



COMISIÓN 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 nº 06/08 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 14 de febrero de 2008, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que, en el marco de la tramitación del presente procedimiento (expediente de referencia RO 2006/1140), se aprueba la

RESOLUCIÓN RELATIVA AL CONFLICTO ENTRE CANAL 7 DE TELEVISIÓN, S.A. Y KISS TV DIGITAL, S.L., TELEVISION 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.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 14 de septiembre de 2006, tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de CANAL 7 DE TELEVISIÓN S.A. (en adelante, "Canal 7"), mediante el cual solicitaba la intervención de esta Comisión en la controversia existente entre Canal 7 y las siguientes entidades: KISS TV DIGITAL, S.L. (en adelante, "Kiss TV Digital"), TELEVISIÓN DIGITAL MADRID, S.L. (en adelante "Televisión Digital Madrid"), INICIATIVAS RADIOFÓNICAS Y DE TELEVISIÓN, S.L. (en adelante "Iniciativas Radiofónicas y de Televisión") y los Ayuntamientos de Aranjuez, Collado Villalba y Pozuelo de Alarcón. La controversia se producía en relación con la elección del operador que fuera a prestar el servicio soporte del de difusión de televisión digital terrestre (TDT) local y la gestión del múltiple digital, en los ámbitos de cobertura de las zonas de servicio de los tres múltiples en los que dichas entidades han resultado adjudicatarias.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En particular, Canal 7 manifestó lo siguiente:

- Que ha resultado *“adjudicataria de un programa de televisión digital terrenal local en las demarcaciones de Aranjuez, Collado Villalba y Pozuelo de Alarcón, en virtud del concurso convocado por la Comunidad de Madrid y de conformidad con la Orden 298/2005, de 5 de agosto”*, por la que se resuelve el concurso público mediante procedimiento abierto para la adjudicación de concesiones para la explotación de programas del servicio público de la TDT local.
- Que, conforme al apartado 2 de la Disposición adicional 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 lo sucesivo, “Real Decreto 439/2004” y “Plan TDTL”, respectivamente), que prevé que *“las entidades que accedan al aprovechamiento de programas dentro de un mismo canal múltiple de televisión digital local, [...] 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”*, en fecha 10 de julio de 2006, Canal 7 se dirigió a los concesionarios con los que compartía el múltiple en las demarcaciones anteriormente citadas, esto es, Kiss TV Digital, Televisión Digital Madrid, Iniciativas Radiofónicas y de Televisión y los Ayuntamientos de Aranjuez, Collado Villalba y Pozuelo de Alarcón, poniéndoles de manifiesto las dos ofertas que había recibido para la prestación del servicio portador de telecomunicaciones en cada una de las demarcaciones.

Dichas ofertas fueron presentadas por RADIODIFUSIÓN DIGITAL, S.L. (en adelante, “Radiodifusión”) y TELEDIFUSIÓN MADRID, S.A. (en lo sucesivo, “Teledifusión”). Según Canal 7, la oferta presentada por Radiodifusión es más ventajosa económica y técnicamente, pues no precisa la reorientación de las antenas receptoras de los clientes (se adjuntaban la oferta de Radiodifusión y el borrador de contrato ofrecido por Teledifusión).

- Que a las cartas remitidas únicamente contestaron Televisión Digital Madrid e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión, quienes, según Canal 7, *“coincidieron en considerar preferente la oferta de TELEDIFUSIÓN MADRID, S.A. (...)”*.
- Que Teledifusión es *“una sociedad que se ha constituido entre todos los concesionarios de adjudicaciones de televisión digital terrenal local de la Comunidad de Madrid, a la que no ha sido invitada a participar CANAL 7 DE TELEVISIÓN, S.A. (documento nº 11) y cuyos miembros del Consejo de Administración pertenecen a las distintas sociedades adjudicatarias, a excepción, como hemos dicho, de CANAL 7”*. En consecuencia manifiesta



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

que, al no pertenecer a dicha sociedad, se le imponen unos precios y condiciones diferentes y más gravosos que a los restantes adjudicatarios, quienes se benefician de los dividendos de esta nueva empresa y pretenden obligar a esta adjudicataria a sufragar un coste superior, en concepto de contraprestación económica anual y por tener que hacer frente a los cuantiosos gastos que supondría la reorientación de las antenas para poder recibir la señal de Canal 7.

Formuladas estas alegaciones, Canal 7 solicitaba de esta Comisión que, de conformidad con lo establecido en la Disposición adicional tercera del Real Decreto 439/2004, *“realice el correspondiente arbitraje”* entre los concesionarios afectados *“para decidir cuál de las dos empresas TELEDIFUSIÓN MADRID, S.A. o RADIODIFUSIÓN DIGITAL, S.L., sea el operador que vaya a prestar el servicio de difusión de televisión digital terrenal local”* en las demarcaciones anteriormente citadas.

SEGUNDO.- Con fecha 27 de septiembre de 2006, mediante escrito del Secretario de esta Comisión, se requirió a Canal 7 que especificara si el escrito presentado era el de demanda de iniciación del arbitraje al que se refiere el artículo 12 del Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, aprobado por Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, y que, en ese caso, lo subsanara, y que indicara si existía convenio arbitral o acuerdo entre las partes interesadas para someter el presente asunto a la competencia arbitral de esta Comisión.

TERCERO.- Con fecha 19 de octubre de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Canal 7 por el que contestaba al requerimiento formulado por esta Comisión y, entre otros aspectos, finalizaba solicitando que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones diera a aquélla la tramitación que considerase, ya fuera la del procedimiento arbitral del artículo 48.3.a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante, “LGTel”), o la del procedimiento de resolución vinculante de conflictos de los artículos 14 y 48.3.d) de la LGTel.

CUARTO.- En atención a la materia sobre la que se ha solicitado la intervención de esta Comisión y al carácter público que reviste la competencia definida en la Disposición adicional tercera del Real Decreto 439/2004, este organismo entendió que la solicitud de intervención formulada por Canal 7 había de tramitarse a través del procedimiento de resolución vinculante de conflictos de la LGTel.

En consecuencia, y cumpliendo con lo establecido en el artículo 42.4, párrafo segundo, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, esta



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Comisión comunicó a los interesados el inicio del correspondiente procedimiento administrativo para la resolución del conflicto planteado por Canal 7, mediante sendos escritos de fecha 10 de noviembre de 2006.

QUINTO.- Con fecha 30 de noviembre de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Radiodifusión en el que solicitaba personarse como interesado en el presente expediente.

Mediante escrito del Secretario de esta Comisión de fecha 3 de enero de 2007, reconociendo a Radiodifusión como interesado en el presente procedimiento, se le dio traslado de una copia de los escritos de alegaciones presentados por las partes hasta la fecha, informándole de la posibilidad de aducir las alegaciones y presentar los documentos que estimara pertinentes, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia.

SEXTO.- Con fecha 19 de diciembre de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Iniciativas Radiofónicas y de Televisión, Kiss TV Digital y Televisión Digital Madrid en el que, conjuntamente, formularon las siguientes alegaciones:

- Que, el 18 de abril de 2006, Kiss TV Digital, Televisión Digital Madrid e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión celebraron los correspondientes contratos de prestación del servicio portador de difusión del de TDT con Teledifusión, para las demarcaciones de Collado-Villalba, Pozuelo de Alarcón y Aranjuez.
- Que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones carece de competencia para intervenir en el presente conflicto. Por un lado, afirman los interesados, a su juicio no se está ante un conflicto de interconexión ni un conflicto de acceso que justifique la intervención de este organismo público en virtud del artículo 14 de la LGTel.

Por otro lado, la Disposición adicional tercera del Real Decreto 439/2004 prevé el procedimiento arbitral, *“que requeriría la sumisión al arbitraje por convenio escrito de los interesados que, en ningún momento, se ha concertado entre Canal 7 y nuestras representadas”*.

- Que la designación de Teledifusión *“como empresa prestadora del servicio portador-difusor del servicio público de televisión digital terrenal de las distintas demarcaciones fue realizada por las entidades concesionarias que prestan sus servicios de televisión desde el canal múltiple por votación o acuerdo mayoritario”*, y con arreglo *“a un criterio estrictamente democrático y en función de la ponderación de los intereses en juego por la mayoría de las empresas concesionarias dentro de cada múltiple”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que Canal 7 pretende “*imponer su candidato*” a las demás entidades que acceden al aprovechamiento de programas dentro de un mismo múltiple digital, contraviniendo la disposición reguladora de la titularidad y gestión conjunta del múltiple (apartado segundo de la Disposición adicional tercera del Real Decreto 439/2004), que señala que los concesionarios “*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*”, al pretender la unanimidad entre las concesionarias a la hora de tomar las decisiones conducentes a la gestión del múltiple.

Según los interesados dicha gestión debe interpretarse, “*atendiendo a criterios de agilidad en el funcionamiento del mismo [del múltiple] y de pura lógica, sujeta al criterio de la mayoría, (...)*”.

- Que existen diferentes motivos que constituyen razones suficientes para legitimar a las tres empresas concesionarias que contrataron con Teledifusión, el 18 de abril de 2006, la prestación del servicio portador-difusor del servicio público de televisión digital por diez años, entre los que se encuentran el ser la mejor propuesta a nivel económico y de solvencia patrimonial respecto de otras empresas, que sus precios eran altamente competitivos, que en cada múltiple dos de los concesionarios ya estaban de acuerdo, y la propia obligación de inicio de emisiones derivadas del concurso, que les hizo contratar el servicio de difusión con anterioridad.
- Que existe identidad en las condiciones contractuales ofertadas por Teledifusión a Canal 7 y al resto de las empresas concesionarias, y que al examinarse la cláusula cuarta (condiciones económicas) de los seis contratos celebrados por las concesionarias con Teledifusión “*puede comprobarse que “la cantidad que la concesionaria deberá abonar a Teledifusión Madrid por la prestación del servicio portador-difusor, será, en la demarcación en la que ella actúa, de 22.411 euros anuales, idéntica cantidad que la ofertada a Canal 7, como refleja el borrador (con idénticas condiciones que los otros seis contratos firmados) remitido a esta empresa*”.

En virtud de lo expuesto, solicitaban que esta Comisión,

“*acuerde la falta de competencia objetiva para conocer de la cuestión litigiosa planteada por Canal 7 de Televisión, S.A. sin que quepa recurso contra la decisión de la Comisión y, subsidiariamente, dicte resolución por la que, con arreglo a lo establecido en la disposición adicional tercera del Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, decida, ratificando el acuerdo mayoritario de los concesionarios habilitados para aprovechar canales digitales dentro de sendos canales múltiples que permiten emitir en las localidades de Collado-Villalba, Pozuelo y Aranjuez, que la empresa Teledifusión Madrid debe continuar prestando el servicio portador-difusor del servicio público de televisión digital terrenal contratado por Kiss TV Digital, S.L., Teledifusión Digital*”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Madrid, S.L.U. e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión, S.L., permitiendo de esta manera el cumplimiento de los contratos ya celebrados.”

SÉPTIMO.- Con fecha 21 de diciembre de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón en virtud del cual manifestaba que, en la demarcación “*Pozuelo de Alarcón (TL09M)*”, el ente que presta el servicio de TDT es el Consorcio de Televisión Digital Local Madrid Noroeste (en adelante, “*Consorcio Madrid-Noroeste*”), con personalidad jurídica propia y distinta de la del Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón, y por tanto es a dicho ente al que esta Comisión debería dirigirse, solicitando que no tenga al Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón como parte interesada ni como notificada en el expediente de referencia.

OCTAVO.- Con fecha 27 de diciembre de 2006, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Ayuntamiento de Collado Villalba, en virtud del cual presentó, entre otras, las siguientes alegaciones:

- Que, de todos los Ayuntamientos de los municipios que, según establece el Real Decreto 439/2004, están incluidos en el ámbito de la demarcación del múltiple 29 (Collado Villalba –número TL04M-), únicamente este Ayuntamiento y el de Hoyo de Manzanares constituyeron entidad pública de gestión del canal de televisión (Televisión Pública Sierra del Guadarrama, S.A.) y presentaron la documentación exigida por la Orden 2562/2004, de 29 de julio, de la Consejería de Presidencia de la Comunidad de Madrid, por la que se regula el procedimiento de concesión de programas de televisión digital local a los municipios por parte de la Comunidad de Madrid (en adelante, “*Orden 2562/2004*”), al objeto de explotar la concesión en régimen de gestión directa.

