo acuerdo entre todos los concesionarios de un múltiple digital para realizar la gestión del mismo.

Este criterio ha sido confirmado por la Orden ITC/2212/2007, de 12 de julio, por la que se establecen obligaciones y requisitos para los gestores de múltiples digitales de la televisión digital terrestre y por la que se crea y regula el registro de parámetros de información de los servicios de televisión digital terrestre (en adelante, Orden ITC/2212/2007).

De conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la Orden ITC/2212/2007 “*se entenderá por gestor del múltiple digital de televisión digital terrestre, a la entidad encargada de la organización y coordinación técnica y administrativa de los servicios y medios técnicos, ya sean compartidos entre distintas entidades habilitadas o de titularidad exclusiva de una sola de ellas, que deban ser utilizados para la adecuada explotación de los canales digitales que integran dicho múltiple digital*”.

Asimismo, según el citado artículo 2, la actividad de gestor del múltiple digital puede ejercerse:

- a) En todo caso, por operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas inscritos en el Registro de Operadores dependiente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, previo acuerdo libremente adoptado entre éstos y las personas físicas o jurídicas que dispongan del título habilitante para la prestación del servicio de televisión digital terrestre y que hayan obtenido el derecho de uso del dominio público radioeléctrico.
- b) En el caso que exista un único titular del derecho de uso del dominio público radioeléctrico correspondiente a la totalidad del múltiple digital, por dicho titular en régimen de autoprestación.
- c) En el supuesto en que existan distintos titulares de derechos de uso del dominio público radioeléctrico dentro de un mismo múltiple digital y cuando no se haya acordado el ejercicio de la actividad por uno de los operadores a que se hace referencia en el apartado a) anterior, dichos titulares podrán establecer de mutuo acuerdo la fórmula para la gestión del múltiple bien mediante la constitución de una persona jurídica u otra alternativa pero en todo caso sin ánimo de lucro y en régimen de autoprestación.

En definitiva, los concesionarios están obligados a ponerse de acuerdo en lo que respecta al prestador del servicio soporte de la TDT y la gestión del múltiple digital. Así, las entidades que compartan un mismo múltiple digital están obligadas a designar a una entidad que realice las tareas comunes que acuerden, estableciendo unas reglas comunes para dicha finalidad, o a asociarse para dicha gestión.

Sin embargo, la normativa no prevé las reglas para la adopción de tales acuerdos en el seno del múltiple y resolver los conflictos que se puedan producir en la forma de gestionar el múltiple digital.



Por ello, esta Comisión en la Resolución de 14 de febrero de 2008¹ interpretó los criterios establecidos en la normativa aplicable para decidir la fórmula de gestión del múltiple señalando lo siguiente:

“De esta forma, la Orden citada recoge dos opciones para el ejercicio de la actividad del gestor del múltiple, para el supuesto de que existan distintos titulares de derechos de uso del dominio público radioeléctrico dentro de un mismo múltiple:

a) *Autoprestación del servicio.*

Comenzando por la opción recogida en la letra c) del artículo 2.2 de la Orden ITC/2212/2007, los titulares de derechos de uso del dominio público radioeléctrico pueden establecer de común acuerdo la fórmula para la gestión del múltiple, constituyendo una entidad o asociación, con o sin personalidad jurídica, pero en todo caso desempeñando la actividad sin ánimo de lucro y en régimen de autoprestación.

Esta forma de gestión ha de acordarse por unanimidad, esto es, debe convenirse entre todos, porque tal y como está configurada en el Real Decreto 439/2004 y en la Orden citada, los concesionarios “pueden” asociarse, siendo un derecho, pero no pudiendo imponerlo ni el Real Decreto ni la Orden –en atención a la libertad negativa de asociación, sobre la que existe reserva de Ley, como ha señalado el Consejo de Estado en su Dictamen número 333/2004, de 11 de marzo de 2004, sobre el Proyecto de Real Decreto 439/2004-².

En función de la fórmula asociativa o corporativa elegida por todos, se les aplicaría una u otra regulación, pudiendo disponerse en todo caso las peculiaridades o pactos que se estimen convenientes, a través de Estatutos o de otra forma, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico³. La actividad puede incluso desempeñarse a través de acuerdos puntuales, sin constituirse una entidad concreta, como se está haciendo en algunos múltiples digitales.

En el caso que nos ocupa, los concesionarios no han acordado autoprestarse el servicio bajo esta opción, en la medida en que no han convocado a uno de los concesionarios para tomar dicha decisión. [...]

