

INFORME RELATIVO A LA PROPUESTA DE ORDEN MINISTERIAL POR LA QUE SE DESIGNA A TELEFÓNICA DE ESPAÑA, S.A.U COMO OPERADOR ENCARGADO DE LA PRESTACIÓN DEL ELEMENTO DEL SERVICIO UNIVERSAL RELATIVO A LA ELABORACIÓN Y ENTREGA A LOS ABONADOS AL SERVICIO TELEFÓNICO DISPONIBLE AL PÚBLICO DE LA GUÍA TELEFÓNICA

IPN/CNMC/024/16/DESIGNACIÓN SU GUÍAS

SALA DE SUPERVISIÓN REGULATORIA

Presidenta

D^a. María Fernández Pérez

Consejeros

D. Eduardo García Matilla

D^a. Clotilde de la Higuera González

D. Diego Rodríguez Rodríguez

D^a. Idoia Zenarrutzabeitia Beldarraín

Secretario de la Sala

D. Miguel Sánchez Blanco, Vicesecretario del Consejo

En Madrid, a 24 de noviembre de 2016

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su reunión de 24 de noviembre de 2016, ha aprobado el presente informe preceptivo a la Secretaría de Estado para la Sociedad de la Información y la Agenda Digital (en adelante, la SESIAD)¹, relativo a la propuesta de Orden Ministerial por la que se designa a Telefónica de España, S.A.U. (en lo sucesivo, Telefónica) como operador encargado de la prestación del elemento del servicio universal relativo a la elaboración y entrega a los abonados al servicio telefónico disponible al público de la guía telefónica.

¹ Esta Secretaría ha asumido las funciones de la extinta Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI), tras la reorganización ministerial operada por el Real Decreto 415/2016, de 3 de noviembre, por el que se reestructuran los departamentos ministeriales. Asimismo, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo se extingue y sus funciones pasan a integrarse en el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital.

I OBJETO DEL INFORME Y HABILITACIÓN COMPETENCIAL

I.1 Objeto y descripción del informe

Con fecha 24 de junio de 2016 se recibió en el registro de esta Comisión un escrito de la SETSI mediante el que comunicaba que, de conformidad con lo dispuesto en la normativa referenciada, esa Administración procedía a iniciar el procedimiento para la designación del operador encargado de garantizar la prestación de los elementos del servicio universal (SU) relativos al suministro de una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago y a la elaboración y entrega a los abonados del servicio telefónico disponible al público (STDP) de la guía telefónica, adjuntándose a tal efecto los borradores de las propuestas de Orden por las que se aprobaban los pliegos de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas, y se convocaban los correspondientes concursos.

Dada la íntima conexión existente entre los dos proyectos remitidos, esta Comisión acordó de oficio, de conformidad con el artículo 73 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJPAC), la tramitación conjunta de las comunicaciones efectuadas en un único expediente y la emisión de un único informe.

En fecha 14 de julio de 2016, la Sala de Supervisión Regulatoria de la CNMC emitió el informe correspondiente².

Recibido el referido informe, se dictó, a los efectos que aquí interesan, la Orden IET/1572/2016, de 30 de septiembre, por la que se aprueba el pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la designación de una empresa encargada de la prestación del elemento del servicio universal relativo a la elaboración y entrega a los abonados al servicio telefónico disponible al público de la guía telefónica, y se convoca el correspondiente concurso (en adelante, Orden IET/1572/2016).

Con fecha 8 de noviembre de 2016 ha tenido entrada en el registro de la Comisión escrito de la extinta SETSI por el que se remite el borrador de orden por la que se designa a Telefónica como operador encargado de la prestación del elemento del servicio universal relativo a la elaboración y entrega a los abonados al servicio telefónico disponible al público de la guía telefónica.

En dicho escrito, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 38 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios, aprobado por el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril (en lo

² Expediente IPN/CNMC/014/16/LICITACIÓN SERVICIO UNIVERSAL CONEXIÓN Y STDP, TPP Y GUÍAS.

sucesivo, RSU)³, se solicita a esta Comisión la emisión de informe preceptivo en el plazo de 10 días.

Constituye, por tanto, el objeto del presente expediente emitir el preceptivo informe sobre la propuesta de orden por la que se designa a Telefónica como operador encargado de la prestación del elemento del SU consistente en la elaboración y entrega a los abonados al STDP de una guía telefónica.

I.2 Habilitación competencial

Este informe se emite en ejercicio de la competencia establecida en el artículo 6.5 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (en adelante, Ley CNMC) que dispone que la CNMC *“supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá las siguientes funciones:*

(...) 5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo”⁴.

