



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

DON JOSE GIMENEZ CERVANTES, 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 19/00 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 25 de mayo de 2000, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el que se aprueba el:

INFORME AL GOBIERNO DE NAVARRA SOBRE EL PROYECTO DE PLIEGO DE CLAUSULAS ADMINISTRATIVAS PARTICULARES Y DE PRESCRIPCIONES TECNICAS DE LA EXPLOTACION DEL SERVICIO PUBLICO DE TV DIGITAL TERRENAL EN SU COMUNIDAD

1.- OBJETO DEL INFORME.

El presente informe tiene por objeto examinar el Proyecto de Pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas de la explotación del servicio público de televisión digital terrenal (en adelante, TDT) en la Comunidad Foral de Navarra.

El examen se lleva a cabo dentro del expediente abierto en esta Comisión a solicitud de la Dirección General de Transportes y Telecomunicaciones del Departamento de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones del Gobierno de Navarra, con el objeto de asesorar a esta Comunidad Autónoma con respecto al Proyecto de Pliego en cuestión, en desarrollo de las competencias atribuidas a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones.

Tal examen se realiza con el fin de determinar si el Proyecto de Pliego es ajustado a derecho y apto para cumplir la finalidad de convocar una licitación para la adjudicación del contrato de gestión del servicio público de TDT en la Comunidad Foral de Navarra, a través del procedimiento abierto y mediante la forma de concurso.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

2.- COMPETENCIA DE LA COMISIÓN.

El informe solicitado por el Gobierno de Navarra, a través del Departamento de Obras Públicas, Transportes y Comunicaciones, se encuadra dentro de las competencias atribuidas a esta Comisión por el artículo 1.Dos.2.j) de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, en cuanto al asesoramiento a las Comunidades Autónomas, a petición de los órganos competentes, con relación a los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las telecomunicaciones y de los servicios a los que se refiere el número 1 del apartado dos del citado artículo.

En consecuencia, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es competente para emitir el informe solicitado por el Gobierno de Navarra, en relación con el Proyecto de Pliego en cuestión.

3. CONSIDERACIONES GENERALES

3.1. Modelo de televisión autonómica propuesto para Navarra

El Gobierno navarro tiene la intención de convocar un concurso para otorgar a una sociedad una concesión para la gestión indirecta del servicio público de televisión autonómica mediante la gestión de cuatro programas, emitidos en un canal múltiple o múltiplex.

A la hora de dotarse de una televisión autonómica, el Gobierno navarro tenía, de acuerdo con la normativa vigente, dos opciones:

- 1) Promover la creación, al amparo de la Ley 46/1983, de 26 de diciembre, reguladora del Tercer Canal de Televisión, de un organismo público que se hiciese cargo de la gestión directa del servicio público de televisión autonómica analógica.
- 2) Crear una televisión autonómica que emita con tecnología digital y cuya gestión se encomiende a uno o varios operadores privados.

Esta posibilidad está amparada en la Ley 66/1997, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social, que en su disposición adicional cuadragésima cuarta regula el régimen jurídico de la televisión digital terrenal determinando, en su apartado cuarto, que las concesiones para la gestión indirecta del servicio público de TDT se otorgarán por las Comunidades Autónomas si su ámbito es autonómico o local. En su desarrollo, el Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, por el que se aprueba el Plan Técnico



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Nacional de la Televisión Digital Terrenal, señala en su disposición adicional primera, apartado sexto, que en cuanto a la explotación de los canales múltiples de cobertura autonómica y local, disponibles con arreglo al citado Plan, cada una de las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus competencias, otorgarán la concesión o las concesiones que corresponden a la explotación del servicio, en régimen de gestión indirecta.

De las dos opciones entre las que puede escoger el Gobierno de Navarra a la hora de regular la gestión del servicio de televisión pública autonómica, el proyecto de concurso de dicho Gobierno opta por la segunda, es decir, por encomendar a particulares la gestión indirecta del servicio público de televisión digital terrenal autonómica.

3.2. Modelo de gestión del canal múltiple

El Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Terrenal prevé que cada canal múltiple tanto de cobertura nacional como autonómica integre, al menos, cuatro programas. Las concesiones para la explotación del servicio pueden suponer, bien la reserva de un programa o varios de los disponibles en un canal múltiple, bien el empleo de la totalidad del canal.

El Gobierno navarro ha optado por otorgar una sola concesión, que autoriza a la empresa adjudicataria a controlar los cuatro programas del canal múltiple reservado a la Comunidad Foral de Navarra. Esta opción se justifica en el escrito de petición de informe a esta Comisión en tres razones:

- Mejor aprovechamiento de las ventajas ofrecidas por la tecnología digital.
- Volumen de mercado previsto en la Comunidad Foral de Navarra.
- Generación de una situación de competencia real entre los diferentes operadores del servicio de televisión, con independencia de la infraestructura o tecnología utilizada en la prestación del mismo.

Ciertamente, este modelo de Navarra (similar al utilizado por el Gobierno para los tres canales múltiples de ámbito nacional cuya gestión le ha sido encomendada a Quiero TV) tiene notables ventajas desde un punto de vista comercial. Así, facilita la gestión del múltiplex en materias como la elección del API o del operador de red de transporte, y permite hacer un mejor uso del ancho de banda que puede ser destinado a la prestación de servicios interactivos. Si se hubiese optado por otorgar a distintos operadores concesiones para la gestión de programas aislados que se emitiesen por el mismo múltiplex, dichos operadores, que compiten entre sí, hubieran debido llegar a acuerdos en esas materias, lo que en la práctica puede resultar muy



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

complicado. El otorgar a un solo operador la gestión del canal múltiple impide la aparición de esos problemas y hace posible una explotación más eficiente de dicho canal múltiple.

