



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

CERTIFICA:

Que en la Sesión 13/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 10 de abril de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba la:

RESOLUCIÓN POR LA QUE SE RESUELVE SOBRE LA PETICIÓN DE SUSPENSIÓN SOLICITADA POR LA ENTIDAD ABERTIS TELECOM, S.A.U. EN EL RECURSO DE REPOSICIÓN INTERPUESTO CONTRA LA RESOLUCIÓN DE 18 DE MARZO DE 2008 (AJ 2008/468).

En relación con la solicitud de suspensión incorporada al recurso de reposición interpuesto por Abertis Telecom, S.A.U. contra la Resolución de esta Comisión, de fecha 18 de marzo de 2008, por la que se resuelve el conflicto interpuesto por la entidad Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. en relación con las obligaciones de información de Abertis Telecom, S.A.U. para el acceso a sus centros (MTZ 2007/952), el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha adoptado, en su sesión núm. 13/08 del día de la fecha, la siguiente Resolución:

HECHOS

PRIMERO.- Con fecha 18 de marzo de 2008, el Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha dictado una Resolución por la se resuelve el conflicto interpuesto por la entidad Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. (en adelante, Axion) en relación con las obligaciones de información de Abertis Telecom, S.A.U. (en adelante Abertis) para el acceso a sus centros, resolviéndose en la parte dispositiva de la misma lo siguiente:

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

- ...
- *para los centros de la red nacional de ABERTIS TELECOM S.A.U. que componen la fase inicial de cobertura del 80% de la población establecida por el*



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el plan técnico nacional de la televisión digital terrestre, ABERTIS TELECOM S.A.U. deberá facilitar la información relativa al área de servicio cubierta por ABERTIS para cada frecuencia o rango solicitados por RED DE BANDA ANCHA DE ANDALUCIA S.A. Para ello, deberá entregar los diagramas de radiación de las antenas de ABERTIS para esa frecuencia.

...

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

SEGUNDO.- Con fecha 3 de abril de 2008 ha tenido entrada en el Registro de esta Comisión escrito presentado por el representante de Abertis en virtud del cual interpone recurso de reposición contra la Resolución a la que se refiere el antecedente de hecho anterior.

En dicho recurso se solicita a través del segundo otrosí digo la suspensión de la citada Resolución, en virtud de lo dispuesto en el artículo 111.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), en lo que respecta a la obligación general de entregar a Axion los diagramas de radiación de las antenas, particularmente, la de entregar los diagramas de radiación de las antenas de los emplazamientos en los que Axióon ha efectuado una solicitud de coubicación en el pasado, que establecen los resolves primero y cuarto de la citada Resolución. Solicita que la suspensión se declare hasta que se resuelva el recurso de reposición interpuesto o subsidiariamente, mientras que Axion no confirme la solicitud de coubicación y se especifique para qué frecuencia o rango se solicita.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

I. FUNDAMENTOS JURÍDICOS PROCEDIMENTALES.

PRIMERO.- Legitimación de la entidad recurrente.

En el escrito presentado por Abertis por el que se interpone recurso de reposición contra la Resolución de la Comisión de fecha 18 de marzo de 2008, se viene a solicitar por medio de otrosí digo la suspensión de la ejecución de la citada Resolución impugnada.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En aquella Resolución se procede a resolver el conflicto interpuesto por Axion en relación con las obligaciones de información de Abertis para el acceso a sus centros, por lo que en la medida en que dicha entidad ya era interesada en el procedimiento que dio como resultado la Resolución objeto de impugnación, Abertis ostenta también la condición de interesada en la presente pieza de suspensión.

SEGUNDO.- Competencia para resolver.

Corresponde al Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones la competencia para resolver el recurso de reposición interpuesto por Abertis contra la Resolución de 18 de marzo de 2008 y, por tanto, la petición de suspensión en él contenida, por ser el órgano administrativo que dictó el acto impugnado.

TERCERO.- Admisión a trámite.