Entre las funciones encomendadas a la CNMC por la normativa sectorial de telecomunicaciones, el artículo 70.2 I) de la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones (en adelante, LGTel) incluye entre las funciones de esta Comisión la de *“ser consultada por el Gobierno y el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia de comunicaciones electrónicas, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado. Igualmente podrá ser consultada en materia de comunicaciones electrónicas por las comunidades autónomas y las corporaciones locales. En el ejercicio de esta función, participará, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en materia de comunicaciones electrónicas”*.

Asimismo, el artículo 38 del RSU establece que *“Cuando un concurso de designación de operador en relación con un elemento y zona determinadas haya sido declarado desierto, mediante orden del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio se podrá designar para dicho elemento y zona a cualquier operador que tenga poder significativo en mercados que incluyan ese elemento y zona, o se encuentre designado en esos momentos para su prestación. Cuando en una zona determinada no existieran operadores con dicho poder significativo de mercado, ni con designación en vigor, se podrá designar, previa*

³ Norma vigente en lo que no se oponga a la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones, hasta que se apruebe la normativa de desarrollo de esta última, de conformidad con lo dispuesto en la disposición transitoria primera.

⁴ La remisión a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, ha de entenderse efectuada a la LGTel de 2014, que ha derogado la anterior ley.

consulta a las partes implicadas, a cualquiera de los operadores con mayor cuota de participación en dichos mercados.

En la orden a la que se refiere el párrafo anterior, previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, se establecerá el servicio o elemento que se deba prestar y en qué ámbito territorial, así como el período y las condiciones de prestación del servicio, todo ello de conformidad con lo establecido en este reglamento”.

El presente Informe se emite, por tanto, en el ejercicio de las mencionadas competencias de asesoramiento y de elaboración del informe preceptivo que ostenta esta Comisión. En particular, la Sala de Supervisión Regulatoria resulta competente para la aprobación del informe, en virtud de lo previsto en los artículos 5.3 y 6, (en relación con el artículo 21.2) de la Ley CNMC y en el artículo 14.1.b) del Estatuto Orgánico de la CNMC, aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto.

II VALORACIÓN DEL BORRADOR DE ORDEN MINISTERIAL

Esta Comisión considera que, con carácter general, el contenido de la propuesta de orden analizada es coherente con la regulación establecida en la LGTel y la normativa de desarrollo de la ley anteriormente aplicable, la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, -principalmente, el RSU-.

II.1 CONSIDERACIONES GENERALES

De conformidad con los artículos 36 a 38 del RSU el procedimiento de designación de los operadores obligados a la prestación del servicio universal consiste en realizar una licitación a través de orden ministerial en la que se efectuará la convocatoria del correspondiente concurso y la publicación de las bases.

De este modo, solo en el caso de que el concurso sea declarado desierto, la designación del operador encargado de prestar el servicio universal se realizará mediante el procedimiento de designación directa al que se hace referencia en el artículo 38 del RSU.

En el presente caso, al haber sido declarado desierto el concurso para la designación del prestador del elemento del servicio universal consistente en la elaboración y entrega a los abonados al STDP de la guía telefónica, resulta, por tanto, obligatorio acudir al procedimiento de designación directa previsto en el citado artículo 38 del RSU.

II.2 DESIGNACIÓN DEL OPERADOR OBLIGADO Y DETERMINACIÓN DEL ELEMENTO O SERVICIO QUE DEBE PRESTAR

En el Resuelve Primero del borrador remitido, se designa a Telefónica como operador encargado del elemento del servicio universal consistente en la elaboración y entrega a los abonados al servicio telefónico disponible al público de la guía telefónica.

Según se afirma en el borrador, al haberse declarado desierto el concurso convocado para la prestación de dicho servicio, resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 38 del RSU, es decir, que se puede acudir al procedimiento de designación directa, designando a cualquier operador que tenga poder significativo de mercado o se encuentre designado en esos momentos.

Siendo Telefónica quien viene prestando el elemento de la elaboración y entrega de la guía telefónica, resulta conveniente designarlo directamente para la prestación de dicho servicio. Es decir, la designación que se efectúa en el borrador remitido resulta acorde con la anterior Orden de designación⁵, dándose continuidad a la prestación de este elemento del servicio universal.

II.3 ÁMBITO TERRITORIAL DE LA DESIGNACIÓN

En el borrador se establece (resuelve segundo) que el ámbito territorial de la designación es la totalidad del territorio nacional, lo que coincide con el ámbito territorial contemplado en la cláusula 20 de la Orden IET/1572/2016.