Ese Ayuntamiento añade que “[e]n carta de fecha 18 de abril de 2006 del Secretario General del Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de Madrid, [...] se deniega y suspende la tramitación de la solicitud de concesión.”

- Que, “*en ningún momento ese Ayuntamiento ha recibido la carta de fecha 10 de julio a la que hace referencia Canal 7 de Televisión*”.
- Que la disposición sexta de la Orden 2562/2004 señala que “*la Comunidad de Madrid determinará, a través de concurso público, entre aquellas que estén legalmente habilitadas y se presenten al mismo, qué empresa facilitará la infraestructura técnica del canal múltiple para la prestación del servicio portador-difusor*”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Finalmente concluye que, por todo lo expuesto, no tiene obligación de pagar ningún canon sobre la empresa que preste el servicio portador, puesto que todavía no es adjudicatario del cuarto programa del múltiple digital 29.

NOVENO.- Con fecha 3 de enero de 2007, mediante escrito del Secretario de esta Comisión se comunicó al Consorcio Madrid-Noroeste la tramitación del presente expediente.

DÉCIMO.- Con fecha 3 de enero de 2007, se dictó por el Secretario de esta Comisión declaración de confidencialidad del contenido de los contratos firmados con Teledifusión, aportados por Kiss TV Digital, Televisión Digital Madrid e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión en su escrito de alegaciones, con respecto a Radiodifusión y a otros interesados del procedimiento.

DECIMOPRIMERO.- Con fecha 3 de enero de 2007, se amplió, al amparo del artículo 42.6 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el plazo máximo de resolución y notificación del presente expediente en cuatro meses adicionales, siendo ello notificado a los interesados.

DECIMOSEGUNDO.- Con fecha 5 de febrero de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Consorcio Madrid-Noroeste en el que se persona como interesado en el expediente.

DECIMOTERCERO.- Con fecha 16 de febrero de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Radiodifusión en virtud del cual presentaba, entre otras, las siguientes alegaciones:

- Que es evidente que para la gestión del múltiple *“se requiere “el común acuerdo entre sí” de los concesionarios que comparten el canal. De la mera literalidad de la expresión “común acuerdo” se deriva que se requiere el concurso de todos los concesionarios”*.

Para Radiodifusión, la obligación legal de acordar las condiciones de compartición del múltiple es una obligación mancomunada e indivisible.

- Que *“la regla de la mayoría, que defienden los tres concesionarios no tiene base legal alguna y responde a sus propios intereses.”* Que Kiss TV Digital, Televisión Digital Madrid e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión *“han contratado el servicio de gestión del múltiple sin contar con el acuerdo del resto de los concesionarios con los que comparten canal múltiple en las tres demarcaciones objeto del conflicto”*, lo que constituye un incumplimiento de la obligación definida en el Real Decreto 439/2004.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Más aun, a pesar de abogar por un “criterio estrictamente democrático”, *“en las tres demarcaciones tan sólo dos de los cuatro concesionarios participaron en la decisión, excluyendo a Canal 7 y a los Ayuntamientos. Ni siquiera se alcanza una mayoría en cada demarcación.”*

- Que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene competencia para resolver el presente conflicto, de conformidad con la Disposición adicional tercera del Real Decreto 439/2004, que debe interpretarse a la luz de la Disposición adicional sexta del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, que aprueba el Plan técnico nacional de televisión digital terrestre (en adelante, “Real Decreto 944/2005”), por lo que le corresponde a la Comisión adoptar la decisión sobre la identidad del gestor del múltiple.
- Que el criterio fundamental para adoptar tal decisión debe ser el de “la mejor gestión”, tomando en consideración estrictamente el ámbito de cada demarcación, concluyendo, tras analizar las dos ofertas, que *“se deriva que los servicios ofertados tienen unas características técnicas parejas, pero que la oferta de RD es sustancialmente más económica y, además, evita en gran medida el problema de la antenización [reorientación de antenas]”*.
- Que esta Comisión no debería tener en consideración los efectos indemnizatorios que podría tener la resolución unilateral de los contratos firmados con Teledifusión, añadiendo que *“no cabe que los hechos consumados de otros tres concesionarios fueren a Canal 7 y a los Ayuntamientos a asumir unos costes perfectamente evitables”*, debiendo asumir los concesionarios las consecuencias que se deriven de su incumplimiento.

DECIMOCUARTO.- Con fecha 8 de marzo de 2007, se requirió al Consorcio Madrid-Noroeste que aportara una copia de la concesión otorgada para la prestación del servicio de televisión local en la demarcación TL09M –Pozuelo de Alarcón- y de los Estatutos del Consorcio.

DECIMOQUINTO.- Con fecha 8 de marzo de 2007, se requirió a Radiodifusión, mediante escrito del Secretario de esta Comisión, la remisión de información relativa a las siguientes cuestiones:

“a) *Justificación de la necesidad o no de reorientar las antenas receptoras de la población circunscrita en las tres demarcaciones (canales) objeto de conflicto y en qué proporción. Concretamente deberán aportarse mapas que muestren la siguiente información:*

- *Ubicación de los centros emisores de Radiodifusión Digital.*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- *Ubicación de los centros de la entidad que presta el servicio soporte a las entidades que difunden el servicio de televisión en el ámbito nacional.*
 - *Indicación clara, en un mapa geográfico, de las demarcaciones de las poblaciones circunscritas en cada demarcación y de qué centros de Radiodifusión Digital prestan servicio a cada población cubierta. Asimismo, se requiere que indique qué centro o centros del prestador del servicio soporte nacional atienden a cada población circunscrita en cada canal.*
- b) *Asimismo, se requiere a Radiodifusión Digital que aporte los datos siguientes:*
- *Indicación de si se prestarán los servicios de codificación y multiplexación.*
 - *Número de canales de audio que se podrán incorporar por cada concesionario.*
 - *Indicación de si se prestará el servicio de multiplexación e inserción de la información de servicio del múltiple.*
 - *Indicación de si por contrato se contemplan penalizaciones a aplicar cuando se produzcan períodos de indisponibilidad que incumplan los compromisos adquiridos de continuidad del servicio (99%).”*

DECIMOSEXTO.- Con fecha 8 de marzo de 2007, se requirió a Teledifusión, mediante escrito del Secretario de esta Comisión, la remisión de información relativa a las siguientes cuestiones:

- “- *Ubicación de los centros emisores de Teledifusión Madrid, S.A.*
- *Ubicación de los centros de la entidad que presta el servicio soporte a las entidades que difunden el servicio de televisión en el ámbito nacional.*
 - *Indicación clara, en un mapa geográfico, de las demarcaciones de las poblaciones circunscritas en cada demarcación y de qué centros de Teledifusión Madrid, S.A. prestan servicio a cada población cubierta. Asimismo, se requiere que indique qué centro o centros del prestador del servicio soporte nacional atienden a cada población circunscrita en cada canal.”*

DECIMOSÉPTIMO.- Con fecha 26 de marzo de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Teledifusión en virtud del cual contestaba al requerimiento de información, acompañando la documentación solicitada.

Por otra parte alegaba que, de acuerdo con el mapa de las diferentes demarcaciones de las poblaciones circunscritas en ellas, existen “*múltiples centros del operador nacional que dan servicio a diversas localidades, por lo que parece que no se pueda hacer una generalización sobre la dirección a la que apuntan la mayoría de las antenas*”, refiriéndose a las tres demarcaciones a las que se hace referencia en este procedimiento.

Como alegaciones complementarias señalaba:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- Que la reorientación de las antenas *“(...) la está sufragando la entidad y, además, la Comunidad de Madrid ha puesto en marcha un procedimiento tendente a subvencionar las actuaciones que tengan que llevar a cabo las Comunidades de Propietarios, para recibir la Televisión Digital Terrestre Local y Autonómica (...)”*.
- Que *“en las demarcaciones de Collado Villalba, Aranjuez y Pozuelo de Alarcón, los centros emisores de televisión analógica no coinciden, en su mayoría, con los de la televisión digital por lo que la reorientación de las antenas es necesaria en cualquier caso, siendo menos costosa al usuario para los múltiples locales digitales porque la Comunidad de Madrid está subvencionándola.”*

DECIMOCTAVO.- Con fecha 27 de marzo de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Presidente del Consorcio Madrid-Noroeste, por el que contestaba al requerimiento practicado por esta Comisión.

DECIMONOVENO.- Con fecha 30 de marzo de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito de Radiodifusión en el que adjuntaba informe del Ingeniero de Telecomunicación D. Ángel Andrés Orive que incluye los mapas geográficos solicitados en relación con la necesidad de reorientación de las antenas receptoras para las tres demarcaciones, si bien su análisis se limita a las demarcaciones de Aranjuez y Pozuelo de Alarcón.

Según Radiodifusión, con esta documentación quedaría demostrada la superioridad de su oferta en cuanto a que *“las localizaciones de sus centros emisores no exigen una intervención generalizada en las antenas a fin de orientarlas hacia el centro emisor, cosa que sí que ocurre con los centros emisores del competidor en las demarcaciones de Pozuelo y Aranjuez.”*

Finalmente, solicitaba que se declarase la confidencialidad de los documentos técnicos que se adjuntaron como anexos, al incluir datos sobre la configuración técnica de los servicios de Radiodifusión que constituyen secreto comercial y que no deben estar al alcance de sus competidores.

VIGÉSIMO.- Mediante escrito del Secretario de esta Comisión, de fecha 2 de abril de 2007, considerando al Consorcio Madrid-Noroeste como interesado en el presente procedimiento, se le dio traslado de una copia de los escritos de alegaciones presentados por las partes, informándole de la posibilidad de aducir las alegaciones y presentar los documentos que estimara pertinentes, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VIGÉSIMO PRIMERO.- Con fecha 18 de mayo de 2007, tuvo entrada en el Registro de esta Comisión escrito del Presidente del Consorcio Madrid-Noroeste, en virtud del cual presentó las siguientes alegaciones:

- Que la materia objeto de la solicitud de intervención formulada por Canal 7 está sometida al procedimiento de arbitraje, atendiendo a la norma específica (Disposición adicional sexta del Real Decreto 439/2004) frente a la norma general (Plan técnico nacional de televisión digital terrestre). En consecuencia, al no existir acuerdo de sumisión al referido procedimiento, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones carece de competencia objetiva para resolver el presente procedimiento. Por otro lado, *“el presente procedimiento no versa sobre un conflicto de interconexión o acceso”*.
- Que cualquier tipo de decisión que afecte al múltiple en su conjunto ha de seguir el criterio de la mayoría de las entidades del cual forman parte y no de la unanimidad. Y añadía: *“Y es que la unanimidad exige la concurrencia de igual parecer o voluntad entre quienes participan en una elección o en la toma de una decisión, hecho que la normativa no exige en absoluto y que, de forma indudable, provocaría la paralización de toma de decisiones (...)”*.
- Que, *“por esta razón, y porque esta reunión de los operadores en un mismo múltiple constituye una asociación o agrupación creada por los Planes Técnicos Nacionales de Televisión Digital Terrestre y Local, concretada por la Orden 298/2005, de 5 de agosto (...) mediante la adjudicación de concesiones a diversos operadores (lo cual no crea una comunidad de bienes) conlleva que los acuerdos se hayan de adoptar, lógicamente, conforme a criterios asociativos, por mayoría”*.
- Que no considera reprochable el que *“dos de los tres concesionarios de las tres demarcaciones en cuestión quisieran dar cumplimiento a su obligación de comenzar sus emisiones en plazo y que para ello optaran por contratar”* a Teledifusión, no implicando ello infracción del criterio de la mayoría.
- Que *“conforme al derecho de libre competencia a la prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión, no puede atenderse al criterio”* de Canal 7 y de Radiodifusión, de que la reorientación de las antenas de los usuarios constituya un elemento negativo en la oferta, no sólo porque la propia Comunidad de Madrid subvenciona dicha reorientación, sino porque *“en las demarcaciones en las que Canal 7 presta su servicio, la reorientación de antenas es del todo necesaria por no coincidir en su mayoría los puntos de difusión de la señal de televisión analógica con la de los centros emisores de televisión digital”*.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

VIGÉSIMO SEGUNDO.- En fecha 21 de junio de 2007, se dictaron sendas Declaraciones de confidencialidad en relación con determinada información contenida o adjunta a los escritos presentados por Teledifusión y Radiodifusión los días 26 y 30 de marzo del mismo año, respectivamente, en contestación al requerimiento formulado con anterioridad por esta Comisión.