La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones ya se pronunció a favor de la gestión conjunta del múltiplex por un operador en el Acuerdo del Consejo de 4 de junio de 1998 por el que se aprueba el Informe sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Plan Técnico Nacional de Televisión Digital Terrenal y el proyecto de Orden Ministerial por la que se aprueba el reglamento técnico para la prestación del servicio de televisión digital terrenal.

A juicio de esta Comisión, expresada en la mencionada resolución, la solución ideal al problema de la gestión del canal múltiple pasaría por conciliar, por un lado, las ventajas que tiene en encargar la gestión de dicho canal múltiple a una única empresa con, por otro lado, la necesaria salvaguarda de la libre competencia y el pluralismo informativo. El Reino Unido, pionero en materia de TDT, ha intentado lograr ese objetivo. Para ello ha optado: i) por crear la figura del gestor del múltiplex, que se encarga de gestionar la plataforma técnica y que, en el caso de que se cree una plataforma de TV de pago, se encarga de comercializar los paquetes de programas; ii) por imponer determinados límites a la concentración para preservar la libre competencia y el pluralismo. Según esos límites, ni el operador del múltiplex ni ningún programador podrán controlar, directa o indirectamente, más del 25% de los programas emitidos por el múltiplex en cuestión¹.

Relativamente similar es el sistema que establece el art. 7.d) de la Ley 17/1997, según el cual los operadores de servicios de acceso condicional para televisión digital garantizarán, con independencia del medio de transmisión que empleen, la reserva de al menos el 40% de la capacidad de transmisión de que dispongan a programadores independientes, siempre que la demanda de éstos sea suficiente y de calidad adecuada. No obstante:

- a) este sistema se aplica sólo a servicios de acceso condicional y, según las cláusulas del proyecto de concurso de Navarra, todos los programas podrían acabar emitiéndose en abierto, en cuyo caso esa norma no sería aplicable;
- b) si finalmente se adjudicase la concesión a un operador que ofreciese uno o dos programas de acceso condicional, resultaría complicado aplicar la reserva del 40% a programadores independientes, que parece pensada para paquetes formados por muchos más programas;

¹ Vid. al respecto el art. 7 de la Parte III del Anexo 2 de la *Broadcasting Act 1990* (tal como queda reformada por la *Broadcasting Act 1996*); *The Limit in Relation of Digital Programme Services Order 1998*; *The Television Broadcasting Regulations 1998* y el documento de la ITC *Guidelines on the Digital Points System*, de 4.3.1999.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

- c) aunque se quieran aplicar esas disposiciones, no se han adoptado disposiciones de desarrollo de la Ley 17/1997, necesarias para poder determinar, a estos efectos, qué se entiende por “calidad adecuada”, y qué programadores son independientes y cuáles no;
- d) la única definición de programador independiente a la que cabría remitirse (la recogida en el art. 10 de la Ley de Telecomunicaciones por Cable, que se remite a su vez al art. 3.f de la Ley 25/1994) es insuficiente, ya que para determinar si un programador es independiente del operador de la plataforma sólo toma en consideración el control accionarial o de derechos de voto o la designación de consejeros, sin tener en cuenta (tal como propone el considerando 31 de la Directiva 97/36/CE), las relaciones comerciales y financieras entre los programadores independientes y el operador de la plataforma
- e) No se establecen (a diferencia del sistema británico) límites a la posibilidad de que un solo programador independiente controle, directa o indirectamente, la totalidad o la gran mayoría de los programas disponibles en un canal múltiple.

Finalmente, debe citarse el modelo alemán, que ofrece una solución al problema de la existencia de operadores de televisión con posición dominante en un determinado mercado que puede ser extrapolada a este caso: los operadores de televisión que tengan una posición dominante en la opinión pública están obligados a reservar un determinado número de minutos (al menos 260 minutos a la semana, parte de ellos en prime time) dentro de su programación a programadores independientes, a los que se concede una licencia propia para que emitan en esas horas que tienen reservadas sus programas, con su propia publicidad².

No obstante, esta solución ideal, traducida en las alternativas anteriores, no parecen trasladables al caso de Navarra, dada su extensión territorial y la dimensión del mercado al que irá dirigida la oferta de televisión digital terrenal.

3.4. Obligaciones de servicio público y su financiación

El Gobierno de Navarra opta, de manera innovadora en el Derecho español, por imponer obligaciones concretas de servicio público a una sociedad privada, concesionaria del servicio público de TDT, y por otorgar a esa sociedad privada una subvención que, a diferencia de lo que sucede con las que han venido otorgándose a las televisiones públicas, tiene una cuantía determinada y se entrega como compensación por la prestación de determinados servicios concretos.