II.4 DURACIÓN DE LA DESIGNACIÓN

En cuanto a la duración de la designación, se señala (resuelve tercero) que la designación se realiza para el período comprendido entre el día 1 de enero de 2017 y el día 31 de diciembre de 2019, ambos inclusive.

En este punto, debe señalarse que, si bien en la Orden IET/1572/2016, por la que se convocó el concurso para este elemento del SU, se reguló que la duración del contrato sería de 1 año –al igual que en el borrador informado por esta Sala anteriormente-⁶, en este borrador el periodo de designación se amplía a tres años.

⁵ Orden ITC/3233/2011, de 17 de noviembre, por la que se resuelve la licitación convocada por Orden ITC/2466/2011 y se designa a Telefónica de España, SAU como empresa encargada de la prestación del elemento del servicio universal relativo a la elaboración y entrega a los abonados al servicio telefónico disponible al público de la guía telefónica.

⁶ Véase la cláusula 19 de la Orden IET/1572/2016.

En su informe de 14 de julio de 2016, la Sala de Supervisión Regulatoria informó favorablemente dicho plazo de un año, en consonancia con lo que había establecido en su informe de 1 de marzo del mismo año⁷, según el cual, en relación con el elemento de guías telefónicas:

“(…) dado su bajo nivel de demanda, también cabría replantearse la conveniencia de seguir exigiendo que dicha prestación se imponga con carácter obligatorio como parte del contenido de las obligaciones de servicio universal”.

En virtud de las consideraciones manifestadas en dicho informe, en julio del presente año esta Comisión sugería al Ministerio “*valorar la necesidad de seguir garantizando la prestación de este elemento [guías telefónicas] a través del servicio universal*” –apartado II.2.2.4 del informe citado-.

El borrador de orden ministerial prevé ahora que el plazo será de tres años, y se deja abierta la posibilidad de que dicho plazo concluya antes, indicándose en el borrador que la propia CNMC considera que el elemento del servicio universal objeto de este informe se encuentra en claro declive. Asimismo, en dicho borrador se alude al futuro Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas⁸, que introduce amplias y profundas modificaciones en el régimen del SU, sin incluir como obligatoria la elaboración y entrega a los abonados al STDP de la guía telefónica.

Por ello, además, en el apartado Quinto, el borrador contempla como causa de la extinción de la designación el cese de la prestación del servicio acordado por el Ministerio de Energía, Turismo y Agenda Digital una vez que la normativa nacional o comunitaria aprobada en materia de comunicaciones electrónicas no incluya el elemento relativo a la elaboración y entrega a los abonados al STDP de una guía telefónica como parte integrante del servicio universal, o cuando en virtud de dicha normativa se hubiera modificado el alcance de este elemento.

Pues bien, resulta más apropiado para esta Sala seguir estableciendo un periodo de designación de un año, a tenor de las consideraciones expuestas en los informes precedentes de esta Comisión y toda vez que esa fue la duración prevista en los pliegos publicados anteriormente, por coherencia con el régimen jurídico que se había previsto para el próximo periodo -aunque dichos pliegos no rijan el presente procedimiento de designación. No parece muy en consonancia con los principios básicos inspiradores del derecho de la competencia convocar una licitación para adjudicar un contrato con unas reglas

⁷ INF/D TSA/005/16/INFORME SERVICIO UNIVERSAL.

⁸ Véase la propuesta de la Comisión Europea de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, de 12 de octubre de 2016, COM (2016) 590 final/2 (versión que corrige la propuesta oficial presentada por la CE en fecha 14 de septiembre del presente año). Puede consultarse en: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52016PC0590>.

y modificar posteriormente una de las características esenciales del contrato, su duración, al designar a una empresa en particular (una vez declarado desierto el primer concurso); sería más acorde con los principios básicos de transparencia y de competencia que las características de dicho contrato no cambiasen en un periodo tan breve de tiempo.

Siendo posible fijar un plazo de designación distinto –en este caso superior, de 3 años-, en la medida en que el artículo 38 del RSU y el resto de las previsiones del Reglamento no regulan el periodo o plazo de las prestaciones del SU y el artículo 38 del RSU prevé específicamente que será esta orden la que establezca el periodo de duración del servicio, concurren varias razones adicionales a la razón principal ya indicada que aconsejarían respetar el plazo de un año:

- La norma básica de la normativa sectorial es convocar una licitación pública, de conformidad con los artículos 26 de la LGTel y 37 del RSU, para permitir a las empresas interesadas presentarse y optar a la prestación de estos elementos, para incrementar la competencia en el mercado. Estableciendo plazos más largos de designación se impide esta posibilidad.