VIGÉSIMO TERCERO.- Con fecha 21 de junio de 2007, los Servicios de la Comisión emitieron informe en el presente procedimiento, siéndole el mismo notificado a las partes y confiriéndosele el plazo de un mes para formular alegaciones.

Tanto Kiss TV Digital, Iniciativas Radiofónicas y de Televisión y Televisión Digital Madrid, como Radiodifusión presentaron alegaciones en fecha 27 de julio de 2007. El Consorcio Madrid-Noroeste presentó escrito de alegaciones el día 8 de agosto. Las otras entidades parte en el presente expediente no han presentado alegaciones.

A los anteriores Antecedentes de hecho son de aplicación los siguientes

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- OBJETO DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO.

A través de sus escritos de 11 de septiembre y 13 de octubre de 2006, Canal 7 solicitó la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para que decida *“cuál de las dos Empresas TELEDIFUSIÓN MADRID, S.A. o RADIODIFUSIÓN DIGITAL S.L., sea el operador que vaya a prestar el servicio soporte del servicio de difusión de televisión digital terrenal local en las demarcaciones de ARANJUEZ, COLLADO VILLALBA y POZUELO DE ALARCÓN”*.

Aunque en el Suplico de los escritos presentados únicamente se solicita la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para que decida quién debe ser el prestador del servicio soporte del servicio de difusión de TDT local en las demarcaciones de referencia, del resto de las declaraciones de los interesados se desprende que el conflicto se presenta respecto de la elección del gestor de los canales múltiples que comparten los concesionarios y del servicio soporte del servicio de difusión. Así, Canal 7 expresamente se refiere a que los concesionarios *“discrepan en el operador que haya de gestionar el canal múltiple concedido en la adjudicación”* (escrito de 13 de octubre de 2006, Antecedente Tercero).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el presente procedimiento, los concesionarios han recibido ofertas o han contratado -en el caso de Kiss TV Digital, Televisión Digital Madrid e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión- ambos servicios conjuntamente con un operador de comunicaciones electrónicas y todos los concesionarios se refieren en sus escritos y han valorado las ofertas recibidas conjuntamente, teniendo en cuenta ambos servicios. A su vez, Radiodifusión y Teledifusión han adoptado una posición activa en el procedimiento, defendiendo también sus ofertas por los dos servicios de forma conjunta.

En definitiva, el presente procedimiento tiene por objeto la controversia existente entre los concesionarios interesados en lo que afecta a la elección del gestor del múltiple y del prestador del servicio portador soporte del servicio de difusión de la señal de televisión por ondas terrestres en las demarcaciones de Aranjuez, Collado Villalba y Pozuelo de Alarcón.

En consecuencia, la controversia existente afecta a operadores de comunicaciones electrónicas que actúan en el mercado de transmisión y difusión de la señal audiovisual y compiten entre sí -Radiodifusión y Teledifusión-, y a concesionarios del servicio de TDT local en abierto que, compartiendo un mismo múltiple digital, también compiten entre sí en sus ámbitos territoriales de emisión.

SEGUNDO.- HABILITACIÓN COMPETENCIAL DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones tiene por objeto, como señala el apartado 2 del artículo 48 de la LGTel, “*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*”.

Por su parte, el artículo 3 de la citada LGTel recoge los objetivos cuya consecución debe garantizar esta Comisión, entre los que se encuentran los siguientes:

“a) Fomentar la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones y, en particular, en la explotación de las redes y en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas y en el suministro de los recursos asociados a ellos. Todo ello promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras y fomentando la innovación. (...)

c) Promover el desarrollo del sector de las telecomunicaciones, así como la utilización de los nuevos servicios y el despliegue de redes, y el acceso a éstos, en condiciones de igualdad, e impulsar la cohesión territorial, económica y social. (...)



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

e) Defender los intereses de los usuarios, asegurando su derecho al acceso a los servicios de comunicaciones electrónicas en adecuadas condiciones de elección, precio y calidad, y salvaguardar, en la prestación de éstos, la vigencia de los imperativos constitucionales, en particular, el de no discriminación, el del respeto a los derechos al honor, a la intimidad, a la protección de los datos personales y al secreto en las comunicaciones, el de la protección a la juventud y a la infancia y la satisfacción de las necesidades de los grupos con necesidades especiales, tales como las personas con discapacidad. A estos efectos, podrán imponerse obligaciones a los prestadores de los servicios para la garantía de dichos derechos. (...)

Asimismo, entre las funciones que la LGTel otorga a esta Comisión está, en el artículo 48.3.e), la de *“adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas por los operadores, la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios (...)*”.

Por su parte, la Disposición transitoria octava de la LGTel, declara vigentes 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, entre las que se encuentran las de resolución vinculante de los conflictos que se susciten por el uso del espectro radioeléctrico y en los demás casos que se establezcan por norma legal y reglamentaria, con el fin de salvaguardar, en beneficio de los ciudadanos, las condiciones de competencia efectiva en el mercado de las telecomunicaciones y de los servicios audiovisuales (artículo 1.Dos.2, letra e) de dicho texto legal).

En el marco de las anteriores competencias, la Disposición adicional tercera, apartado 3, del Real Decreto 439/2004, señala que:

“3. 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.”

La misma competencia es atribuida a esta Comisión para resolver los conflictos en materia de gestión del múltiple digital de ámbito nacional, que surjan entre las entidades que accedan a la explotación de programas dentro del mismo múltiple, de conformidad con la Disposición adicional sexta del Real Decreto 944/2005.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Algunos interesados en el presente procedimiento –Kiss TV Digital, Iniciativas Radiofónicas y de Televisión, Televisión Digital Madrid, Teledifusión o el Consorcio Madrid-Noroeste- cuestionan la competencia de este organismo en el presente conflicto, porque no se está ante un conflicto de interconexión o de acceso o porque la Disposición adicional tercera del Real Decreto 439/2004 establece, a su juicio, la competencia arbitral de la Comisión, por señalar en sus términos literales que “*la Comisión... arbitrará en los conflictos*”, no pudiendo entrar por dicha vía a conocer de la controversia al no haber sumisión de las partes al arbitraje de esta Comisión.

Tales alegaciones han de ser rechazadas.

En primer lugar, la competencia señalada por los Reales Decretos que aprueban los Planes técnicos nacionales de televisión digital local y nacional se inscribe en la atribución general realizada por la Disposición transitoria octava de la LGTel, que lo es “para la resolución vinculante de conflictos” con lo que, indiscutiblemente reviste carácter jurídico-público, de manera que la solución de los conflictos que se planteen no puede dejarse al arbitrio de las partes, vía sumisión a convenio arbitral.

En este supuesto, se ejerce la competencia de este organismo de resolución vinculante de conflictos. Es evidente que el Real Decreto 439/2004 no ha establecido un arbitraje institucional de Derecho privado como posibilidad de solución de controversias en estas cuestiones, toda vez que **se ve afectada la titularidad compartida de la concesión de dominio público radioeléctrico y del derecho de explotación de los múltiples digitales y, a la postre, la prestación misma del servicio público de televisión**, siendo la competencia jurídico-pública de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones conocida en otras materias similares¹.

Por otra parte, la Disposición adicional sexta *in fine* del Real Decreto 944/2005 establece la misma competencia de la siguiente forma:

¹ “En el supuesto de que las entidades públicas o privadas gestoras del servicio público de televisión pretendiesen contratar el servicio portador con “Retevisión, Sociedad Anónima” en condiciones distintas a las que se han venido ofreciendo hasta la fecha, o con otra entidad titular de infraestructuras que dispusiera de la correspondiente habilitación para la prestación del servicio portador, y no llegasen a un acuerdo sobre las condiciones y precios, corresponderá a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dar solución, previa solicitud de uno de los interesados y mediante expediente contradictorio, a los referidos conflictos, dictando las correspondientes resoluciones que serán vinculantes para las partes...” (Disposición transitoria cuarta, apartado 3, del Reglamento de desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, aprobado por Orden de 9 de marzo de 2000).

En materia de iniciativa local para la instalación de estaciones de difusión: “Cuando la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones detecte que la prestación del servicio portador del servicio de televisión digital terrestre afecta al mercado, en función de la existencia en ese ámbito territorial de condiciones de mercado que permiten el acceso a dichos servicios o de la distorsión de la libre competencia, podrá imponer condiciones específicas en la prestación del servicio” (Disposición adicional duodécima, letra d), del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

“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, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es competente para conocer de los conflictos en materia de gestión del múltiple digital que se planteen entre las concesionarias que accedan a la explotación de programas dentro de dicho múltiple, entendida la gestión del múltiple en sentido amplio.

En segundo lugar, no asiste la razón al Consorcio Madrid-Noroeste, que niega la competencia de esta Comisión por no ser éste un conflicto de interconexión o acceso del artículo 14 de la LGTel. La competencia de este organismo público no se reduce a los conflictos de interconexión o acceso en las materias de telecomunicaciones reguladas por la LGTel, sino que incluye el conocimiento de aquellas otras controversias y materias que se le atribuyan por disposición legal o reglamentaria, extendiéndose también a aquellas cuestiones relacionadas con el fomento de la competencia en los mercados de los servicios audiovisuales, como se ha señalado con anterioridad (artículo 48.2 y Disposición transitoria octava de la LGTel y artículo 1.Dos.2.e) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones).

Por otro lado, la controversia se plantea también entre prestadores del servicio soporte del de difusión de la TDT, que son operadores de servicios de comunicaciones electrónicas. En los mercados de comunicaciones electrónicas, la Comisión tiene las competencias anteriormente mencionadas. Más aun, el artículo 48.3.m) de la LGTel señala que esta Comisión ejercerá *“cualesquiera otras [funciones, en las materias de telecomunicaciones reguladas por dicha Ley] que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomiende el Gobierno o el Ministerio de Ciencia y Tecnología”.*

A este respecto, la Disposición transitoria cuarta, apartado 3, del Reglamento de desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en lo relativo al uso del dominio público radioeléctrico, aprobado por Orden de 9 de marzo de 2000 (en adelante, “Reglamento del Espectro”), establece la competencia de esta Comisión para dar solución a los conflictos que surjan en materia de condiciones y precios de los contratos que se firmen entre las concesionarias del servicio de televisión y las prestadoras del servicio soporte.

TERCERO.- SITUACIÓN DE LOS MÚLTIPLES DIGITALES OBJETO DEL PRESENTE PROCEDIMIENTO.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Plan TDTL señaló cuáles eran los once múltiples asignados a sus respectivas demarcaciones en la Comunidad de Madrid. Por Orden 3019/2004, de 19 de noviembre, del Vicepresidente Primero, Portavoz del Gobierno y Consejero de Presidencia de la Comunidad de Madrid, se procedió a convocar concurso público mediante procedimiento abierto para la adjudicación de concesiones para la explotación de programas del servicio público de la TDT local.

Posteriormente, en fecha 5 de agosto de 2005, por Orden 298/2005, de 5 de agosto, del Vicepresidente primero y Portavoz del Gobierno de la Comunidad de Madrid, se resolvió el mencionado concurso público resultando adjudicatarias las siguientes entidades:

- Aranjuez (Referencia TL03M, múltiple digital 21):
 1. Canal 7 de Televisión, Sociedad Anónima.
 2. Kiss TV Digital, Sociedad Limitada.
 3. Televisión Digital Madrid, Sociedad Limitada.