Sin embargo, la asociación tendría que haberse constituido entre todos los concesionarios, no pudiendo dos de los concesionarios integrantes de cada múltiple imponer a Canal 7 una asociación ni las reglas de su funcionamiento, cuando la normativa dictada al respecto ha establecido la libertad de decisión de las partes sobre esto extremos. [...]

La autoprestación de un servicio por una asociación o entidad exige que la actividad de prestación del servicio que desempeñe se dirija exclusivamente a las mismas sociedades socias, o miembros de la entidad, y no al mercado, lo que no ocurre si parte de las entidades a quien debe prestarle el servicio la entidad o grupo de sociedades de que se trate no integran dicho organismo. [...]

¹ Resolución de 14 de febrero de 2008 relativa al conflicto entre Canal 7 de Televisión, S.A. y Kiss TV Digital, S.L., Televisión Digital Madrid, S.L., e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión, S.L. en relación con la elección del gestor del múltiple digital y del prestador del servicio portador soporte del servicio de televisión digital local en Pozuelo de Alarcón, Aranjuez y Collado Villalba

² Dictamen del Consejo de Estado nº 333/2004, de 11 de marzo de 2004, sobre el Proyecto de Real Decreto 439/2004 “A juicio del Consejo de Estado, procede eliminar la preposición “para” antes del verbo “establecer”, de modo que se elimine la apariencia de una obligación de asociación sobre la que existiría reserva de Ley (por afectar a la libertad negativa de asociación). En realidad, para obtener la finalidad perseguida basta con que las entidades que accedan al aprovechamiento de programas dentro de un mismo canal múltiple establezcan de común acuerdo las reglas para la gestión de sus intereses comunes o que en su defecto sea la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la que dé solución a los conflictos que surja”.

³ Artículo 1255 Cc: “A las leyes, a la moral y al orden público”.



b) *Prestación por un operador de comunicaciones electrónicas*

La segunda opción recogida en el artículo 2.2.a) de la Orden ITC/2212/2007, es la prestación del servicio por un operador de comunicaciones electrónicas, previo acuerdo libremente adoptado entre éste y los concesionarios.

El Real Decreto y la Orden de continua referencia no precisan cómo ha de adoptarse dicho acuerdo. Las expresiones “de común acuerdo” y “de mutuo acuerdo” citadas significan convenio entre dos o más personas realizado recíprocamente. Es decir, que implica correspondencia, bilateralidad o igualdad entre las partes, lo que se traduce en la existencia de un requisito fundamental y esencial de ese acuerdo, que es la convocatoria de todos los participantes y, en principio, la participación de todos los que deben adoptar la decisión de que se trate.

En defecto de acuerdo entre los concesionarios, se puede discrepar en cuanto a la exigencia de la unanimidad o la mayoría entre los concesionarios. Sin embargo, esta Comisión entiende que la regla para elegir al gestor del múltiple debe ser la de la mayoría y no la de la unanimidad [...]. A juicio de esta Comisión, la exigencia de la unanimidad para la adopción de cualquier tipo de acuerdos en el seno de los múltiples conllevaría la paralización de la gestión misma –dadas las desavenencias manifestadas por los interesados, y que se pueden producir en relación con cualquier decisión posterior-. Como se ha señalado con anterioridad, es fundamental que la gestión del múltiple se haga de la forma más eficiente posible para garantizar la prestación de los servicios por cada uno de los concesionarios.

En este sentido, ha de optarse por la solución que contribuya mejor a dicha gestión y a evitar la ralentización en la toma de decisiones, por lo que no está justificado ni se entiende como razonable que el acuerdo de elección del gestor, o cualquier otro en el seno del múltiple, tenga que hacerse por unanimidad de los concesionarios. En definitiva, tal unanimidad supondría otorgar un derecho de veto absoluto y permanente a cualquier socio minoritario.

No existe un régimen jurídico de aplicación supletoria al que acudir en lo que se refiere a las reglas de adopción de acuerdos, toda vez que cada forma societaria o colectividad tiene su regulación específica. Sin embargo, la adopción de acuerdos o decisiones normalmente se lleva a cabo por mayoría. Así se señala en el artículo 398 del Código Civil [...] para los actos de administración de la cosa común (reservándose la unanimidad para los actos de disposición), en el artículo 93 del Texto Refundido de la Ley de Sociedades Anónimas [...], aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, o en los artículos 43 y 53 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada [...]