² Vid. el art. 31 del *Rundfunkstaatsvertrag* y la *Gemeinsame Richtlinie der Landesmedienanstalten über die Sendezeit für unabhängige Dritte nach par. 31 Rundfunkstaatsvertrag*, de 16.12.1997.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este modelo viene así a dar una respuesta apropiada a dos de los principales problemas del sistema televisivo español: a) en primer lugar, la indefinición de las obligaciones de servicio público impuestas a las empresas, públicas y privadas, que gestionan el servicio público de televisión; y, b) en segundo lugar, el problema de las subvenciones que los organismos públicos otorgan a algunas de esas empresas (hasta ahora, todas públicas) que gestionan ese servicio público, y que, además de beneficiarse de las subvenciones, compiten en el mercado publicitario con el resto de las televisiones.

a) Las obligaciones básicas que desde un punto de vista material se consideraban de servicio público (límites a la emisión de publicidad, protección de menores, fomento de la producción europea, reconocimiento del derecho de rectificación) se exigen hoy en día, en virtud de la Directiva “Televisión sin fronteras”, a todos los operadores de televisión, con independencia de si gestionan un servicio público o no (como es el caso de los operadores de televisión por satélite).

En lo que respecta en concreto al servicio público de TDT, la escasa normativa específica aplicable no precisa en qué consiste dicho servicio público, limitándose a remitirse a la Ley 10/1988 (muy parca también a la hora de delimitar el contenido de la misión de servicio público de las televisiones privadas) y a imponer unas determinadas obligaciones de cobertura (conceptualmente no muy distintas a las obligaciones que se imponen a algunos titulares de licencias de telecomunicaciones) y de emisión en abierto de un determinado número mínimo de horas semanales si el programa de TDT es de pago. Todo ello puede no ser suficiente para justificar que una plataforma de TDT de pago esté prestando un servicio público, y que no lo estén prestando los operadores de televisión por satélite, sometidos a idénticas obligaciones de contenido. Determinadas sentencias del Tribunal Constitucional, como la STC 12/1982, señalan que, en el caso de las televisiones por ondas hertzianas (como es la TDT), la declaración de servicio público estaría sobre todo justificada porque la empresa que gestiona ese servicio hace uso de un bien escaso de dominio público (las frecuencias necesarias para la transmisión de televisión por ondas), aunque los desarrollos normativos en materia de telefonía móvil demuestran que el uso privativo del espectro no implica necesariamente que haya que proceder a la publicatio del sector.

La falta de definición del contenido material de las obligaciones impuestas a las concesionarias por el servicio público de televisión tiene importante consecuencias: dificulta el control del cumplimiento de esas obligaciones (que el art. 1.Dos.d) de la Ley 12/1997 encomienda a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones), puede poner en entredicho la legitimidad del



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

otorgamiento de derechos exclusivos a ciertos operadores (especialmente teniendo en cuenta que la técnica permitiría la entrada en el mercado de más operadores) y afecta también a la compatibilidad con el Derecho de la competencia de las ayudas públicas, ya que no resulta posible determinar cuáles son las concretas prestaciones de servicio público que se están financiando, ni si la cantidad destinada a esa financiación es proporcionada o no.

El Gobierno de Navarra propone un modelo que, partiendo del sistema existente, permita superar ese debate. Para ello refuerza la justificación de la declaración de servicio público de la TDT autonómica imponiendo a la gestora del servicio de TDT una serie de obligaciones concretas de programación, claramente asimilables como de servicio público. El pliego regula el contenido de los cuatro programas de canal múltiple de la siguiente manera:

- Programa 1, se emitirá íntegramente en abierto, con un mínimo de 10 horas diarias de emisión, y su contenido será generalista y con unos contenidos concretos mínimos especificados: programación informativa diaria (2 informativos diarios con una duración mínima de 50 minutos en total), programación cultural semanal (un programa semanal de al menos una hora de duración), retransmisiones oficiales y eventos populares (al menos 30 horas anuales, y la mitad en directo), y la emisión en vascuence de algunos de dichos contenidos (al menos de los informativos y el programa cultural, podrá hacerse en emisión dual con la versión en castellano, o en diferido).
- Programa 2, se dedicará exclusivamente a usos educativos, reservando un 25 % del tiempo de emisión diurno y nocturno a programas promovidos por entidades públicas y limitando las interrupciones publicitarias.
- Programas 3 y 4, serán de libre configuración por el concesionario.
- Servicios digitales adicionales (informativos, servicios interactivos, telebanca y teletienda, servicios administrativos, acceso a Internet, correo electrónico, etc.), que se podrán prestar paralelamente. Algunos de ellos, por constituir servicios de telecomunicaciones, deberán estar amparados por el correspondiente título habilitante de telecomunicaciones, tal y como prevé la LGT y sus normas de desarrollo³.

³ Ver el Proyecto de Pliego de Bases, Apartado 10 "Régimen de la Concesión", pág. 14.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

También se valora en mayor medida, en los criterios de adjudicación, la programación que incluya este tipo de contenidos⁴.

Además, se establece, con carácter general, que la programación debe contribuir a la defensa de la identidad y los valores históricos y culturales de la Comunidad Foral de Navarra.