- Pozuelo de Alarcón (Referencia TL09M, múltiple digital 23):
 1. Canal 7 de Televisión, Sociedad Anónima.
 2. Iniciativas Radiofónicas y de Televisión, Sociedad Limitada.
 3. Televisión Digital Madrid, Sociedad Limitada.

- Collado Villalba (Referencia TL04M, múltiple digital 29):
 1. Canal 7 de Televisión, Sociedad Anónima.
 2. Iniciativas Radiofónicas y de Televisión, Sociedad Limitada.
 3. Televisión Digital Madrid, Sociedad Limitada.

En todos los múltiples, de conformidad con el apartado Primero de la Orden 3019/2004, se reservaba un canal o programa destinado a la gestión directa por los municipios integrantes de la demarcación que así lo decidieran por Acuerdo de sus Plenos. En la Orden 2562/2004, de 29 de julio, se establecían el plazo y el procedimiento para que los municipios que decidieran acordar la gestión directa de un programa de televisión digital constituyeran la entidad pública que gestionara el programa de televisión y presentaran la documentación necesaria para obtener la concesión administrativa para la prestación de tal servicio².

² El plazo para que los municipios solicitantes de la gestión directa de un programa de televisión constituyan la entidad pública mencionada fue prorrogado hasta la fecha de 1 de marzo de 2006 por Orden 36/2005, de 18 de febrero. Posteriormente, la Orden 90/2006, de 23 de febrero, de la Vicepresidencia Primera del Gobierno de la Comunidad de Madrid, ha ampliado indefinidamente el plazo para que los municipios solicitantes de la gestión directa de un programa de televisión constituyan la entidad pública a la que alude el apartado tercero de la Orden 2562/2004, de 29 de julio.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Al inicio del presente procedimiento, en fecha 10 de noviembre de 2006, se notificó a los Ayuntamientos de Aranjuez, Collado Villalba y Pozuelo de Alarcón la existencia del conflicto en los tres múltiples de referencia. Actualmente no se ha otorgado todavía la concesión ni se están explotando los canales reservados a los municipios, estando la situación de la siguiente forma:

- En relación con el múltiple 21 (con referencia TL03M - demarcación Aranjuez), el Ayuntamiento de Aranjuez, a pesar del emplazamiento efectuado por esta Comisión, no se ha personado ni formulado alegación alguna en el presente procedimiento.
- En relación con el múltiple 23 (con referencia TL09M - demarcación Pozuelo de Alarcón), el Consorcio Madrid-Noroeste es la entidad pública que ha solicitado frente a la Comunidad de Madrid, en fecha 24 de marzo de 2006, el otorgamiento de la concesión a que se refiere la Orden 2562/2004, estando pendiente de resolverse, según declaró el Consorcio en su escrito de 22 de marzo de 2007.
- En relación con el múltiple 29 (con referencia TL04M - demarcación Collado Villalba), tal como el Ayuntamiento de Collado Villalba señaló en su escrito presentado en esta Comisión en fecha 27 de diciembre de 2006, únicamente los Ayuntamientos de Collado Villalba y Hoyo de Manzanares han constituido la entidad pública de gestión exigida por la Orden 2562/2004 anteriormente citada -denominada Televisión Pública Sierra de Guadarrama, S.A.-, estando la tramitación del procedimiento de concesión del programa suspendida en tanto no se acompañe certificación de los demás Ayuntamientos adheridos a la demarcación TL04M.

En definitiva, ni está adjudicado ni se está explotando el cuarto canal de los múltiples 21, 23 y 29 objeto de controversia.

De conformidad con la cláusula vigésimo novena del Pliego de cláusulas administrativas particulares del concurso, aprobado por Orden 3019/2004, de 19 de noviembre, las emisiones debían comenzar a los ocho meses a contar desde la adjudicación del concurso.

Tal y como se señaló con anterioridad en el presente apartado, el concurso se resolvió el 5 de agosto de 2005, comenzando el plazo de ocho meses a contar desde la recepción de la notificación relativa a la adjudicación de las concesiones. Así, se tiene constancia en el expediente de que a Canal 7 se le notificó en septiembre de 2005, por lo que el comienzo de las emisiones debía producirse en mayo de 2006, no teniéndose constancia de la fecha de



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

notificación a Kiss TV Digital, Televisión Digital Madrid e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión.

Kiss TV Digital, Televisión Digital Madrid e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión firmaron, el 18 de abril de 2006, un contrato con Teledifusión para la prestación del servicio de transporte y difusión de la señal de televisión, incluyendo el servicio de gestión del múltiple, en los tres múltiples en que habían resultado adjudicatarias, y han declarado que han comenzado a emitir en digital. Canal 7, por su parte, no ha firmado contrato alguno.

CUARTO.- SOBRE LOS SERVICIOS DE GESTIÓN DEL MÚLTIPLE DIGITAL Y PORTADOR SOPORTE DEL DE DIFUSIÓN DE LA SEÑAL DE TDT.

IV.1. Sobre el gestor del múltiple digital.

El gestor del múltiple es una figura o agente que apareció de forma novedosa con la introducción de la TDT. El Real Decreto 944/2005 regula los aspectos técnicos necesarios para la implantación y el desarrollo de la televisión digital terrestre de ámbito estatal y autonómico, mientras que la correspondiente a la televisión digital terrestre de ámbito local se realizó mediante el Real Decreto 439/2004.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 3.2 de la Ley 41/1995, de 22 de diciembre, de Televisión Local por Ondas Terrestres, cada múltiple digital tendrá capacidad para la difusión de, al menos, cuatro programas de televisión digital. No obstante, en función del desarrollo tecnológico, los órganos competentes de las Comunidades Autónomas podrán establecer un número mayor de programas de televisión digital en cada múltiple de cobertura local (artículo 5 del Real Decreto 439/2004).

El Apéndice de Definiciones del Real Decreto 944/2005 define los conceptos anteriormente citados de la siguiente forma:

*“4. **Múltiple digital:** señal compuesta para transmitir un canal o frecuencia radioeléctrica y que, al utilizar la tecnología digital, permite la incorporación de las señales correspondientes a varios canales de televisión y de las señales correspondientes a varios servicios asociados y a servicios de comunicaciones electrónicas”.*

Como se ha señalado con anterioridad, cada múltiple digital tiene capacidad, en principio, para cuatro canales digitales o programas, definidos por el Real Decreto citado de la siguiente forma:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“5. **Canal digital de televisión:** parte de la capacidad de un múltiple digital que se utiliza para la incorporación en él de un programa de televisión.”*

En definitiva, los programas o canales digitales son una parte de la capacidad de los múltiples, **siendo el múltiple digital la señal compuesta para transmitir el canal o frecuencia radioeléctrica** -que no es sino la “*porción del espectro radioeléctrico que se utiliza para la difusión desde una estación radioeléctrica de una señal de televisión*”, según el apartado 1 del mismo Apéndice-.

Por otra parte, la Disposición adicional tercera del Real Decreto 439/2004 regula la titularidad y gestión conjunta de los múltiples, de la siguiente forma:

*“1. **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”.*

De forma que el Real Decreto citado prevé un uso privativo del dominio público radioeléctrico, puesto que la explotación es individual y excluye a terceros, pero a través de una **concesión de uso compartido** regulada en el artículo 36 del Reglamento del Espectro, que establece que **el concesionario se sujetará a las limitaciones y restricciones inherentes al régimen de asignación de frecuencias. El múltiple es un recurso o parte esencial para la explotación de dicha concesión de uso compartido.**

Más aún, la Disposición adicional sexta del Real Decreto 944/2005 y la Disposición adicional tercera del Real Decreto 439/2004 regulan la gestión del múltiple de la TDT nacional y local, respectivamente. En particular, esta última disposición establece que:

“2. 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. (...)”³ [el subrayado es nuestro]

En el ámbito autonómico de la Comunidad Autónoma de Madrid, la Orden 2562/2004, de 29 de julio, anteriormente citada, establece en su Disposición quinta que “*la entidad [en consideración a la entidad pública que resulte concesionaria] **asume la obligación de compartir el canal múltiple con los concesionarios privados que puedan existir en la misma demarcación en los términos establecidos en el apartado 2 de la Disposición Adicional tercera del Real Decreto 439/2004 (...)**”.*

³ La misma previsión lleva a cabo la Disposición adicional sexta del Real Decreto 944/2005, cuando establece 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.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

El Ministerio de Industria, Turismo y Comercio ha regulado recientemente determinados aspectos relativos a la gestión del múltiple, a través de la Orden ITC/2212/2007, de 12 de julio⁴, por la que se establecen obligaciones y requisitos para los gestores de múltiples digitales de la televisión digital terrestre, de ámbito estatal, autonómico y local.

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”*.

La misma Orden dispone, en su artículo 2.2, cómo puede ejercerse la actividad del gestor del múltiple y, en su artículo 4, el conjunto de obligaciones de carácter técnico que tiene que cumplir dicho gestor, aspectos sobre los que se volverá más adelante.

Esta Comisión se ha pronunciado en ocasiones anteriores acerca de la gestión de los múltiples digitales. Así, en el Acuerdo de 31 de marzo de 2005⁵ se señalaba que en el proceso de la multiplexación de la señal televisiva *“se pueden optar por dos soluciones:*

- *un único operador técnico (operador de múltiple o gestor del múltiple), que se hace cargo de las funciones asociadas al proceso de multiplexación;*
- *gestión compartida del canal múltiple: los operadores de televisión autorizados a explotar un programa dentro de un canal múltiple se hacen cargo, además, de las labores técnicas relacionadas con la multiplexación, lo que, en determinadas materias, exigirá que los operadores que compartan un canal múltiple lleguen a acuerdos entre sí.*

(...) Se trata, pues, de una regulación que posibilita que las entidades que accedan al aprovechamiento de programas dentro de un mismo canal, se puedan asociar para una mejor gestión del canal múltiple, pero no impone la obligación de asociarse. Por tanto, se tiende a permitir a las entidades concesionarias de cada uno de los programas que integran un múltiple que gestionen dichos programas de forma libre, es decir, explotándolos de forma independiente, asociándose con otras entidades concesionarias para la gestión del canal múltiple, o estableciendo con los restantes operadores las reglas necesarias para dicha gestión.

⁴ 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. B.O.E. núm. 173, de 20.07.07.

⁵ Contestación a la Consulta planteada por la Asociación de Televisión Locales de Madrid acerca de la compatibilidad de las obligaciones contenidas en el Pliego de bases del concurso para la adjudicación de concesiones de televisión digital terrenal local convocado por la Comunidad de Madrid con el Plan técnico de la televisión digital local (expediente RO 2004/1906).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Ahora bien, ha de indicarse que el proceso de multiplexación comprende una serie de procesos técnicos: recepción de las señales de los programas que van a emitirse por un mismo múltiplex; codificación de las señales en formato digital MPEG-2; inserción de los flujos de datos correspondientes a las aplicaciones interactivas; generación de tablas SI; gestión dinámica del ancho de banda, codificación de la señal si es televisión de pago, o la multiplexación de la señal propiamente dicha.

(...) Ciertos procesos deben llevarse a cabo de forma coordinada entre las entidades que acceden al múltiplex. Técnicamente sería inviable que cada integrante de un mismo canal múltiple difundiera su propio canal radioeléctrico, ya que debe haber una única integración y una única transmisión desde una determinada ubicación. Entre los procesos que se deben realizar de forma conjunta, cabe destacar los siguientes:

- Recepción y descodificación, en su caso, de las señales de contribución de los programas que integran el múltiplex.*
- Codificación digital de las señales y multiplexación en la trama de transporte.*
- Generación de las tablas de Información de Sistema.*
- Interacción con los servicios de gestión de abonados y autorizaciones de los diferentes programas.*
- Inserción de los flujos de datos correspondientes a las aplicaciones interactivas.*

Asimismo, la compartición del múltiplex obliga a las entidades concesionarias a llegar a un acuerdo en lo que respecta al servicio soporte del servicio de difusión que van a utilizar, de modo que sus programas se emitan a través de una única red.”