Más aún, la normativa aplicable a los distintos tipos de sociedades limita la utilización de la regla de la unanimidad con carácter general. Así, el artículo 53.3 de la Ley de Sociedades Limitadas señala la posibilidad de que los estatutos puedan exigir un porcentaje de votos superior al establecido por la Ley, “sin llegar a la unanimidad”. O el artículo 103 de la Ley de Sociedades Anónimas prevé aquellos supuestos en que se precisa un reforzamiento en quórum para la válida constitución de la Junta y la adopción de los acuerdos y prevé la posibilidad de que los Estatutos refuercen dichos quórum y mayorías legales, pero, sin embargo, como ha señalado la Dirección General de Registros y del Notariado, los Estatutos de la sociedad no pueden exigir el voto unánime de los socios ni alcanzar “los aledaños de la unanimidad” (Resolución de la DGRN de 13 de enero de 1994).”

En definitiva, en aquellos múltiples digitales donde existan varios titulares de derechos de uso de dominio público radioeléctrico, la forma de gestión de dicho múltiple digital deberá



acordarse bien por unanimidad en el caso de que se opte por la autoprestación, o por mayoría en el caso de que se opte por la prestación del servicio de gestión por parte de un operador de comunicaciones electrónicas. Rechazándose de esta manera las objeciones realizadas por Canal Ocho en relación con la utilización del criterio de la mayoría para la elección del gestor del múltiple.

CUARTO.- sobre el conflicto por la gestión del múltiple digital 65 (TL05TF) en la demarcación de La Palma.

En el presente caso, de la documentación aportada y de los hechos relatados la opción elegida por los titulares de derechos de uso del espectro radioeléctrico del múltiple digital 63 en la demarcación de La Palma (TL05TF) es la recogida en el artículo 2.2.a) de la Orden ITC/2212/2007, es decir, que la prestación de la actividad de gestor del múltiple digital se realizará por un operador comunicaciones electrónicas.

Tal y como se ha indicado, la elección de dicho operador de comunicaciones electrónicas deberá realizarse en base al criterio de la mayoría.

Según se desprende de la documentación aportada, RTV y Teléfonía convocaron mediante burofax enviado el 18 de septiembre de 2008 a Canal Ocho a una reunión con el objeto de elegir al gestor del múltiple en cuestión, dicha reunión tendría lugar el 25 de septiembre de 2008 en Madrid. En el citado burofax se indicaba expresamente que *“rogamos contacten con nosotros lo antes posible para confirmar la reunión o, en su caso, acordar una nueva fecha”*.

Dicho burofax fue recibido por Canal Ocho el 19 de septiembre de 2008. Posteriormente, con fecha 23 de septiembre de 2008, Canal Ocho envió burofax a RTV en el que manifestaba que *“resulta imposible, por motivos personales, trasladarme a la reunión convocada con carácter urgente con el resto de integrantes del múltiple de la demarcación de La Palma (TL05TF), del próximo jueves 25 de septiembre de 2008 en Madrid. Igualmente, le comunico que no es posible que otra persona acuda en mi representación. Proponemos que dicha reunión sea celebrarla en S/C de La Palma o en San Cristóbal de La Laguna, en día y hora de esta semana o de la próxima semana que al resto de adjudicatarios le sea posible, acogiéndome a la posibilidad que en su escrito manifiesta de expresar alternativa”*.

No obstante lo anterior, RTV envió nuevo burofax a Canal Ocho en el que indicaba que la reunión *“se celebrará, no sólo debido a que asistirán más de la mitad de los integrantes del múltiple, sino porque resulta materialmente imposible desconvocarla”*.

Así, con fecha 25 de septiembre de 2008, RTV y Teléfonía celebraron la citada reunión con la ausencia de Canal Ocho, en la que acordaron lo siguiente *“[C]on posterioridad a la evaluación de la propuesta de D. Gerardo Iracheta se procede a la correspondiente votación por los asistentes, quienes por unanimidad de los presentes, que conforman una mayoría de 2/3 de los concesionarios que comparte el múltiple, se decidió adoptar el siguiente acuerdo:*

Designar la actividad de gestor del múltiple de televisión digital terrestre de ámbito local en la demarcación de la palma (TL05TF), al operador de redes y servicios de comunicaciones electrónicas RETEVISIÓN I, S.A.”.