Resulta significativo que en este modelo la sociedad privada concesionaria no sólo tenga que cumplir con las mismas obligaciones que las televisiones públicas (con excepción de la obligación de reconocer a los grupos sociales y políticos significativos el derecho de acceso a la televisión), sino que además asume obligaciones de servicio público más concretas que muchas de esas televisiones públicas. Ello viene a legitimar la condición de servicio público de la televisión navarra, y tiene también consecuencias a la hora de evaluar la posibilidad de que esta televisión se beneficie de subvenciones públicas.

b) El Gobierno navarro contempla la posibilidad de otorgar subvenciones a ese operador para compensarle por la emisión de esos programas de interés general, cuya difusión no responde necesariamente a criterios de mercado y que podrían alterar el equilibrio económico de la concesión. Esta subvención tiene una cuantía reducida (máximo de 400 millones de pesetas por año), y en su atribución el Gobierno navarro desea respetar los principios de transparencia y de proporcionalidad. La incidencia de dicha subvención en el mercado se entiende mínima ya que el volumen de negocio estimado de la concesionaria será pequeño (no más de 1.220 millones de ptas./año), y la consignación de la cuantía de la subvención en la convocatoria del concurso otorga transparencia a la misma y coloca a todos los posibles licitantes en un plano de igualdad (concurso abierto, transparente y no discriminatorio, conforme con las reglas de la libre competencia en el mercado). Además, se valora en mayor medida, en los criterios de adjudicación, la oferta que prevea una menor aportación de fondos públicos al Proyecto⁵.

Es decir, que se prevé una doble financiación del concesionario: por una parte la derivada de la comercialización de sus servicios, la venta de equipos y la emisión de publicidad, y por otra parte la financiación pública de determinados contenidos de interés general en el marco de las obligaciones de servicio público impuestas al concesionario.

⁴ Ver el Proyecto de Pliego de Bases, Apartado 7 "Apertura de ofertas y procedimiento de evaluación", Letra d) "Criterios de adjudicación", Punto 1 "Programación", pág. 6; dicho criterio ponderará de 0 a 120 puntos (sobre un total de 500).

⁵ Ver el Proyecto de Pliego de Bases, Apartado 7 "Apertura de ofertas y procedimiento de evaluación", Letra d) "Criterios de adjudicación", Punto 5 "Proposición económica", pág. 7; dicho criterio ponderará de 0 a 60 puntos (sobre un total de 500).



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En cuanto a las normas aplicables a las empresas públicas o titulares de derechos especiales o exclusivos el artículo 86.1 (antiguo 90.1) del Tratado de Amsterdam (Tratado CE) establece que: “Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 7 y 85 a 94, ambos inclusive.”

Como excepción a este principio general del artículo 86.1, el artículo 86.2 (antiguo 90.2) determina que: “Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre la competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.”.

La posibilidad de la aplicación de estos artículos a las televisiones públicas y en general a las financiadas total o parcialmente con fondos públicos de los distintos Estados, en cuanto que empresas públicas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general, ha resultado tan controvertida que los Estados miembros han firmado un protocolo anexo al Tratado de Amsterdam denominado Protocolo sobre el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros con el siguiente contenido:

“Las Altas Partes Contratantes, considerando que el sistema de radiodifusión pública de los Estados miembros está directamente relacionado con las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad y con la necesidad de preservar el pluralismo de los medios de comunicación, han convenido en las siguientes disposiciones, que se incorporarán como Anexo al Tratado constitutivo de la Comunidad Europea:

Las disposiciones del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea se entenderán sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de financiar el servicio público de radiodifusión en la medida en que la financiación se conceda a los organismos de radiodifusión para llevar a cabo la función de servicio público tal y como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro, y en la medida en que dicha financiación no afecte a las condiciones del comercio y de la competencia en la Comunidad en un grado que sea contrario al interés común, debiendo tenerse en cuenta la realización de la función de dicho servicio público.”

De esta normativa comunitaria se desprende que las reglas de la competencia (entre las que se encuentra la prohibición de ayudas públicas como regla



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

general) rigen para todas las entidades por igual, y sólo se pueden eludir en la medida en que sea estrictamente necesario para cumplir las misiones de servicio público que le hayan sido encomendadas. Es decir, que las subvenciones públicas para financiar el servicio público de televisión (en este caso la TDT de Navarra) sólo se admiten en la medida en la que sean estrictamente necesarias para llevar a cabo la función de servicio público que se les encomiende (funciones a las que no están obligados otras televisiones que operan en régimen de libre mercado) tal y como haya sido atribuida, definida y organizada por cada Estado miembro (en este caso por el Gobierno de Navarra).

Por tanto, para que las ayudas públicas tengan como único fin compensar los costes adicionales generados por el cumplimiento de la misión específica de servicio público que incumbe a la empresa concesionaria es necesario delimitar claramente los contenidos de servicio público a financiar y cuantificar su coste económico, con el objeto de limitar la subvención a la cuantía estrictamente necesaria para cubrir dichos costes. El Gobierno de Navarra ya ha realizado esta delimitación detallada de las obligaciones de servicio público impuestas al concesionario, y como ya hemos visto cuantifica su coste, de manera general, en una cantidad que oscila entre 200 y 400 millones de ptas. anuales.

Asimismo, es necesario imponer al concesionario una separación contable de los costes de dichas obligaciones de servicio público respecto del resto de su programación comercial, con el objeto de poder controlar que esos fondos públicos recibidos se dedican exclusivamente a sostener las citadas obligaciones de servicio público y evitar que se produzcan subvenciones cruzadas que financien programas meramente comerciales en perjuicio del resto de competidores que no disfrutan de ayudas públicas. Por tanto, en el Pliego de Bases debe constar la obligación de realizar dicha separación contable y reflejar por separado los costes netos (costes totales menos ingresos recibidos por su emisión) que le genera a la Concesionaria cumplir con las obligaciones de servicio público impuestas por la Administración Autonómica. En el Proyecto analizado se obliga al concesionario a justificar y documentar el cumplimiento de sus obligaciones de servicio público trimestralmente⁶, pero no se concreta el modo de hacer efectiva dicha justificación y documentación.