En definitiva, tal como se establecía por esta Comisión y ha sido confirmado y precisado en la Orden ITC/2212/2007, se trata de una regulación que permite a las entidades concesionarias que gestionen comercialmente los programas en los que han resultado adjudicatarias de forma independiente, pero debiendo establecer de mutuo acuerdo la fórmula para la gestión del múltiple bien mediante la elección en común de un operador prestador del servicio o bien mediante la constitución de una entidad o asociación o mediante la adopción de acuerdos puntuales de forma que se puedan autoprestar el servicio.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha advertido⁶ de las posibles ineficiencias de una gestión parcial del múltiple que puede desaprovechar *“las ventajas de una gestión única que permite un mejor aprovechamiento del espectro y del flujo de datos asociado, al poder establecerse una asignación dinámica de ancho de banda entre los distintos programas, dando lugar a un aprovechamiento más eficiente del ancho de banda”*.

El paso de la tecnología analógica a la digital conlleva un conjunto de ventajas que han de ser bien gestionadas, como son, además de la mejora de la calidad

⁶ Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, de 8 de junio de 2000, por el que se aprueba la Contestación a la Consulta planteada por Telefónica Media, S.A., sociedad unipersonal, en relación a la figura del operador del canal múltiplex (SC 1999/1043) o Acuerdo de 31 de marzo de 2005 anteriormente citado.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

de la imagen y el sonido, la posibilidad de prestar servicios interactivos y la mejora del aprovechamiento del espectro radioeléctrico y, en consecuencia, el aumento del número de programas transmitidos o, en su defecto, el aprovechamiento de dicho espectro para otros usos.⁷

Asimismo, debe recordarse la previsión contenida en el artículo 6.2 del Real Decreto 439/2004, de que se pueda destinar hasta un 20 por ciento de la capacidad de transmisión digital del múltiple para la prestación de servicios adicionales de datos, siempre y cuando se asegure una calidad de servicio satisfactoria.

Para asegurar a todos los adjudicatarios una gestión eficiente de la capacidad que ofrece el múltiple en los términos anteriores y optimizar el aprovechamiento de la capacidad de cada programa y de la frecuencia es necesario que la prestación del servicio portador soporte y la gestión del múltiple sean pacíficas y estén desempeñadas de forma neutral.

IV.2. Sobre el servicio soporte del de difusión de la TDT.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ha definido la figura del servicio portador soporte de los servicios de difusión de la televisión digital en su Resolución de 31 de marzo de 2005 anteriormente citada, como,

“aquel servicio de telecomunicaciones que tiene por finalidad el transporte unidireccional de las señales de los servicios de televisión, desde los centros de producción de las mismas hasta los medios de propagación por los que se difunden en condiciones apropiadas para que puedan ser captadas libremente por los usuarios. Se trata, pues, del conjunto de actividades técnicas necesarias para poner a disposición del público determinados servicios vía ondas hertzianas terrenales.

Estas actividades engloban (i) el transporte, entendido como la comunicación punto a punto de la señal audiovisual, utilizando para ello fibra óptica, satélite, frecuencias radioeléctricas o cualquier combinación de tecnologías; y (ii) la difusión, entendida como la comunicación punto-multidestino de la señal audiovisual desde el centro emisor hasta los usuarios finales (antenas receptoras de los hogares) a través de redes que hacen uso de las específicas frecuencias radioeléctricas.”

El servicio portador soporte de los servicios de difusión era definido en la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, en cuya Disposición transitoria séptima se señalaba que *“la prestación del servicio portador de los*

⁷ Como se señalaba en el Acuerdo de 5 de febrero de 2004, por el que se aprueba el Informe al Ministerio de Ciencia y Tecnología en relación con el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Plan TDTL (expediente DT 2004/146), *“cuantos más programas se puedan albergar en ese canal múltiple, mayor será el aprovechamiento que se haga del espectro. Se trata, por tanto, de una cuestión que no es baladí, ya que el aumento del número de programas que pueden emitirse permitirá a nuevos operadores incorporarse al mercado de la televisión por ondas, (...) en beneficio del pluralismo informativo (al permitir el acceso de nuevas voces al debate público que tiene lugar en los medios de comunicación), y puede favorecer la aparición de programas temáticos que atiendan determinadas necesidades culturales y de ocio de los ciudadanos (...).”*



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicios de difusión comprenderá el transporte y la distribución de las señales de difusión de televisión, desde el centro de recepción de la entidad encargada de prestarlo hasta los centros emisores que constituyen la red de difusión primaria. También incluirá la emisión de las señales de esos servicios públicos de difusión, en la correspondiente zona de servicio, mediante las redes de difusión primaria, constituidas por los centros emisores, y las redes de difusión secundaria, integradas por los centros reemisores.”

El servicio portador soporte del servicio de difusión de televisión es un servicio de comunicaciones electrónicas de interés general que fue liberalizado por la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, y por el Real Decreto-ley 16/1999, de 15 octubre, que adopta medidas urgentes para combatir la inflación y facilitar un mayor grado de competencia en las telecomunicaciones, y como tal se presta en régimen de libre competencia. Los concesionarios de televisión digital pueden elegir y contratar libremente la prestación de este servicio, como se ha señalado por esta Comisión en varias ocasiones⁸.

Dicho servicio no tiene por qué ser prestado por el gestor del múltiple, pero en la práctica viene condicionado por la elección del gestor del múltiple, y más aun en televisión digital local, donde, al circunscribirse el ámbito de cobertura a pequeñas áreas, se requiere de una infraestructura no muy extensa (pocos centros emisores) para prestar el servicio de difusión, por lo que toda la actividad (multiplexación, transporte y difusión) puede hacerse conjuntamente.

En otro caso, **aunque no se haga conjuntamente por la misma entidad, de todas formas el gestor del múltiple debe entregar la señal a un único prestador del servicio soporte**, debiendo ser el flujo de señal único de un centro a otro, por lo que debe haber un gestor y un emisor como máximo. En definitiva, los concesionarios han de ponerse de acuerdo para la provisión de ambos servicios.

Como ya señaló la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones en su Resolución de 31 de marzo de 2005, “(...) *la elección del operador del servicio soporte es una de las decisiones relativas a la gestión del canal múltiple que deben tomar de común acuerdo las entidades que accedan a dicho canal, al ser técnicamente inviable que cada integrante del múltiplex difunda su propio canal radioeléctrico*”.

Lo anterior se constata de forma evidente en el presente procedimiento, al resultar de las circunstancias particulares del supuesto analizado que Teledifusión y Radiodifusión ofertan la prestación conjunta de los dos servicios,

⁸ Contestación a la Consulta planteada por la Asociación de Televisiónes Locales de Madrid, op. cit., páginas 10 y 11, y Contestación a la consulta planteada por Medialatina Holdings, S.A. acerca de determinadas bases que habrían de regir la contratación del servicio portador soporte del servicio público de televisión y radio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (RO 2004/1537), páginas 22 y siguientes.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

esto es, la gestión del múltiple digital y la prestación del servicio soporte de difusión de la señal de televisión, y los contratos que han firmado Kiss TV Digital, Televisión Digital Madrid e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión con Teledifusión en fecha 18 de abril de 2006 tienen como objeto la prestación de ambos servicios de forma empaquetada, por lo que la controversia objeto del presente expediente afecta a ambos servicios.

QUINTO.- SOBRE LA DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA DEL REAL DECRETO 439/2004: INTERPRETACIÓN DEL CONCEPTO DE “COMÚN ACUERDO” Y FORMAS DE GESTIÓN DEL MÚLTIPLE DIGITAL.

La Disposición adicional tercera, apartado segundo, del Real Decreto 439/2004, señala que las entidades concesionarias que compartan un múltiple **“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”**. Como se señala posteriormente, la Orden ITC/2212/2007, dictada el 12 de julio de 2007, confirma el criterio del común o mutuo acuerdo entre todos los concesionarios que dispongan de un título para la prestación del servicio de TDT, para establecer la fórmula para la gestión del múltiple.

La disposición citada obliga a los concesionarios a ponerse de acuerdo en lo que respecta a la gestión del múltiple y, en consecuencia, a elegir de común acuerdo al prestador del servicio soporte del de la TDT. Las entidades que comparten un mismo canal radioeléctrico o múltiple 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 citada no prevé las reglas para la adopción de tales acuerdos en el seno de cada múltiple y resolver los conflictos que se puedan producir en la elección de la forma de gestionar el múltiple digital.

V.1. Sobre los hechos producidos y las alegaciones de las partes.

Kiss TV Digital, Televisión Digital Madrid e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión firmaron con Teledifusión, en fecha 18 de abril de 2006, los contratos para la prestación del servicio soporte del de la TDT local para las demarcaciones de Collado Villalba, Pozuelo de Alarcón y Aranjuez, sin tener en consideración en dicha decisión a Canal 7 ni comunicárselo a los Ayuntamientos de los municipios integrados en dichas demarcaciones.

Por lo que respecta a las Corporaciones locales, no estando a día de hoy el cuarto canal digital adjudicado a entidades concretas y no pudiendo comenzar su explotación, es razonable que no se dilatara una decisión, por cuanto las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

concesionarias actuales no podían esperar para comenzar sus emisiones, lo que había de producirse en mayo de 2006.

En lo que atañe a Canal 7, el planteamiento es diferente, en la medida en que esta entidad es concesionaria desde el mismo momento que las demás entidades en conflicto, el 5 de agosto de 2005.

De las alegaciones de las partes y documentos incorporados a sus escritos, se desprende que Canal 7 dirigió una carta a los demás concesionarios en fecha 10 de julio de 2006, comunicándoles que había recibido las dos ofertas de Teledifusión y Radiodifusión para la prestación del “servicio portador de telecomunicaciones”, conminando a los demás a que aceptaran la segunda oferta. Tanto Iniciativas Radiofónicas y de Televisión como Televisión Digital Madrid contestaron en sendas cartas de 18 y 17 de julio, respectivamente, informando a Canal 7 de que ya habían firmado un contrato con Teledifusión.

Los interesados en el presente procedimiento han defendido diversas teorías para la interpretación de la regla del “común acuerdo” de la Disposición adicional citada:

- Canal 7 estimaba, en su escrito inicial, que la elección del gestor se tendría que haber llevado a cabo de común acuerdo entre todos los concesionarios, motivo por el que solicita a esta Comisión que decida cuál de las dos entidades (Radiodifusión o Teledifusión) será el operador que preste el servicio portador soporte del de la TDT local y de gestión de los múltiples controvertidos.
- Para Kiss TV Digital, Televisión Digital Madrid e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión, la designación de Teledifusión *“fue realizada por las entidades concesionarias que prestan sus servicios de televisión desde el canal múltiple por votación o acuerdo mayoritario”*.

Los interesados defienden la regla de la mayoría como *“criterio estrictamente democrático”*. Para dichas entidades, el “común acuerdo” al que se refiere el Real Decreto 439/2004 no quiere decir que deba existir unanimidad sino que debe interpretarse dicha mención, *“atendiendo a criterios de agilidad en el funcionamiento del mismo [del múltiple] y de pura lógica, sujeta al criterio de la mayoría (...)”*.

Los concesionarios aludidos justifican su decisión en la obligación que tenían de comenzar la emisión de sus programas, de acuerdo con la Disposición vigésimo novena de la Orden 3019/2004, y en las condiciones de la oferta presentada por Teledifusión.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el escrito presentado en el trámite de audiencia, las tres entidades citadas señalan que la citada Disposición adicional tercera se refiere a la necesidad de asociarse y *“las asociaciones (como cualquier entidad que englobe a un colectivo) adoptan sus acuerdos por mayoría”*. Así, se refieren al régimen interno y a la forma de adopción de acuerdos por la Asamblea General de las asociaciones, en defecto de otra regla establecida por los Estatutos, que señala el artículo 12 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación. El artículo 12.d) de la citada Ley se remite a mayoría simple o cualificada.

En base a lo anterior, entienden que no procede exigir unanimidad. Y afirman que *“como en cualquier ámbito asociativo, corporativo o societario, lo mejor para la entidad (...) lo determinan sus componentes y no puede ser sustituido el criterio de sus componentes por otro criterio distinto”*.

Por otra parte, señalan que la Disposición adicional tercera del Real Decreto 439/2004 no se refiere a la elección del proveedor del servicio *“sino a la gestión de aquella capacidad del múltiple útil para la prestación de los denominados servicios adicionales TDT”*.