Tras esta reunión RTV y Teléfonía procedieron a realizar los trámites correspondientes para la puesta en marcha de las televisiones (solicitud a esta Comisión de los parámetros correspondientes, aprobación de proyecto técnico correspondiente por parte de la SETSI, etc.).

Y, de la misma manera, en noviembre de 2008 Abertis procedió al inicio de las emisiones en prueba. Sin embargo, una vez iniciadas las emisiones, y según consta en el Informe Pericial realizado por el propio Abertis aportado junto al escrito de Teléfonía, “se ha encontrado que Canal 8 La Palma ha iniciado emisiones en el mismo canal y para el mismo ámbito de cobertura” y que, en consecuencia, “[E]xisten dos emisiones de televisión digital para el múltiple referenciado como TL05TF, ambas en el canal 63 adjudicado por Real Decreto y ambas para el mismo ámbito de cobertura” y que “[L]a presencia de dos emisiones tiene como consecuencia la interferencia mutua entre ambas y como resultado la imposibilidad por parte de los usuarios de recibir ninguna de ellas”. Motivo por el cual, Teléfonía solicitó la intervención de esta Comisión.

A la vista de estas circunstancias esta Comisión debe analizar si se han respetado los principios esenciales aplicables a la elección del gestor del múltiple recogidos en la Resolución de 14 de febrero de 2008.

En efecto, en la citada Resolución esta Comisión señalaba los supuestos en lo que deberá intervenir para solucionar los conflictos que pudieran surgir en la elección del gestor del múltiple. Así, en dicha Resolución se establecía lo siguiente:

“El primer supuesto se producirá cuando no se pueda adoptar una decisión en cuanto al gestor del múltiple por ausencia de acuerdo de mayoría.

En segundo lugar, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones intervendrá cuando, aun habiendo mayoría, no se respeten una serie de principios esenciales o básicos aplicables ya sea a la elección del gestor del múltiple o al funcionamiento y organización del mismo. Tales principios básicos han de formularse con el objeto de proteger los derechos de la entidad que se puedan encontrar en minoría en esta agrupación legal y forzosa que es el múltiple que ha establecido la normativa aplicable. A la postre, nos encontramos ante un bien de naturaleza pública, como es la concesión de dominio público radioeléctrico, cuya titularidad es compartida por disposición imperativa”.

En la misma Resolución se establecieron una serie de criterios mínimos que deben ser de obligado cumplimiento, quedando el resto a la autonomía de voluntad de las partes, de acuerdo siempre con el principio de intervención mínima que debe presidir la actuación de esta Comisión. Y como garantía de los intereses cuya salvaguarda le encomienda la normativa aplicable a la Comisión, este principio de intervención mínima se matiza con la existencia de un mecanismo de resolución vinculante por este organismo de los conflictos que pudieran suscitarse en la interpretación o ejecución de los citados principios.

Así, en cuanto a la elección del gestor del múltiple digital, en la Resolución de 14 de febrero de 2008 se indicaba lo siguiente:

“Todos los concesionarios tienen derecho de participar en las negociaciones para elegir al gestor del múltiple digital. La contratación del gestor del múltiple digital debe hacerse siguiendo el principio de transparencia.



En el caso de que los concesionarios no adopten una decisión unánime y sean varios los operadores candidatos a prestar el servicio, debe establecerse un sistema entre concesionarios para que los distintos operadores de comunicaciones electrónicas interesados puedan presentar sus ofertas en el mismo periodo y plazos y los concesionarios puedan elegir entre las mismas disponiendo de idéntica información.

En estos supuestos y, a efectos de prevenir posibles conflictos y facilitar la intervención mínima de esta Comisión, las entidades interesadas en ser gestores de los múltiples y prestadores del servicio soporte harán llegar sus ofertas mediante alguna forma de la que quede constancia fehaciente –ya sea por notificación personal a cada uno de los concesionarios integrantes de los múltiples u otra forma–. Asimismo, debería quedar constancia de las negociaciones llevadas a cabo y de la decisión adoptada por mayoría. A este respecto, se entiende que corresponde un voto a cada uno de los concesionarios titulares de un canal digital.

Pues bien, de la documentación aportada por Canal Ocho se comprueba que con fecha 14 de marzo de 2008 dirigió sendos burofaxes a Telcel y a RTV⁴ en el que adjuntaba la propuesta de proyecto técnico de la empresa Atlantis. Sin embargo, ni Telcel ni RTV han aportado prueba de la remisión a Canal Ocho de la propuesta de proyecto técnico presentado por Abertis, que posteriormente aprobarían en la reunión de 25 de septiembre de 2008.