Además, debe indicarse que las cláusulas del concurso indican que el programa educativo podrá emitirse “en abierto o en régimen de acceso condicional, en función de la programación”, pudiendo ese programa “excepcionalmente”, y previa autorización del Gobierno navarro, no ser de carácter educativo. Si el Gobierno navarro autorizase que el contenido de ese

⁶ Ver el Proyecto de Pliego de Bases, Apartado 10 “Régimen de la Concesión”, pág. 17.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

programa no fuese educativo, disminuirían las obligaciones concretas de servicio público impuestas al concesionario, lo que podría afectar a la proporcionalidad de las ayudas.

Existe también la posibilidad de que el programa sea educativo, pero que se emita en régimen de acceso condicional. Esa modalidad de emisión podría reducir el número de usuarios que se beneficiarían de ese canal de servicio público, y se daría la circunstancia de que irían a parar a manos de la concesionaria los ingresos de suscripción que pagasen los espectadores navarros por un programa subvencionado con dinero público y parte de cuyos contenidos correrían además a cargo de entidades de servicio público. Estas circunstancias, que deberían ser objeto de análisis, no serían relevantes si este programa educativo se emitiese obligatoriamente en abierto

4. Comentarios particulares al pliego de cláusulas administrativas

Cláusula 3ª - Régimen jurídico al que queda sometido la concesión

Como cuestión meramente formal, sería conveniente corregir alguna de las referencias legales contenidas en la lista de las normas que establecen el régimen jurídico básico de la concesión, bien por estar derogadas o por haber sido sustancialmente modificadas por normas posteriores. Así:

- La Ley 4/1980, de 10 de enero, por el que se aprueba el Estatuto de la Radio y la Televisión, que contiene las normas básicas del régimen de los servicios públicos de radiodifusión y televisión.
- La Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, modificada por Ley 22/1999, de 7 de junio.
- La Ley 17/1997, de 3 de mayo, por la que se incorpora al Derecho español la Directiva 95/47/CE, de 24 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre el uso de normas para la transmisión de señales de televisión y se aprueban medidas adicionales para la liberalización del sector, modificada por Real Decreto-ley 16/1997, de 13 de septiembre.
- La Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de Propiedad Intelectual, actualmente derogada por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

- La Ley 16/1989, de 17 de julio, de Defensa de la Competencia, modificada por Ley 52/1999, de 28 de diciembre.

Cláusula 7.- Apertura de ofertas y procedimiento de evaluación.

Con respecto a los criterios de adjudicación, en lo que se refiere al despliegue y cobertura de los servicios, hay que señalar que la Disposición Adicional quinta del Real Decreto 2169/1998, de 9 de octubre, establece que en los concursos que se convoquen para la adjudicación de concesiones para la explotación del servicio de TDT, “se valorará la utilización, al menos inicialmente y siempre que existan posibilidades técnicas, de las infraestructuras de las actuales redes de difusión de la televisión analógica”.

En consecuencia, el punto 3 de estos criterios de adjudicación debería otorgar una ponderación adecuada a la utilización de tales infraestructuras, cuestión no contemplada en la puntuación señalada en el Proyecto de Pliego.

Cláusula 9ª – Garantía definitiva y formalización del contrato

La cláusula 9ª prevé que la concesionaria constituya una garantía definitiva de 2.000.000 pesetas, lo que parece insuficiente atendiendo:

- a la normativa aplicable (art. 37 y D.F. 1ª de la Ley 13/1995 de Contratos de las Administraciones Públicas, y art. 40.1 de la Ley Foral 10/1998)
- a la finalidad de esa garantía (según esta cláusula 9ª, hacer efectivas penalidades o indemnizaciones, para lo que esta cantidad puede ser claramente insuficiente, especialmente si se toma en consideración el importe de las sanciones previstas por la Ley de Televisiones Privadas, a cuyo régimen sancionador se remite la cláusula 10ª.j)
- a la práctica seguida en otros concursos de TDT (en Madrid, los concesionarios de un solo programa debían constituir una garantía definitiva de 150 millones –cláusula 18ª del concurso-; y los operadores de TDT de ámbito nacional una garantía de 2.000.000.000 pesetas -base 20ª del concurso para la gestión de 14 programas de TDT, de 11.1.1999, y base 20ª del concurso para la gestión de dos programas de TDT, de 10.3.2000-).

Cláusula 10.a) Plazo de la concesión.



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

La referencia a la renovación de la concesión debería recoger expresamente si la misma es automática o discrecional y su plazo (artículo 11 de la Ley 10/1988 y artículo 5.1 de la Orden de 9 de octubre de 1998). Por ello, la expresión debería ser “renovables por períodos iguales”. Del mismo modo, debería indicarse expresamente cuándo comienza el plazo de la concesión.

Cláusula 10.b) Derechos del concesionario.

Al respecto, hay que matizar:

- que el derecho del concesionario a disponer del espectro radioeléctrico necesario para la prestación del servicio público de TDT (cláusula 10ª.b.1) se limita al servicio de difusión, de acuerdo con los términos de la oportuna concesión demanial (art. 42.2 de la Orden de 9.3.2000); y
- que la prestación por el concesionario de los servicios no televisivos a los que se refiere la cláusula 10ª.b.2 no forma parte de los derechos que otorga la concesión al adjudicatario, sino que está condicionada al otorgamiento por parte de la CMT del oportuno título habilitante.