- Por su parte, Radiodifusión, en su escrito presentado el 16 de febrero de 2007, señala que el Plan TDTL *“exige el concurso de todos los concesionarios para la toma de decisiones sobre el múltiple”*, que *“requiere la unanimidad de los concesionarios, única forma de alcanzar un acuerdo”*. Para esta entidad, nos encontramos ante una obligación legal de hacer mancomunada e indivisible:

“(...) parece claro que la obligación de acordar las condiciones de compartición del canal múltiple es una obligación mancomunada. Nos encontramos ante una única obligación con varios sujetos pasivos. (...) se trata de una sola obligación que afecta a todos los concesionarios que comparten canal. Más allá, no cabe calificar la obligación como solidaria sino como mancomunada, pues como establece el artículo 1137 del Código Civil, la solidaridad en la obligación sólo se producirá cuando así esté previsto expresamente, cosa que no ocurre en el caso que nos ocupa.”

Según Radiodifusión, *“la descrita actuación de tres concesionarios sin la participación del resto resulta contraria a derecho en cuanto no se ha realizado de común acuerdo entre todos los concesionarios ni mediante actos colectivos de todos ellos”*.

Señala Radiodifusión que ante la imposibilidad de alcanzar un acuerdo por unanimidad, corresponde a esta Comisión adoptar la decisión sobre la identidad del gestor del múltiple. Así, el criterio fundamental para



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

adoptar dicha decisión debe ser el de la “*mejor gestión de todo lo que afecte al canal en su conjunto*”, es decir, en función de criterios objetivos en el ámbito de cada canal radioeléctrico o múltiple digital.

- Teledifusión y el Consorcio Madrid-Noroeste defienden el criterio de la mayoría que, según ellos, ha primado en la elección del gestor del múltiple.

V.2. Interpretación de los criterios establecidos en la normativa aplicable para decidir la fórmula de gestión del múltiple.

Como consideración de orden previo, ha de señalarse que, al contrario de lo que han alegado Kiss TV Digital, Televisión Digital Madrid e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión, la Disposición adicional tercera del Real Decreto 439/2004 no se refiere únicamente a la gestión de la capacidad del múltiple útil para la prestación de los denominados servicios adicionales de la TDT. La Disposición adicional tercera citada 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 que se traduce la necesidad de adoptar de común acuerdo cualquier decisión que afecte a la gestión del múltiple. La fórmula no podía ser más clara.

Ya en relación con la determinación de la forma en que deban adoptarse los acuerdos de que se trate en el seno de los múltiples digitales, tal y como se señalaba en el informe de audiencia, esta Comisión entiende que el instituto de las obligaciones legales mancomunadas no es el más adecuado para instrumentar los derechos y obligaciones que afectan a las entidades que comparten los múltiples.

Esta Comisión entiende que asiste la razón a Radiodifusión cuando afirma que la actuación de Kiss TV Digital, Televisión Digital Madrid e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión ha sido contraria a Derecho, en la medida en que no han convocado a Canal 7, y por tanto no han intentado ponerse de acuerdo con dicha entidad, para acordar la forma de gestionar cada uno de los múltiples afectados.

Entrando en la cuestión de fondo, se ha señalado anteriormente que la Orden ITC/2212/2007 reproduce el criterio del “común acuerdo” de la Disposición adicional tercera, apartado segundo, del Real Decreto 439/2004, y se refiere al “acuerdo libremente adoptado” entre los interesados o al establecimiento “de mutuo acuerdo” de la fórmula para la gestión del múltiple (artículo 2.2 de la Orden). Tal precepto establece que **la actividad del gestor del múltiple puede ejercerse:**



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

*“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 correspondiente de la Administración general del Estado de conformidad con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 42 de la Orden del Ministerio de Fomento, de 9 de marzo de 2000, por la que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 11/1998, de 24 de abril, general de Telecomunicaciones, en lo relativo al dominio público radioeléctrico. (...)***

c. En el supuesto en que existan distintos titulares de derechos de uso del dominio público radioeléctrico dentro de un mismo canal 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 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 de conformidad con el artículo 6.2 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones”.

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 digital:

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 439/2004-⁹.

⁹ “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 surjan.”



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 jurídico¹⁰. 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.

Kiss TV Digital, Televisión Digital Madrid e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión afirman literalmente que se está intentando suplantar el criterio democrático (mayoritario) de la asociación que han creado por imposición de la Disposición adicional tercera del Real Decreto 439/2004. Los concesionarios mencionados alegan que la asociación creada por ellos debe seguir la regla de adopción de acuerdos por mayoría, refiriéndose a este respecto a la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación, y a las reglas de régimen interno de las asociaciones previstas por dicha Ley.

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 estos extremos.

Teledifusión ha afirmado en alguna ocasión¹¹ que dicha entidad se ha constituido para prestar el servicio soporte en régimen de autoprestación. Teledifusión fue constituida en diciembre de 2005 por la mayoría de sociedades adjudicatarias de concesiones de televisión local en la Comunidad de Madrid, en particular, por Centanor Spain, S.L., Homo Virtualis, S.A., Libertad Digital, S.A., Unedisa Telecomunicaciones, S.L., Uniprex Televisión, S.L. y las concesionarias parte en el presente conflicto Kiss TV Digital, Iniciativas Radiofónicas y de Televisión y Televisión Digital Madrid, muchas de las cuales integran otros canales múltiples completos (sin contar con el cuarto canal reservado a gestión directa).

Sin embargo, Teledifusión no está creada bajo los parámetros del artículo 2.2.c) de la Orden citada en los tres múltiples controvertidos: no presta el

¹⁰ "A las leyes, a la moral o al orden público" – artículo 1255 del Código Civil.

¹¹ Véase la Nota de prensa aportada por Canal 7, como documento 11, junto a su escrito de 11 de septiembre de 2006.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

servicio en tales múltiples en régimen de autoprestación, al no estar constituida por todos, y sólo, los integrantes de los mismos. 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. Pero es que, además, no funciona como entidad sin ánimo de lucro, esto es, sin obtener un beneficio empresarial de terceros en el mercado, por lo que, en ningún caso, se inscribe en el supuesto de la letra c) del artículo 2.2 analizado.

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 de los concesionarios, como alegaban Canal 7 y Radiodifusión. A juicio de la 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**



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

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 minoritario¹².

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 (en adelante, "CC") 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 (en adelante, "Ley de Sociedades Anónimas"), aprobado por el Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 diciembre, o en los artículos 43 y 53 de la Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada (en adelante, "Ley de Sociedades Limitadas").

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 quórums para la válida constitución de la Junta y la adopción de los acuerdos y prevé la posibilidad de que los Estatutos refuercen dichos quórums 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 el caso que nos ocupa, Kiss TV Digital, Iniciativas Radiofónicas y de Televisión y Televisión Digital Madrid han optado por contratar con un operador de comunicaciones electrónicas, Teledifusión, pero sin contar con la participación de los demás concesionarios. En este sentido, los contratos firmados por Teledifusión pudieran estar viciados de nulidad, al ser contrarios a una norma imperativa o incluso haber sido ejecutados en fraude de Ley (artículo 6 del CC).

En consecuencia, en la medida en que no se convocó ni se invitó a participar a Canal 7 en el proceso de elección del gestor del múltiple, **procede, en el supuesto de que Canal 7 así lo solicite al resto de los**

¹² Para las sociedades anónimas, véase la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 15 de abril de 1991.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

concesionarios, retrotraer las actuaciones al momento en que hubo de tomar una decisión en cuanto a la gestión de los múltiples, con el fin de que estén todos los concesionarios integrantes de los múltiples afectados presentes y se pueda contar con la participación de Canal 7 para adoptar por mayoría la decisión de que se trate.

SEXTO.- SOBRE LOS SUPUESTOS EN LOS QUE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES DEBE INTERVENIR. PRINCIPIOS ESENCIALES PARA LA ELECCIÓN DEL GESTOR DEL MÚLTIPLE Y SU FUNCIONAMIENTO.

Sentado el criterio de la mayoría en el Fundamento de Derecho anterior, esta Comisión entiende que hay una serie de supuestos en los que deberá intervenir en todo caso para solucionar los conflictos que surjan.

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

Así, la configuración de la gestión de los múltiples digitales debe resultar adecuada para la salvaguarda de la competencia y para evitar que de la misma puedan resultar lesionados los derechos de explotación exclusiva que tienen los demás concesionarios.

La delimitación de los anteriores criterios está presidida por el principio de intervención mínima de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en virtud del cual se establecen, en la presente resolución, una serie de criterios mínimos que a juicio de este organismo público deben ser de obligado cumplimiento, quedando el resto al ámbito de la autonomía de voluntad de las partes.

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



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

conflictos que pudieran suscitarse en la interpretación o ejecución de los principios aquí recogidos.

VI.1. Elección del gestor del múltiple digital.

Todos los concesionarios tienen el 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 los concesionarios para que los distintos operadores de comunicaciones electrónicas interesados puedan presentar sus ofertas en el mismo período 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.

VI.2. Ofertas.

Las ofertas deben ser transparentes y no discriminatorias. En este sentido, las ofertas deberían contener separadamente los precios aplicados por las tareas relativas a la gestión de cada programa y múltiple digital y por el servicio soporte del de la TDT asociado, en su caso, porque ello garantiza la transparencia de las ofertas y de los precios en función de los servicios ofrecidos en cada múltiple digital. A este respecto, Radiodifusión ha sostenido en su escrito de alegaciones presentado en el trámite de audiencia que:

“Esa Comisión debe ser consciente de que los costes de prestación del servicio no son los mismos en todas las demarcaciones, dadas las diferencias en su tamaño, orografía, etc. Como consecuencia, los equipos necesarios para prestar el servicio en cada demarcación son diferentes y tiene diferentes costes. Así, cuando las ofertas recogen un precio conjunto para varias demarcaciones, no cabe dividir proporcionalmente el precio total entre el número de demarcaciones para identificar el precio que correspondería a cada demarcación. No resulta sencilla, pues una distribución salomónica de las demarcaciones entre los ofertantes, pues podría ser necesaria una revisión de las ofertas económicas”.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Los precios de las ofertas han de ser, asimismo, no discriminatorios entre los concesionarios.

VI.3. Supuesto en el que el gestor es una empresa en participación de parte de los concesionarios.

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 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).

VI.4. Duración de los contratos.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ya se ha pronunciado con anterioridad sobre la especial naturaleza de este mercado, donde la contratación de un operador concreto excluye al resto de la prestación del servicio objeto del contrato, de forma que se produce un efecto excluyente del resto de los competidores del mercado que tiene su origen en la naturaleza del servicio prestado y en el reducido número de potenciales demandantes del mismo por la limitación tecnológica derivada de la escasez del espectro radioeléctrico¹³.

La normativa comunitaria de competencia se refiere al impacto de las cláusulas de no competencia en el marco de las relaciones verticales que se establecen entre proveedores y clientes de un determinado bien o servicio. Con carácter general, entran dentro de la exención de “puerto seguro” establecida por el

¹³ Acuerdo del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 26 de julio de 2001, por el que se aprueba la Resolución sobre la solicitud de intervención de Medialatina, S.A., con relación a determinadas prácticas con posible carácter anticompetitivo por parte de Retevisión, S.A. en el mercado de servicios portadores soporte de radiodifusión (ME 2000/3529).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Reglamento núm. 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas, aquellos compromisos de no competencia donde la cuota de mercado del proveedor no supera el 30% del mercado de referencia, y donde la duración de la cláusula de no competencia se limita en el tiempo a un máximo de cinco años. Por encima del umbral de la cuota de mercado señalada, o en caso de excederse el plazo de cinco años, debe analizarse caso por caso si tal cláusula podría generar efectos anticompetitivos en el mercado de referencia y pudiera ser una práctica concertada anticompetitiva de acuerdo con el artículo 81 del Tratado CE¹⁴.

VI.5. *Criterios técnicos.*

La 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.