El artículo 111 de la LRJPAC regula la suspensión de la ejecución de los actos administrativos cuando éstos han sido objeto de cualquier recurso administrativo.

Habida cuenta que el recurso de reposición presentado por Abertis, en el que se solicita la suspensión parcial del acuerdo impugnado, se interpone contra una resolución de la Comisión, que resulta susceptible del mismo según lo dispuesto en los artículos 107 y 116 de la LRJPAC, y dentro del plazo previsto por el artículo 117 de la citada Ley, procede admitir a trámite la referida petición de suspensión para su resolución final.

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS MATERIALES.

Primero.- La suspensión de la ejecución de los actos administrativos.

Con carácter general, el artículo 111.1 de la LRJAP dispone que la interposición de cualquier recurso no suspenderá la ejecución del acto impugnado, excepto en aquellos casos en que una disposición establezca lo contrario (supuesto que no concurre en este caso).

La posibilidad de suspender un acto administrativo constituye un verdadero límite a su ejecutividad, en consonancia con el principio constitucional de eficacia que debe informarlos y al privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública. Es por ello que, en principio, el análisis de toda solicitud de suspensión de la ejecutividad de un acto, como la de la recurrente, deba hacerse partiendo de su excepcionalidad.

Sin embargo, la Administración debe vigilar por que se respete el derecho a la defensa efectiva, acordando la suspensión de los actos que puedan suponer la causación de un perjuicio irreparable en el caso de que quien tenga la razón tenga que verse asistido de un órgano jurisdiccional para obtenerla¹.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En este sentido, el apartado 2 del citado artículo prevé que el órgano al que compete el recurso, previa ponderación suficientemente razonada entre el perjuicio que causaría al interés público o a terceros la suspensión y el perjuicio que se causa al recurrente como consecuencia de la eficacia inmediata del acto recurrido, podrá suspender, de oficio o a solicitud del recurrente, la ejecución del acto impugnado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias tasadas:

- a) Que la ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.
- b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de la LRJAP.

En aplicación del artículo citado, para determinar si procede o no acceder a la suspensión solicitada por la recurrente, habrá que analizar, en primer lugar, si concurre alguna de las circunstancias señaladas con las letras a) y b). En el caso de que se compruebe la concurrencia de alguna de ellas, deberá analizarse, en segundo lugar, si debe prevalecer el interés público o de terceros o el de los interesados en la suspensión del acto, previa ponderación razonada de los perjuicios que a unos y otros causaría la suspensión o la ejecución inmediata del acto recurrido.

SEGUNDO.- Concurrencia de los requisitos legales para la suspensión.

a) La causación de perjuicios de imposible o difícil reparación

La primera de las circunstancias que puede concurrir para la suspensión de la ejecución de los actos administrativos es la producción al recurrente de perjuicios de imposible o difícil reparación que pudieran producirse tras la estimación del recurso. De esta manera se pretende garantizar la integridad del objeto litigioso, pues de no ser así, se desvirtuaría el propio derecho al recurso.

En principio, no basta la mera alegación de hipotéticos perjuicios para proceder a la suspensión de la ejecutividad de los actos, sino que, por el contrario, el solicitante debe justificar someramente su existencia. A este respecto procede traer a colación lo manifestado por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en su Sentencia de 7 de diciembre de 1999 (RJ 2000/639)

*“No basta, en efecto, con las genéricas afirmaciones de la recurrente en relación con la posibilidad de adoptar medidas cautelares provisionales (cuando es claro el carácter definitivo de la decisión cautelar adoptada contra la que se interpone el recurso, la cual agota la tramitación de la pieza de suspensión y deja sin sentido cualquier medida provisional) o con tratar de demostrar la ilegalidad de la Resolución recurrida (cosa que constituye el tema de fondo que debe resolverse en el recurso principal) **si no se realiza**, como esta Sala ha podido comprobar con una*

¹ Esta doctrina ha sido recogida por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la sentencia del caso *Factortame*, de 19 de junio de 1990.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consulta de los autos con el fin de integrar la resultancia probatoria apreciada por la Sala de instancia, la más mínima referencia a la justificación, alegación o prueba de unos perjuicios concretos que se le produzcan a la recurrente por su abandono del territorio español en relación con el arraigo de la misma en dicho territorio”.