Cláusula 10ª.c.3) – Obligación del concesionario de explotar directamente la concesión

Este tipo de cláusula intenta garantizar que es el titular de la concesión el que procede realmente a su explotación. No obstante, una redacción de este tipo no es suficientemente clara, como se ha puesto de manifiesto en el sector de la radio, en el que el hecho de que los adjudicatarios estén obligados a explotar directamente sus concesiones no se ha entendido en determinados casos como incompatible con las emisiones en cadena. Si realmente se quiere asegurar el cumplimiento efectivo, por parte del concesionario, de su deber de explotar la concesión directamente, sería necesario adoptar medidas adicionales en ese sentido. Esas medidas podrían analizar, tal como se prevé en Alemania o Italia, si una empresa proveedora de contenidos consigue por esa vía una posición de control del operador de televisión y/o del conjunto del mercado relevante de que se trate.

Cláusula 10ª.c. 5) y c.6) – Sistema de transmisión de las acciones

Hay que indicar al respecto que podría haber una contradicción entre esta cláusula (que dispone que cualquier acto jurídico que implique transmisión de las acciones, o cualquier modificación del capital social deben ser autorizados por el órgano de contratación) y el art. 21 de la Ley de Televisión Privada (que, según la Orden Ministerial de 9.10.1998 y la cláusula 4ª de este concurso sería



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

aplicable a la TDT navarra, y que dispone que sólo deben someterse a autorización las adquisiciones de participaciones significativas, que son definidas por el propio art. 21 de la citada Ley de Televisión Privada).

Cláusula 10.c.9) Continuidad del servicio

La obligación de continuidad y adecuada prestación del servicio no debería limitarse a los servicios “que requieran contraprestación económica de los usuarios”, sin perjuicio de que la obligación de resarcimiento de los perjuicios sólo pueda ser reclamada directamente por los usuarios en este último caso.

Cláusula 10ª.c.15) – Comunicación de los precios de los servicios de TDT

Según esta cláusula, la sociedad concesionaria deberá, si presta servicios de televisión de pago, comunicar a la Administración las tarifas de sus servicios con quince días de antelación a que esas tarifas sean aplicables en el mercado. Esta disposición configura una mera obligación de notificación, pero ha de ser puesta en relación con lo dispuesto en el apdo. 5.4 de la Oferta Técnica, que dispone que el licitador habrá de precisar las tarifas y los precios máximos de los servicios de TDT incluidos en su propuesta, los cuales serán obligatorios para el mismo, con carácter de máximos en caso de resultar adjudicatario. Cabe mencionar al respecto que esta última disposición puede imponer un límite injustificado a la capacidad de maniobra comercial del concesionario, que debe en el año 2000 precisar unos precios máximos que le vincularían durante el plazo de vigencia de su concesión (10 años), resultando muy complicado poder realizar predicciones en esa materia a tan largo plazo. La obligación de notificar las tarifas con antelación suficiente, tal como se contempla en la cláusula 10ª.c.15 puede ser suficiente garantía del interés de los espectadores en esta materia.

Cláusula 10.c.19) – Obligación de archivar programas y derecho de los particulares de consultar esos archivos

Esta cláusula recoge el texto del art. 14.6 de la Ley de Televisión Privada. Ahora bien, hay que tener en cuenta que la obligación de archivar programas, como ya avanzamos, ha sido regulada con posterioridad por el art. 19 de la Ley 25/1994, según el cual “todos los operadores de televisión deberán archivar, durante un plazo de seis meses a contar desde su primera emisión, todos los programas emitidos”. Este artículo también precisa que “la información así obtenida será confidencial y no podrá usarse para fines distintos a los previstos en esta Ley”. Esta disposición podría entrar en conflicto con el texto de la cláusula 10ª.c.19) y con el art. 14.6 de la Ley de Televisión Privada, que disponen que los titulares de las concesiones deben registrar los datos relativos



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

a sus programas “a efectos de facilitar su consulta por los particulares conforme a la regulación general en esta materia”. En todo caso, cualquier interpretación que se haga de esta cláusula 10ª.c.19) debe realizarse teniendo en cuenta lo dispuesto en esta materia por el citado art. 19 de la Ley 25/1994.

Cláusula 10ª.d) – Contenido de los programas

En esta materia hay que señalar que sólo se fija la duración mínima de la emisión del primer programa (10 horas diarias y 70 semanales), pero no de los tres programas restantes. Aunque el art. 14.1 de la Ley de Televisión Privada dispone que las concesionarias reguladas por esa Ley emitirán al menos 4 horas diarias y 32 semanales (el mismo número de horas que, según el art. 5 de la Orden Ministerial de 9.10.1998, debe emitir en abierto cada programa de TDT que se emita mediante acceso condicional), sería deseable que el concurso impusiera al adjudicatario obligaciones más detalladas en esta materia.

Esta cláusula prevé además la posibilidad de que el Gobierno (“excepcionalmente”) no destine este segundo programa exclusivamente a usos educativos. Si el Gobierno autorizase nuevos usos de este programa, ello debería ser tenido en cuenta a la hora de analizar si las posibles subvenciones que se estuviesen otorgando seguían estando justificadas o no.