A este respecto, han de distinguirse los dos servicios que pueden contratarse de forma conjunta.

a) En relación con el servicio de gestión del múltiple digital:

Cualquier oferta debe contener las funciones que se vayan a prestar respecto de:

- la conformación del múltiple digital mediante la multiplexación de las señales correspondientes a las diferentes concesionarias;
- la compresión de las señales de audio y video;
- cómo se va a llevar a cabo la inserción de componentes de datos; y,
- la generación e inyección de la información de servicio del múltiple digital.

El artículo 4 de la Orden ITC/2212/2007 establece que sin perjuicio del acuerdo que las partes pudieran alcanzar, el gestor del múltiple digital debe asumir, como mínimo, las siguientes obligaciones de carácter técnico:

¹⁴ Véanse asimismo a estos efectos la Resolución sobre el conflicto presentado por Veo Televisión, S.A. y Sociedad Gestora de Televisión Net TV, S.A., sobre las condiciones de prestación del servicio portador soporte del servicio de difusión de la señal de televisión digital prestado por la empresa Retevisión I, S.A.U. (MTZ 2002/6935) y la Contestación a la Consulta planteada por Medialatina Holdings, S.A. acerca de determinadas bases que habían de regir la contratación del servicio portador soporte del servicio público de televisión y radio de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares (RO 2004/1537).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a) Coordinar los aspectos técnicos con los operadores de red de recogida, de transporte y de difusión de señales de televisión digital terrestre para las distintas zonas de servicio, en función del ámbito de cobertura de las concesiones de canales digitales que integran el múltiple digital.

b) Poner a disposición las instalaciones técnicas de codificación y multiplexación de los componentes de video, audio y datos, incluidos los correspondientes a los servicios interactivos provenientes de las diferentes entidades habilitadas.

c) Generar e integrar la información de servicio requerida elaborando las tablas de Información de Servicio DVB necesarias para la correcta difusión del múltiple digital de acuerdo con la normativa de aplicación, con los parámetros definidos al respecto, y respetando los valores asignados y registrados en el Registro de parámetros de información de los servicios de televisión digital terrestre cuya gestión corresponde a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

d) Poner a disposición los medios técnicos necesarios para la inserción en el múltiple digital de la información de servicio de carácter común del múltiple digital y la particular de los canales digitales de cada una de las entidades habilitadas, en su caso.

e) Proveer los medios técnicos necesarios para la inserción en el múltiple de las aplicaciones y servicios interactivos de cada entidad habilitada, en su caso.

f) Proveer los medios técnicos necesarios para la inserción en el múltiple de los servicios de actualización del «software» de los equipos terminales de televisión digital terrestre de usuario final, en función de los acuerdos que se establezcan con las entidades habilitadas, en su caso.

g) Realizar la remultiplexación de contenidos de ámbito inferior al estatal o autonómico, según corresponda, que permita llevar a cabo las desconexiones territoriales en el supuesto de que dicha funcionalidad sea requerida por las entidades habilitadas siempre que se trate de redes planificadas con dicha capacidad de desconexión.

h) Realizar la multiplexación estadística de las señales de las diferentes entidades habilitadas con la finalidad de optimizar la calidad de la señal de video ofrecida al usuario final, siempre y cuando se haya acordado con dichos prestadores.

i) Controlar los componentes de video, audio y datos, incluidos los correspondientes a los servicios interactivos, de los canales digitales multiplexados, así como de la señalización correspondiente.

j) Detectar los errores o deficiencias y mantener los parámetros de calidad en la señal recibida de los prestadores de servicios audiovisuales o en la entregada



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a la red de distribución, en función de los objetivos de calidad de servicio acordada con dichas entidades.”

Algunas de las anteriores obligaciones se establecen condicionadas a las peculiaridades de cada múltiple digital o al acuerdo que se alcance con las entidades habilitadas o concesionarias, por lo que la propuesta técnica de un gestor del múltiple digital podrá referirse a un mayor o menor número de prestaciones relacionadas en el precepto transcrito.

Así, la contratación de algunas funcionalidades es voluntaria o modulable para los concesionarios. Esta Comisión únicamente intervendrá si con su decisión la mayoría bloquea el ejercicio, por el concesionario que se encuentre en minoría, de su derecho de explotación de su programa. A este respecto, pueden citarse los siguientes supuestos:

- La letra d) del artículo 4 de la Orden ITC/2212/2007 se refiere a la obligación del gestor del múltiple de poner a disposición de los concesionarios los medios técnicos necesarios para la inserción en el múltiple digital de la información de servicio de carácter común del múltiple digital y la particular de los canales digitales de cada una de las entidades habilitadas, en su caso.

El gestor debe garantizar en todo caso la inserción de la información de carácter particular de todos los concesionarios, al objeto de facilitar la visualización de las parrillas de programación o guías electrónicas de programación (EPG) en los receptores de los usuarios finales, aunque tenga que facilitar un precio distinto a cada uno de ellos. El “en su caso” de la letra citada se refiere al supuesto de que cualquier concesionario lo solicite.

El factor diferencial en la provisión de este servicio consiste en poner a disposición de la entidad habilitada los sistemas necesarios para la gestión de su parrilla de programación, incluyendo funcionalidades de edición, modificación, generación de altas y borrados, e incluso volcado automático desde los sistemas de programación habitualmente empleados en los estudios. Asimismo, deben incluirse los equipos que llevan a cabo la compilación de la mencionada información de programación así como la generación del carrusel de datos que contiene las tablas PSI-SI listas para su incorporación al multiplexor.

- La misma conclusión se alcanza respecto de la inserción en el múltiple de las aplicaciones y servicios interactivos de cada entidad



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

habilitada, a la que se refiere la letra e) del artículo 4 de la Orden ministerial de referencia.

Deben proporcionarse los recursos mínimos para la inserción en el multiplexor de este tipo de información de cualquier concesionario que lo solicite. El factor diferencial en la provisión de este servicio consiste en poner a disposición de la entidad habilitada los sistemas necesarios para el hospedaje de las aplicaciones interactivas de la entidad habilitada, que permita funcionalidades de edición, borrado o modificación, así como la incorporación automática de actualizaciones. Asimismo, deben incluirse los equipos que compilan dinámicamente los ficheros correspondientes a las aplicaciones interactivas y generan el carrusel de objetos listo para su incorporación al multiplexor.

- o Además, deben proporcionarse a cualquier concesionario que lo solicite los medios técnicos necesarios para la inserción en el múltiple de los servicios de actualización del software de los equipos terminales de televisión digital terrestre de usuario final, a que se refiere la letra f) del artículo 4 de la Orden ITC 2212/2007.
 - o Finalmente, en relación con la realización de la multiplexación estadística de las señales de los concesionarios, a que se refiere la letra h) del artículo 4 de la Orden, tendría que respetarse la opción de cualquier concesionario de no contratar esta facilidad, sin tener que aceptar el pago de la multiplexación estadística aunque una mayoría lo solicite.
- b) En relación con el servicio portador soporte del servicio de difusión de la señal de TDT:

Estos servicios incluyen el transporte y la difusión de la señal de televisión. La Comisión únicamente intervendrá si se elige por mayoría una oferta técnica en la que de forma flagrante se comprueben compromisos mucho peores en prestaciones relevantes, tales como la disponibilidad del servicio, la cobertura poblacional o los compromisos de calidad y respuesta ofrecidos en el acuerdo de nivel de servicio (SLA).

El acuerdo de nivel de servicio o SLA resulta uno de los parámetros clave en cualquier oferta técnica. Garantizar un buen SLA implica el empleo de equipos de calidad y especialmente de configuraciones redundantes en toda la cadena desde el primer codificador al último sistema radiante.

VI.6. Criterios de funcionamiento del múltiple.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Deben respetarse unos principios básicos de buena fe y transparencia e información entre los concesionarios integrantes de los múltiples digitales.

Todos los concesionarios tienen el derecho a participar en la gestión del múltiple digital en el que han obtenido una concesión. Así, deberían participar en la decisión de todos los asuntos concernientes a la gestión de dicho múltiple. Con carácter previo a cualquier modificación del contrato con el gestor, deberá haber un proceso de información y consulta entre los concesionarios a fin de que todos puedan emitir su opinión. Se entiende que las prestaciones contratadas con el gestor del múltiple, que afecten a la explotación de los concesionarios participantes del múltiple, no pueden ser modificadas unilateralmente por uno o varios de los concesionarios, sin someterse dicha modificación a deliberación conjunta de todos. Para llevar a cabo la modificación mencionada, será suficiente con el acuerdo de la mayoría de los partícipes en la deliberación.

Los concesionarios deberán informarse entre ellos de forma fehaciente y con la antelación suficiente de las modificaciones que pretendan plantear en la actividad de gestión del múltiple.

VI.7. Participación del cuarto concesionario en el múltiple digital.

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 mismos derechos de participación en los múltiples y modificarán el equilibrio de mayorías presente en el múltiple.

Se podría prever ya en las ofertas que presenten 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 una oferta de otro operador de comunicaciones electrónicas podrá presentarla a los demás concesionarios, quienes deberán tenerla en consideración en su momento.

SÉPTIMO.- APLICACIÓN DE LOS ANTERIORES PRINCIPIOS A LA CONTROVERSA CONOCIDA EN EL PRESENTE EXPEDIENTE.

Deben aplicarse los anteriores criterios al conflicto objeto del presente expediente.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En primer lugar, en el supuesto analizado, como se señaló con anterioridad, los concesionarios integrantes de cada múltiple no han decidido asociarse para gestionarlo en autoprestación ni han llegado a un acuerdo por mayoría sobre quien deba ser el gestor y el prestador del servicio soporte del de la TDT. Sin embargo, esta Comisión no puede estimar la pretensión de Canal 7 de que se elija al operador que preste el servicio soporte y de gestión del múltiple porque ello supondría suplantar el criterio de la mayoría de los concesionarios y porque las ofertas, como se analizará a continuación, tienen carencias que impiden su comparación objetiva.

En línea con lo mantenido en los Fundamentos de Derecho anteriores, si Canal 7 lo solicita a los demás concesionarios, deberán retrotraerse las actuaciones al momento en que se eligió al gestor del múltiple y prestador del servicio soporte, debiendo reunirse y adoptar la decisión por mayoría y debiendo quedar constancia fehaciente de lo acordado.

En segundo lugar, si se procede de tal forma, deberá respetarse el procedimiento indicado anteriormente en la presentación de ofertas y adjudicación del servicio al operador de que se trate. Los concesionarios, en el seno de cada múltiple, deben arbitrar un sistema a través del cual puedan recibir y valorar al mismo tiempo todas las ofertas de los operadores de comunicaciones electrónicas interesados –Teledifusión, Radiodifusión y otros, si los hubiera-.

En todo caso, han de formularse las siguientes consideraciones en relación con las ofertas presentadas en su momento¹⁵:

VII.1. Los precios recogidos han de ser transparentes y no discriminatorios.

De conformidad con los contratos firmados por Kiss TV Digital, Iniciativas Radiofónicas y de Televisión y Televisión Digital Madrid con Teledifusión, cada concesionario debía abonar la cantidad de 22.411 euros anuales en cada demarcación, por la prestación de los servicios objeto del contrato.

¹⁵ Las ofertas inicialmente presentadas por Radiodifusión y Teledifusión fueron las siguientes:

- “Oferta comercial servicio portador telecomunicaciones”, emitida en fecha 28 de junio de 2006 (documento número 9 adjunto al escrito inicial de Canal 7) y remitida a las concesionarias con fecha 10 de julio de 2006 (documentos números 3 a 8 adjuntos al escrito inicial de Canal 7).

Hay un documento posterior, que se aporta por Radiodifusión en fecha 30 de marzo de 2007 junto con la contestación al requerimiento de información formulado por la Comisión, denominado “Propuesta técnica de equipamiento de cabeceras de TDT en las demarcaciones de Aranjuez, Collado Villalba y Pozuelo de Alarcón, en la Comunidad Autónoma de Madrid” que está fechado a 8 de agosto de 2006, y del que no consta su presentación a las concesionarias.