Es más, mediante escrito del Secretario de esta Comisión de 4 de marzo de 2009 se solicitó a Telcel “[A]creditación de la remisión a los demás concesionarios del múltiple digital 63 en la demarcación de local de La Palma (TL05TF) de la oferta comercial de Retevisión I, S.A.”, sin embargo, Telcel no aportó la citada acreditación.

Así lo señala también Canal Ocho en su escrito con fecha de entrada en el Registro de esta Comisión de 30 de marzo de 2009: “[D]estacar de entrada que mi representada, no habiendo podido asistir a la referida reunión por las razones expuestas, no ha recibido propuesta alguna efectuada por las restantes concesionarios, siendo así que ella remitió a las demás la propuesta técnica de la que disponía, ofrecida por Atlantis Digital Telecom, S.L., cuyo proyecto técnico es el que se presentó a la administración autonómica. No obstante, hemos podido tener conocimiento de la propuesta efectuada por Retevisión, a la que alude el escrito, porque la misma obra en el expediente administrativo del concurso tramitado por la Administración autonómica”.

En definitiva, Telcel y RTV no respetaron el principio de transparencia que debe regir el proceso de elección y contratación del gestor del múltiple digital.

Tal y como se ha comentado en el apartado anterior, en aquellos supuestos en los que existan distintos titulares de derechos de uso del dominio público radioeléctrico dentro de un mismo múltiple digital y que no vayan a autoprestarse la gestión del múltiple digital, el criterio para elegir el gestor será el de la mayoría.

Al margen de cualquier valoración que se pueda realizar sobre la convocatoria de la reunión de 25 de septiembre de 2008, en el presente caso dos de los tres concesionarios y, por tanto, la mayoría de concesionarios del múltiple, habían acordado que la gestión del múltiple digital se iba a realizar por Abertis. Sin embargo, al no haber remitido la oferta de

⁴ Si bien el burofax enviado por Canal Ocho estaba dirigido a la agrupación de televisiones locales Local Media TV c/ Serrano 41, 3ª, 28001 de Madrid, RTV Islas Canarias, S.L. forma parte de dicha agrupación.



Abertis a Canal Ocho con carácter previo, se habría vulnerado el principio de transparencia y buena fe que debe regir la elección del gestor del múltiple digital.

En efecto, en el caso de que los concesionarios no adopten una decisión unánime y sean varios los operadores candidatos a prestar el servicio de gestión del múltiple, el sistema de elección del gestor debe ser tal que permita a los distintos operadores de comunicaciones electrónicas interesados que puedan presentar sus ofertas en el mismo período y plazos, de tal manera que los concesionarios puedan elegir entre las mismas disponiendo de idéntica información. Y en el presente caso, RTV y Teléfonía no han respetado el principio de transparencia al no haber remitido a Canal Ocho la oferta de gestión del múltiple digital de Abertis.

Por todo lo anterior, y puesto que no se han respetado los citados principios, si Canal Ocho lo solicita a los demás concesionarios, deberán retrotraerse las actuaciones al momento en que se eligió al gestor del múltiple, previa convocatoria de la reunión a todos los concesionarios del mismo y previa remisión fehaciente de las ofertas de gestión del múltiple propuestas por aquéllos. La decisión sobre la elección del mismo se realizará conforme a lo indicado por esta Comisión a lo largo de la presente resolución por mayoría, correspondiendo un voto a cada concesionario del múltiple digital.

Dicha decisión debe ser respetada por todos los concesionarios, incluidos aquéllos cuya propuesta no haya resultada elegida.

De esta manera, se garantizan los principios de transparencia y buena fe que deben regir la elección del gestor del múltiple digital.

En sus alegaciones al informe de audiencia, tanto Teléfonía como RTV coinciden en la necesidad de establecer una serie de previsiones complementarias a lo anterior y que esta Comisión considera adecuadas para dar una solución completa al conflicto planteado.

Asimismo, en el caso de que Canal Ocho no solicite la retroacción de las actuaciones, se entenderá que acepta la decisión tomada sobre la elección del gestor del múltiple por los concesionarios del múltiple digital TL05TF en la reunión celebrada en Madrid el 25 de septiembre de 2008 a tales efectos.