Sobre la concurrencia de la causa expuesta, Abertis manifiesta que de no admitirse la suspensión solicitada, el recurso interpuesto nunca alcanzaría la finalidad que persigue ya que, si finalmente se estimara y a efectos de proporcionar información relativa al área del servicio, se declarase la sustitución de la obligación de entregar los diagramas de radiación de las antenas por la obligación de entregar los mapas de software de cobertura, y los citados diagramas ya hubieran sido entregados, el objeto principal del recurso se perdería. Con el objeto de justificar su solicitud señala que la información relativa a sus diagramas de radiación es *“absolutamente confidencial, clave para el desarrollo de su actividad y cuya divulgación directa y generalizada a sus competidores le ocasiona unos perjuicios de imposible reparación”*.

Respecto a las alegaciones de la recurrente procede poner de manifiesto que, si bien la presente Resolución no es el momento procesal oportuno para analizar si son ciertas las afirmaciones vertidas por Abertis sobre el carácter confidencial de los citados diagramas, se hace evidente que si de la tramitación del recurso se desprendiera que efectivamente éstos tuvieran carácter confidencial y se permitiera el acceso inmediato a los mismos, la finalidad del recurso interpuesto se podría perder por cuanto consiste, precisamente, en evitar su acceso por terceros ajenos a Abertis.

En consecuencia, cabe constatar que la entrega de los diagramas de radiación como consecuencia de la ejecutividad de la Resolución recurrida haría perder la finalidad al recurso interpuesto por ser precisamente el objeto del mismo evitar la entrega de aquéllos a terceros debido a su contenido supuestamente confidencial. De esta forma, en el caso de que, finalizada la instrucción del procedimiento se concluyera la no conformidad a Derecho de su entrega y ya hubieran sido entregados, el daño se habría producido y cualquier resolución que pudiera dictarse devendría ineficaz a efectos de proteger los intereses y derechos legítimos de la entidad que instó el presente procedimiento.

De lo anterior se desprende que, en principio, concurre en el presente caso la circunstancia establecida en el apartado a) del artículo 111.2 de la LRJPAC para que se pueda acceder a la petición de suspensión.

b) Ponderación entre el interés público y el perjuicio que se causaría a la recurrente.

En atención a los requisitos que el artículo 111 de la LRJPAC establece para declarar la suspensión del acto impugnado, procede realizar una ponderación entre los perjuicios descritos anteriormente que se causarían a la recurrente como



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

consecuencia de la eficacia inmediata de la resolución recurrida y los que se ocasionarían al interés público o de terceros si se procediera a la suspensión.

En relación con el citado perjuicio que podría causarse al interés público, la recurrente manifiesta que, dado que actualmente no hay convocatoria alguna de concurso para proveer el servicio portador soporte a ningún medio difusor, no hay motivo que justifique la urgencia de la entrega de los diagramas de radiación.

Contrariamente a lo alegado por la recurrente procede resaltar la importancia de que ésta facilite la información de continua referencia a Axion en el menor plazo posible.

A efectos de lo señalado en el párrafo anterior procede recordar que mediante Resolución de 2 de febrero de 2006², esta Comisión declaró como no competitivo el mercado de transmisión de señales de televisión, identificando a la recurrente como un operador con peso significativo de mercado en el mismo, al que se le imponían una serie de obligaciones a efectos de introducir una mayor competencia en aquel.

Entre las citadas obligaciones se encontraba la de atender a las solicitudes razonables de acceso a recursos específicos de sus redes y a su utilización, obligación que, entre otros aspectos, implicaba facilitar la ubicación en cada uno de sus centros emisores y reemisores.