En lo que respecta al “resto de ancho de banda”, se prevé que los servicios adicionales de TDT se incluyan dentro de las obligaciones del concesionario. No debe olvidarse que la prestación de esos servicios se rige por la normativa general de telecomunicaciones y por la normativa específica aplicable a los servicios interactivos, y que escapa, en sentido estricto, a los términos de la concesión de TDT.

Por otra parte, el modelo de mercado que se define en el pliego señala que el concesionario de la gestión indirecta del servicio público de difusión de televisión terrenal será asimismo el prestador de los servicios de telecomunicaciones digitales sobre la capacidad reservada en el canal múltiple. Sin embargo, pese a no declararse expresamente, se infiere que no será posible la prestación de servicios telecomunicaciones digitales sobre la capacidad reservada en el canal múltiple, por personas físicas o jurídicas distintas del concesionario.

Esta circunstancia sería especialmente criticable cuando en la oferta del concesionario no se incluya la prestación de este tipo de servicios, o cuando la prestación de los mismos no agote la capacidad disponible. En tales supuestos se podría estar produciendo un uso no eficiente del espectro radioeléctrico,



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

puesto que el ancho de banda vacante no podría ser utilizado al estar asignado en exclusiva al concesionario, con independencia de su nivel de aprovechamiento.

La adopción de una política de uso eficiente del espectro, entendido en términos de aprovechamiento máximo de los recursos de espectro radioeléctrico, fomentaría un incremento de la competencia en los servicios que utilizan el espectro radioeléctrico, al poder compartir más prestadores de servicios de telecomunicación la misma banda de frecuencias, actuando el espectro radioeléctrico como factor de desarrollo económico y del desarrollo de la libre competencia.

Cláusula 10.h) Inspección y dirección por la Administración.

Con respecto al ejercicio de los poderes de inspección y control necesarios para asegurar la buena marcha del servicio objeto de concesión, esta cláusula atribuye la competencia a la Administración de la Comunidad Foral.

No obstante, a la luz del artículo 65 de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, artículo 7.1 c) de la Ley 10/1988, Disposición Adicional 44ª apartado 3 de la Ley 66/1997 y artículo 25 de la Orden de 9 de marzo de 2000, anteriormente citada, habría que incorporar un inciso aclaratorio a la cláusula que dejara a salvo las facultades de control e inspección del dominio público radioeléctrico que corresponden al Estado, a través de la Inspección de Telecomunicaciones.”

Cláusula 10.j. Régimen de infracciones y sanciones.

Del mismo modo, no todas las infracciones recogidas en el artículo 24 de la Ley de Televisión Privada son sancionables por la Comunidad Foral, ya que todos aquellos relativos a aspectos técnicos del servicio –producción de interferencias, adecuación de los equipos utilizados, etc.- implican una competencia material de la Administración del Estado.

Cláusula 11. b) Plan de frecuencias y calendario de disposición del espectro.

Este apartado afirma, en su segundo párrafo, que “el concesionario dispondrá del espectro mencionado en todo el territorio de la Comunidad Foral de Navarra a partir del momento de la firma del contrato concesional por el que se adjudica el canal objeto del presente concurso.”

Sobre el particular hay que decir que la propia cláusula 2 del Proyecto de Pliego que se informa establece que la concesión del servicio público de TDT



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

llevará aparejada la concesión del dominio público radioeléctrico necesario para su prestación. A tal efecto, continúa esta cláusula, “el concesionario deberá solicitar al Ministerio de Fomento la concesión del dominio público radioeléctrico correspondiente, una vez obtenida la concesión del servicio.”

A su vez, la cláusula 9 del Proyecto de Pliego, en su letra b), dispone que el contrato se formalizará en documento administrativo dentro de los quince días naturales siguientes a la notificación de la resolución de adjudicación.

En consecuencia, y a la luz del artículo 42 de la Orden de 9 de marzo de 2000, relativa al uso del dominio público radioeléctrico, en cuanto dispone que el derecho de su uso “se otorgará por la Administración del Estado mediante concesión demanial de conformidad con lo previsto en los Planes Técnicos Nacionales de radiodifusión y televisión a quien disponga del correspondiente título habilitante para la prestación de estos servicios”, no resulta adecuado al ordenamiento que el concesionario disponga del espectro mencionado “a partir del momento de la firma del contrato concesional por el que se adjudica el canal”, como dice la letra b) de esta cláusula 11, sino desde que la Administración del Estado y dicho concesionario suscriban el contrato concesional correspondiente, una vez obtenida la concesión del servicio de TDT.

Por todo ello, habría que corregir el tenor literal de la cláusula 11, letra b), 2º párrafo, del Proyecto de Pliego, para adecuarlo al artículo 42 de la Orden de 9 de marzo de 2000 citada.

Cláusula 11.c) Asignación de frecuencias.

En el primer párrafo de este apartado habría que aclarar que la referencia genérica a la “Administración”, en cuanto a la competencia para la aprobación del Proyecto Técnico e inspección de las instalaciones radioeléctricas, corresponde expresamente a la Administración General del Estado, en virtud de las normas ya citadas anteriormente en el análisis de la letra h) de la cláusula 10, que se reiteran aquí.

Cláusula 11.d). Cobertura.