No obstante, cabe recordar lo señalado por esta Comisión en su Resolución de 14 de febrero de 2008 “[L]a Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones también podrá intervenir en aquellos supuestos en los que, aun habiendo mayoría, la oferta elegida sea claramente inferior o insuficiente en determinados aspectos o cuando no garantice los servicios siguientes [...]”. En definitiva, esta Comisión podrá intervenir de oficio o a instancia de parte, cuando, aun habiendo mayoría, la oferta elegida es claramente inferior o insuficiente.

Por otra parte Canal Ocho plantea en su escrito en qué medida la decisión tomada ahora por mayoría por los tres concesionarios vincula al cuarto canal del múltiple digital reservado para la gestión directa. Pues bien, la Resolución de 14 de febrero de 2008 también incluía previsiones a este respecto:



“En el supuesto de que el cuarto programa del múltiple digital no esté aun funcionando, debe tenerse en consideración que los entes públicos que finalmente exploten dichos programas tendrán los mismo derechos de participación en los múltiples y modificarán el equilibrio de mayorías presente en el múltiple.

Se podría prever ya en las ofertas que presente los operadores de comunicaciones electrónicas la posible entrada del cuarto concesionario. En principio el cuarto concesionario tendrá que aceptar, para comenzar sus emisiones, al gestor del múltiple y prestador del servicio soporte contratado, si bien si tiene un oferta de otro operadores de comunicaciones electrónicas podrá presentarla a los demás concesionarios, quienes deberán tenerla en consideración en su momento”.

Por último, y según se alegan tanto Teléfonía y RTV, con arreglo a la información que han podido acceder ambas entidades, *“la propiedad de Canal 8 Medios Audiovisuales, S.L. y de la empresa que propone como gestora del múltiple, Atlantis Digital Telecom, S.L. es común”.* Para el caso de que así lo sea y sea elegido gestor del múltiple en cuestión, se deberán tener en cuenta las siguientes previsiones recogidas asimismo en la Resolución de 14 de febrero de 2008:

“En el supuesto de que el gestor del múltiple digital y prestador del servicio soporte sea una empresa en participación, en cuyo capital social participen parte de los concesionarios –pero no todos-, esta Comisión, a instancia de parte, vigilará más estrechamente el cumplimiento de los anteriores principios de transparencia y no discriminación. En estos casos, se podrá controlar que los precios de las ofertas no sean excesivos en relación con los costes subyacentes y se tendrán en cuenta y compararán los precios de todas las ofertas presentadas. Asimismo, se podrán supervisar los precios de transferencia y subvenciones dentro del grupo.

Ello es necesario en la medida en que tal situación pudiera traducirse en un tratamiento discriminatorio del concesionario que no participa en el gestor y se prevé al objeto de fomentar y garantizar una competencia efectiva en los mercados audiovisuales y de comunicaciones electrónicas y de salvaguardar la pluralidad de la oferta de los servicios de comunicaciones electrónicas (artículo 48.3.e) de la LGTel), y en orden a promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones y el despliegue de redes en condiciones de igualdad (artículo 3, apartados c) y e) de la LGTel).”

Vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión



RESUELVE

PRIMERA.- Teléfonía Local, S.A. y RTV Islas Canarias, S.L. deberán, si Canal Ocho Medios Audiovisuales, S.L. así lo solicita en el plazo de 15 días desde la notificación de la presente resolución, retrotraer las actuaciones al momento en que se acordó la elección de Retevisión I, S.A. como gestor del múltiple digital 63 de la demarcación de La Palma (TL05TF).

SEGUNDA.- Si se retrotraen las actuaciones, Teléfonía Local, S.A. y RTV Islas Canarias, S.L. y Canal Ocho Medios Audiovisuales, S.L. con carácter previo a la reunión deberán enviarse de manera fehaciente las correspondientes ofertas de gestión del múltiple. La decisión será adoptada por mayoría de votos de los concesionarios presentes en el múltiple digital.

TERCERO.- En el caso de que Canal Ocho Medios Audiovisuales, S.L. no solicite en el plazo de 15 días desde la notificación de la presente resolución la retroacción de las actuaciones, la elección Retevisión I, S.A. como gestor del múltiple digital 63 de la demarcación de La Palma (TL05TF) será plenamente eficaz.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior aprobado por Resolución del Consejo de la Comisión de fecha 20 de diciembre de 2007 (B.O.E. 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 la que se refiere el presente certificado, que pone fin a la vía administrativa, podrá interponerse, con carácter potestativo, recurso de reposición ante esta Comisión en el plazo de un mes desde el día siguiente al de su notificación o, directamente, recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.