Tal y como manifestó esta Comisión en la Resolución recurrida, la obligación de acceso implica la asunción por parte de la recurrente de una serie de actos encaminados a garantizar su efectivo cumplimiento, constituyendo el objeto del procedimiento que finalizó en la Resolución recurrida, el determinar cuál era el contenido específico de la información que debía ser suministrada a Axion a fin de dar cumplimiento a la obligación de atender a las solicitudes razonables de acceso a la red de Abertis.

En la citada Resolución se estableció que, entre otra información, se consideraba necesario para alcanzar un efectivo acceso, proporcionar los diagramas de radiación por reflejar las características del sistema radiante de un centro emisor. Tal y como se siguió señalando en la Resolución de 18 de marzo de 2008, dicha información es determinante para que el solicitante de acceso pueda, a raíz de una petición de acceso, comprobar si puede realizar un diseño de cobertura equivalente o superior. Ello permite también determinar el área de servicio del centro y por consiguiente, dada la dependencia existente entre los diferentes centros que constituyen una red de difusión de televisión, facilita el proceso global de diseño del operador alternativo.

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



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La realización del diseño de red referido en el párrafo anterior así como la estimación fiable de la cobertura alcanzada constituye una labor minuciosa a la que el solicitante debe destinar un tiempo considerable, labor que además no podrá iniciar hasta que la recurrente le proporcione la correspondiente información.

Si bien actualmente no se ha convocado ninguna convocatoria para proveer el servicio portador soporte a ningún medio difusor, ello no obsta para que dicha convocatoria pueda producirse en un futuro, debiendo a dicha fecha Axion tener dispuestas las infraestructuras necesarias para poder prestar el citado servicio portador.

Es obvio que con la entrada efectiva de un nuevo operador en el mercado de transmisión de señales de televisión se produciría un aumento de la competencia en el mismo, por lo que la no entrega de la información de continua referencia sí podría afectar al interés público.

Ahora bien, esta Comisión, consciente de que la demora de la entrega de la información únicamente se dilatará por un plazo máximo de tres semanas desde que se dicte la presente Resolución, puesto que es un mes el plazo máximo establecido legalmente para la resolución de un recurso de reposición, y a efectos de evitar que la finalidad del recurso interpuesto pudiera verse afectada, estima procedente acceder de forma excepcional a la suspensión solicitada por la recurrente hasta la resolución del recurso interpuesto.

En virtud de lo anterior esta Comisión considera, en la ponderación de ambas circunstancias y teniendo en cuenta en todo caso, que el perjuicio al interés público debido a la suspensión de la ejecutividad de la Resolución recurrida por tan corto periodo de tiempo sería de inferior magnitud al perjuicio que se podría producir al interesado por la ejecutividad inmediata del acto recurrido, procede estimar la solicitud de suspensión solicitada por la recurrente.

En atención a todo lo anterior, y vistos los citados antecedentes y fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

ÚNICO.- Estimar, en relación con la obligación de entregar a Axion los diagramas de radiación de las antenas de Abertis, la solicitud de suspensión de la eficacia inmediata de la Resolución de esta Comisión, de fecha 18 de marzo de 2008, por la que se resuelve el conflicto interpuesto por la entidad Red de Banda Ancha de Andalucía, S.A. en relación con las obligaciones de información de Abertis Telecom, S.A.U. para el acceso a sus centros, incorporada al recurso potestativo de reposición interpuesto por Abertis Telecom, S.A.U. contra la misma, siendo plenamente eficaz desde su notificación a los interesados.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la Resolución a la que se refiere el presente certificado puede interponerse recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, en el plazo de dos meses a contar desde el día siguiente a su notificación, de acuerdo con lo establecido en el artículo 48.17 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Disposición Adicional Cuarta, apartado 5, de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 116 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y sin perjuicio de lo previsto en el número 2 del artículo 58 de la misma Ley.

EL SECRETARIO

Vº Bº

EL PRESIDENTE

Ignacio Redondo Andreu

Reinaldo Rodríguez Illera