Al haberse declarado desierto el concurso, la designación implica la imposición de una obligación de servicio público a una empresa privada (en principio Telefónica no se ha presentado al anterior concurso porque no quiere continuar la prestación de este servicio, motivo por el que ha quedado desierto), debiendo imponerse por el plazo mínimo posible para causarle los menores perjuicios o inconvenientes económicos. No parece tan relevante la justificación dada de la decisión ahora adoptada, que consiste en asimilar los plazos de prestación de este servicio con el de los dos elementos de la conexión a una red pública de comunicaciones electrónicas y la prestación del servicio telefónico disponible al público. Ha de recordarse que en este caso se está extendiendo el plazo del contrato cuando la empresa no ha asumido voluntariamente la prestación del servicio, por lo que dicha prestación se está imponiendo como obligación.

- En tercer lugar, como anteriormente se señalaba, esta Sala ha recomendado que se valore no imponer la prestación de este elemento del SU, dadas sus condiciones de prestación en el mercado. Si bien es correcto prever una causa de extinción de la prestación si cambia la normativa de telecomunicaciones, dicha valoración podría llevarse a cabo ya⁹, al amparo del artículo 25.4 de la LGTel, que establece que el

⁹ Puede mencionarse que en otros países de la UE como Francia e Italia se ha suprimido de las obligaciones de servicio universal el elemento relativo a las guías telefónicas.

Gobierno podrá revisar el alcance de las obligaciones de servicio universal, de conformidad con la normativa comunitaria¹⁰..

En definitiva, se sugiere a la SESIAD que establezca el plazo de un año de designación que previó en su Orden IET/1572/2016 y que, si el futuro Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas se retrasa en su aprobación o cambia en la regulación del aspecto que nos ocupa, valore la conveniencia de seguir regulando la prestación de este servicio como obligación de servicio público, en virtud de lo previsto en el artículo 25.4 de la LGTel, en el sentido recomendado en los informes de esta Comisión de 1 de marzo y 14 de julio de 2016.

II.5 CONDICIONES DE PRESTACIÓN

En cuanto a las condiciones de prestación (cláusula 21), si bien se consideró acertada, por esta Sala, la inclusión de un último párrafo en el que se aclaraba que lo dispuesto en esta cláusula es *“sin perjuicio de las mejoras sobre las condiciones mínimas de prestación señaladas anteriormente y fijadas normativamente que figuren en la oferta en cuyo favor se haya efectuado la designación, que serán asimismo exigibles conforme a los términos establecidos en dicha oferta”*, el borrador de orden que se nos ha remitido ha omitido dicho inciso.

Dado que el concurso convocado ha quedado desierto, esta Comisión considera adecuada la supresión de dicho inciso, al no existir oferta alguna.

II.6 EXTINCIÓN DE LA DESIGNACIÓN

En el borrador remitido se incorpora además un apartado (quinto) sobre la extinción de la designación, en el que se ha incluido una nueva causa de extinción (no contemplada en la Orden IET/1572/2016), a saber, la del cese de la prestación del servicio acordado por el Ministerio una vez que la normativa nacional o comunitaria aprobada en materia de comunicaciones electrónicas no incluya el elemento de guías telefónicas como parte integrante del servicio universal de telecomunicaciones, o cuando en virtud de dicha normativa se hubiera modificado el alcance de este elemento y se hubiera procedido a un nuevo procedimiento de designación.

Esta Sala entiende que dicha causa de extinción es acorde con las previsiones de desaparición del referido elemento del servicio universal, más aún si

¹⁰ De conformidad con el artículo 36 de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, las autoridades nacionales de reglamentación notificarán a la Comisión cualquier cambio relacionado con las obligaciones de servicio universal.

finalmente se aumenta el periodo de designación (a tres años), y es apropiado mencionarlo –como una suerte de causa de resolución del contrato-.

En este sentido, como el Preámbulo del borrador de Orden remitido indica, la propuesta de Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas prevé expresamente la supresión de este componente del servicio universal¹¹. Y de acuerdo con el artículo 82 de dicha propuesta, los Estados miembros sólo podrán seguir imponiendo la prestación de aquellos servicios considerados “redundantes” por la Unión Europea, si su necesidad está debidamente demostrada teniendo en cuenta las circunstancias nacionales concretas.

¹¹ Páginas 16, 20, 21 y 244 de la Propuesta COM (2016) 590 final/2.