- Respecto de Teledifusión no obra en el expediente ninguna oferta, sino los contratos firmados con Kiss TV Digital, Iniciativas Radiofónicas y de Televisión y Televisión Digital Madrid, en fecha 18 de abril de 2006, y el borrador de contrato remitido a Canal 7 en junio de 2006 (aportado como Documento núm. 10 adjunto al escrito de Canal 7).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La oferta de Radiodifusión señalaba un precio conjunto por las tres demarcaciones. En términos literales, la oferta establecía que:

“El precio del servicio ofertado por las TRES demarcaciones es de SESENTA MIL EUROS (60.000 €) anuales, lo que equivale a 15.000 € por cada uno de los actuales cuatro concesionarios de los otros tantos servicios de televisión.”

La formulación de los precios anteriores hace muy difícil su comparación. Teledifusión ofrece un precio por concesionario y demarcación, mientras que Radiodifusión ofrece un precio por las tres demarcaciones, y establece que ello implica un precio de 15.000 euros por cada uno de los actuales cuatro concesionarios: ello únicamente puede significar que se solicitaban 60.000 euros por cada demarcación a dividir entre los cuatro concesionarios (15.000 cada uno, en consecuencia, en cada demarcación).

Así lo han defendido, además, Canal 7 y Radiodifusión en los escritos presentados en el seno del presente expediente¹⁶.

Si es así, el precio ofertado por Radiodifusión parecería ser inferior al ofertado por Teledifusión, pero dichos precios no se pueden comparar desde el momento en que las ofertas no contienen las mismas prestaciones ni el mismo detalle.

VII.2. Participación de Kiss TV Digital, Iniciativas Radiofónicas y de Televisión y Televisión Digital Madrid en el capital social de Teledifusión.

En el supuesto de que por la mayoría de los concesionarios se elija a Teledifusión, debe tenerse en consideración que la misma está participada, entre otras empresas, por Kiss TV Digital, Iniciativas Radiofónicas y de Televisión y Televisión Digital Madrid, como se señaló con anterioridad.

Canal 7 alegaba en su escrito inicial que Teledifusión le impone unos precios y condiciones diferentes y más gravosas que a los restantes concesionarios, que son socios de Teledifusión. Denunciaba una discriminación o trato desigual en virtud de tal circunstancia.

Los contratos firmados con las tres sociedades citadas y el ofrecido a Canal 7 en principio incluyen prestaciones idénticas, incluido el precio. Sin embargo, ha de tenerse en consideración que tales precios tienen el valor de precios internos cobrados a empresas pertenecientes al mismo grupo empresarial.

¹⁶ Por ejemplo, véanse las cartas remitidas por Canal 7 a los demás concesionarios en fecha 10 de julio de 2006 (documentos números 3 a 8 adjuntos al escrito de inicio de Canal 7) o la página 7 del escrito presentado por Radiodifusión en fecha 16 de febrero de 2007.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Por tanto, en el supuesto de elegirse a Teledifusión, se podrá supervisar, si alguno de los concesionarios lo considera necesario, que los precios cobrados no son excesivos en relación con los costes subyacentes, comparándose con los de otras ofertas, o si existen precios de transferencia o subvenciones cruzadas que pudieran suponer una vulneración del principio de no discriminación con respecto al concesionario que se encuentre en minoría, ello en la medida en que debe garantizarse el respeto de este principio en una situación en la que los concesionarios compiten entre sí.

VII.3. Prórroga tácita de los contratos.

Los contratos firmados con Teledifusión tienen una duración inicial de diez años, prorrogables tácitamente por períodos de un año, según se recoge en su cláusula Segunda.

Además de lo señalado con carácter general en relación con la duración de los contratos en el punto VI.4, debe remarcarse que según el artículo 5 del Reglamento 2790/1999, cualquier cláusula que es tácitamente renovable a partir de un período de cinco años –y la de los contratos con Teledifusión es tácitamente renovable a partir de los diez años-, es considerada como de duración indefinida, y por ende de duración superior a los cinco años previstos en el marco del “puerto seguro” configurado por el Reglamento 2790/1999.

VII.4. Los operadores interesados podrán presentar sus ofertas al margen de las presentadas en su día por Radiodifusión y Teledifusión.

Esta Comisión considera que la oferta presentada por Radiodifusión y el borrador de contrato presentado por Teledifusión son insuficientes y carecen de información relevante al objeto de que las concesionarias pudieran conocer realmente los servicios a prestar por ambas entidades. Más aun, en la medida en que la contratación no se hizo respetando los criterios enunciados de información y concurrencia y convocando a Canal 7, se considera necesario garantizar ahora dichos principios permitiendo una nueva presentación de ofertas completas.

Sin embargo, procede realizar las siguientes observaciones:

- En primer lugar, la oferta inicial de Radiodifusión presentaba carencias relativas a la prestación de funcionalidades de gestión del múltiple digital. Radiodifusión sostiene en su escrito de contestación al requerimiento de información formulado por esta Comisión, presentado en fecha 30 de marzo de 2007, que se ofertaba la prestación del servicio de codificación y multiplexación de la señal y de inserción de información, remitiéndose a la Propuesta técnica adjunta. Sin embargo,



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

no consta que dicha Propuesta técnica fuera presentada a Canal 7 y a los demás concesionarios en el momento inicial. Las ofertas deben ser completas para su valoración.

- En segundo lugar, tanto Radiodifusión como Teledifusión ofrecían el servicio soporte del de la señal de TDT.

En relación con este servicio, ambos operadores ofrecían distintos niveles de cobertura del servicio, y más aun, han ido variando sus objetivos de cobertura a lo largo del presente procedimiento. Incluso Teledifusión ha afirmado garantizar una cobertura del 98,6% en todas las demarcaciones, pero no es esto lo que se señalaba en todos los contratos firmados el 18 de abril de 2006.

En disponibilidad del servicio, parámetro esencial, el compromiso de Teledifusión es mayor, ya que en la cláusula Tercera de los contratos firmados, se compromete a mantener el servicio con un índice de disponibilidad del 99,8%. Asimismo, se fijan los criterios de qué se entiende por disponibilidad media, cómo se realizará la cuantificación de los índices de disponibilidad, qué se considerará por avería y prevé el abono de penalizaciones.

Debe indicarse que las garantías de disponibilidad de servicio (acuerdos de nivel de servicio) constituyen un parámetro de gran criticidad puesto que determinan la calidad del servicio que se ofrece a las concesionarias y a los usuarios finales del servicio. En efecto, una diferencia de algunas décimas en el porcentaje asegurado de disponibilidad del servicio puede implicar una diferencia de días en lo relativo a disponibilidad anual del servicio.

Alcanzar altos niveles de disponibilidad implica mayores inversiones en equipamiento con el fin de constituir sistemas redundantes, así como mayores gastos de personal para lograr intervenciones de carácter prácticamente inmediato ante fallos en los sistemas. Ambos factores habitualmente repercuten en el precio fijado en las ofertas comerciales para la provisión del servicio soporte a la difusión de televisión.

Por otra parte, el establecimiento de cláusulas de penalizaciones por las cuales el operador se comprometa a compensar a sus clientes ante reducciones de la continuidad del servicio por debajo del límite fijado por contrato es muy positivo.

- Los concesionarios han enfocado sus alegaciones en gran medida a la necesidad de reorientar o no sus antenas. Canal 7 señalaba que la



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

oferta de Radiodifusión no precisa *“la reorientación de antenas receptoras en el 90% de la población de las respectivas demarcaciones”* (escrito de 11 de septiembre de 2006). Ello era resaltado asimismo por la propia Radiodifusión en su oferta.

En efecto, se ha podido comprobar que en dos de las demarcaciones el centro de Radiodifusión presenta una ubicación mejor alineada con el centro del operador nacional que actualmente difunde canales nacionales digitales (Torrespaña). Este hecho provoca que en un número considerable de los municipios de cada demarcación, la diferencia de potencia recibida en los hogares a causa de la directividad de las antenas residenciales que están orientadas hacia Torrespaña sea cercana a los 20dB, favorable a las emisiones provenientes de los centros de Radiodifusión respecto a las provenientes de centros de Teledifusión.

No obstante, existen otros factores determinantes del nivel de señal que se recibe en una ubicación determinada además de la mencionada orientación (azimut) del centro emisor respecto a la antena, como serían la distancia al centro emisor, e incluso la propia orografía del terreno y los obstáculos naturales o artificiales que se interpongan en la propagación de la señal. En este sentido, debe indicarse que la mayor proximidad de los centros de Teledifusión a los hogares de cada demarcación (existen diferencias de entre 10 y 15 Km.) compensa en parte la diferencia antes mencionada.

Por otra parte, debe remarcar que actualmente la gran mayoría de los hogares disponen de instalaciones orientadas a los centros emisores de televisión analógica, que no necesariamente coinciden con los emisores de televisión digital. En las demarcaciones que nos ocupan existen numerosos centros emisores de televisión analógica de ámbito nacional, y no solamente el mencionado centro de Torrespaña, por lo que existirá un número considerable de hogares con instalaciones orientadas hacia dichos centros. Esto implica que no resulte posible hacer una generalización sobre la dirección a la que apuntan la mayoría de las antenas, lo que desvirtuaría en gran parte el análisis llevado a cabo por Radiodifusión sobre las necesidades de reorientación de antenas.

Más aun, el coste que pueda suponer el proceso de reorientación de las antenas, si lo está sufragando el prestador del servicio soporte o a través de subvenciones, y está dando un servicio de calidad, no podría servir para elegir a un prestador. Lo que sí tendría relevancia es que no se estuviera dando el servicio de televisión con las prestaciones adecuadas. Además, ya se señaló en el informe de audiencia que en



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

principio es necesario acudir al domicilio de los abonados del servicio en todo caso, para instalar los amplificadores necesarios para la recepción de los nuevos canales.

En definitiva, puede concluirse que ambas ofertas implicaban que fuera preciso llevar a cabo la reorientación de un número indeterminado de antenas.

Vistos los citados Antecedentes y Fundamentos jurídicos, esta Comisión

RESUELVE

PRIMERO.- Desestimar la pretensión de Canal 7 de Televisión, S.A., relativa a que se elija al operador que preste el servicio soporte del de la televisión digital terrestre local y de gestión de los múltiples digitales en las demarcaciones de Pozuelo de Alarcón, Collado Villalba y Aranjuez, por los motivos señalados en la presente Resolución.

SEGUNDO.- Canal 7 de Televisión, S.A., Kiss TV Digital, S.L., Televisión Digital Madrid, S.L. e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión, S.L. deberán, si Canal 7 de Televisión, S.A. lo solicita, retrotraer las actuaciones al momento en que se decidió una fórmula de gestión de los tres múltiples digitales correspondientes a las demarcaciones de Pozuelo de Alarcón, Collado Villalba y Aranjuez.

TERCERO.- Si se retrotraen las actuaciones, Canal 7 de Televisión, S.A., Kiss TV Digital, S.L., Televisión Digital Madrid, S.L. e Iniciativas Radiofónicas y de Televisión, S.L. deberán adoptar una decisión junto con los concesionarios con los que comparten el múltiple por mayoría de votos de los concesionarios presentes en el seno de cada uno de los múltiples digitales afectados.

La elección del gestor del múltiple digital y del prestador del servicio soporte del de la televisión digital local deberá hacerse sobre la base de los criterios señalados en los Fundamentos de Derecho Sexto y Séptimo de la presente Resolución.

CUARTO.- Cualquier discrepancia o conflicto que pudiera surgir sobre la interpretación, cumplimiento o ejecución de la presente Resolución, o sobre cualquier aspecto no previsto en ésta pero relacionada con la compartición de los múltiples digitales controvertidos, podrá ser sometida por cualquiera de las partes a esta Comisión, que dictará resolución vinculante sobre los extremos objeto de la discrepancia o el conflicto.



COMISIÓN 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, y el artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Asimismo, se pone de manifiesto que contra la resolución a la que se refiere el presente certificado, 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, sin perjuicio de lo dispuesto en el número dos del artículo 58 de la misma Ley.

Vº Bº

EL VICEPRESIDENTE

EL SECRETARIO

Marcel Coderch Collell
P.S. art. 39 R.D. 1994/1996 de 6 septiembre
(B.O.E. de 11 de abril de 1997)

Ignacio Redondo Andreu