Teniendo en cuenta que el objeto del Pliego es el otorgamiento de una concesión para la prestación en gestión indirecta del servicio público de televisión digital en la Comunidad Foral de Navarra, lo cual implica la obligación del concesionario de prestar el servicio en todo el territorio foral, utilizando su propia red o una red ajena -en uno y otro caso habilitada en aplicación de la normativa de telecomunicaciones-, debería clarificarse en este apartado cuáles son los compromisos de cobertura que debe adoptar el concesionario y, en su



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

caso, mejorar en su propuesta. Sólo de este modo cabrá comprender una previsión como la contenida en el último párrafo de este apartado, en la que se prevé la posibilidad de que el Gobierno de Navarra instale reemisores para ampliar la cobertura del servicio a todo el territorio de la Comunidad: si la obligación de cubrir todo el territorio corresponde al concesionario directamente o a través del operador de red que de soporte al servicio de televisión digital terrenal, no tiene sentido recoger una previsión de este tipo.

Por otra parte, sería conveniente exigir a los licitadores un calendario detallado de despliegue e imponer una cobertura de población mínima por encima de cual se podría empezar a prestar el servicio.

5. Comentarios particulares a la Oferta técnica

- Programación

El subapartado “Plan de servicios adicionales digitales de TDT” no parece adecuadamente ubicado dentro del apartado Programación. Los servicios adicionales digitales por su propia naturaleza y tal y como se definen estos servicios en el propio pliego no están relacionados con la programación, ni con los contenidos informativos, educativos o culturales. Es por ello, que parece más acorde su inclusión bajo el criterio de viabilidad técnica si se pretende valorar positivamente el grado de innovación tecnológica, así como el conjunto de servicios puestos a disposición del ciudadano, o bajo el criterio de despliegue y cobertura de los servicios si se pretende valorar la estrategia comercial en la prestación de los servicios digitales adicionales, primándose aquellos licitantes que doten de una mayor cobertura y despliegue de los mismos.

- Viabilidad técnica

Se considera conveniente primar de alguna manera la existencia de un Plan de Calidad de los servicios digitales adicionales, bien de forma independiente o incluida bajo el Plan de Calidad del servicio público de TDT, entendiendo éste en sentido amplio.

- Plan de Cobertura Radioeléctrica

Con el fin de coordinar y compatibilizar la implantación de la TDT con el servicio de difusión de televisión analógica sería conveniente que el licitante incluyera un estudio sobre el impacto sobre el canal adyacente, así como las medidas a adoptar en caso de producción de interferencias en dichos canales.

- Equipos receptores de TDT o descodificadores



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Las obligaciones impuestas a los equipos y descodificadores han de entenderse derivadas del carácter inmediata y automáticamente abierto y compatible de los descodificadores, bien por sus características técnicas o por acuerdos a los que lleguen los operadores.

La previsión relativa a la homologación de los equipos para su conexión a las redes públicas de telecomunicación debería complementarse de forma que se hiciera referencia a que dicha homologación adoptará la forma de certificado de aceptación expedido por el organismo competente.

- Sistema de acceso condicional

Si bien la referencia a la Ley 17/1997, se encuentra incluida en el apartado de legislación aplicable, en aras de una mayor claridad resulta adecuado incluir alguno de los aspectos recogidos en dicha Ley, especialmente en todo aquello referente a los sistemas de acceso condicional.

En este sentido, resulta imprescindible que se exija que el sistema de acceso condicional empleado sea conforme al algoritmo común europeo de encriptación.

De igual modo, el requisito impuesto de descripción técnica detallada del sistema de acceso condicional empleado puede violar el secreto industrial y/o comercial, no siendo exigible este nivel de detalle en virtud de lo dispuesto desde el punto de vista de la Ley 17/1997.

El pliego debería señalar claramente la obligación del concesionario de inscribirse en el Registro de Operadores de Servicios de Acceso Condicional, así como los equipos receptores-descodificadores en el Libro Auxiliar de dicho Registro con carácter previo a su comercialización.

- Interfaces de programación de aplicaciones (API's).

La caracterización de las interfaces de programación de aplicaciones como llave de acceso a los usuarios a través de los receptores-descodificadores digitales desaconseja la implantación de interfaces propietarias que supongan una barrera al desarrollo de la televisión digital terrenal y al desarrollo de servicios interactivos adicionales tales como telebanca, telecompra... etc. Sin embargo, a día de hoy el desarrollo de un API normalizado se encuentra en un estado embrionario, no previéndose en el corto plazo la disponibilidad comercial del mismo. Si bien la inexistencia de un API normalizado no puede retrasar el lanzamiento de la televisión digital terrenal, es necesario adoptar las cautelas necesarias para que el API propietario elegido por el concesionario no



COMISION DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

se convierta en un estándar de facto. Por ello ha de garantizarse la transición hacia el API normalizado lo antes posible, con el fin de salvaguardar los intereses del resto de operadores de televisión digital y de otro evitar incurrir en unos costes elevados de transición si el volumen del parque de descodificadores es muy elevado.

En este proceso de migración no conviene olvidar los derechos de los usuarios, debiéndose garantizar los servicios de los que venía disfrutando con carácter previo a la migración del API propietario al API normalizado, garantizándose la retrocompatibilidad del parque de descodificadores durante el proceso de migración. Teniendo en cuenta que dicha retrocompatibilidad vendrá en la práctica determinada por la duplicación de la emisión de los datos en los formatos propietario y estándar, es preciso acotar la duración del período de migración dado el impacto causado tanto sobre el concesionario como sobre el resto de operadores de televisión digital terrenal.

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.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^a Vázquez Quintana

José Giménez Cervantes