

VOTO PARTICULAR QUE EMITE EL CONSEJERO XABIER ORMAETXEA GARAI EN CONTRA DEL ACUERDO POR EL QUE SE APRUEBA LA ROTACIÓN DE CONSEJEROS ENTRE SALAS Y SE ORDENA SU PUBLICACIÓN EN EL BOE ADOPTADO POR EL PLENO DE LA CNMC EL 25 DE SEPTIEMBRE DE 2023

El consejero que suscribe este voto particular desea hacer constar en primer lugar que el acuerdo adoptado lo fue por 3 votos a favor, 3 abstenciones y 1 voto en contra, es decir, solamente fue aprobado por 3 consejeros de un total de 7 presentes. No se puede negar que hubo una mayoría de votos y por tanto el acuerdo será legal, pero que una decisión de ese calado y trascendencia se adopte sin el apoyo de la mayoría de los presentes, pone en duda la legitimidad del mismo.

Las principales razones para emitir este voto particular son las siguientes:

PRINCIPIO DE ESTABILIDAD DE SALAS.

La rotación prevista en la Ley de creación de la CNMC prevé la rotación de consejeros, pero a su vez está claro que dichas rotaciones deben efectuarse manteniendo la estabilidad de las salas. La rotación normal de un consejero al año supone modificar una sala en el 20% de sus componentes, y la rotación de dos consejeros supondría modificarla en un 40%, pero en ambos casos se mantendría una mayoría de consejeros con antigüedad suficiente para dar estabilidad a las salas. Hacer una nueva rotación el 25 de septiembre, tras la reciente incorporación del consejero Josep María Salas a la SSR este mismo mes, supone que la sala solamente tendría un 33% de consejeros veteranos y un 66% de consejeros recientemente incorporados. Si además tenemos en cuenta que en un año han abandonado la SSR los consejeros Bacigalupo, Lorenzo, Ortiz, Canedo y Torres, la rotación del consejero Ormaetxea supone la sexta rotación en un año, y si además añadimos que en diciembre corresponde una nueva rotación, nos encontraremos con que en un breve periodo y para una sala de 5 miembros se habrán producido 7 rotaciones. No debe pues confundirse el principio de rotación con el de “centrifugación”. Ello sólo conlleva un grave perjuicio hacia la Sala de Supervisión Regulatoria.

ILEGALIDAD DE ROTACIÓN DEL CONSEJERO ORMAETXEA (Y LA YA PRODUCIDA DEL CONSEJERO LORENZO).

1º La sentencia del Tribunal Supremo nº 63/2017, de 19 de enero de 2017 (recurso ordinario 506/2013), contiene el siguiente fallo:

Segundo.-Anular, los Reales Decretos 795/2013 y 800/2013, ambos de 11 de octubre, que dispusieron el cese de D. Bernardo de Lorenzo y D. Xabier Ormaetxea como Presidente y Consejero de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones, por ser contrarios a derecho.

Tercero.-Condenar a la Administración General del Estado a reponer a D. Bernardo Lorenzo Almendros y a D. Xabier Ormaetxea Garai como miembros del organismo regulador de las Telecomunicaciones de España, con abono de los salarios correspondientes desde la fecha de efectos del cese hasta el momento de su reposición, con los intereses correspondientes.

Lo primero que cabe decir de ese texto del Tribunal supremo es que su contenido es absolutamente claro y que en aplicación del principio legal “in claris non fit interpretatio”, no es posible hacer del mismo ninguna otra interpretación salvo la de que impone en primer lugar una obligación de “reposición” y, en segundo lugar, una obligación de hacerlo en el organismo regulador de las telecomunicaciones de España.

Cabe destacar que la sentencia basa su fallo en una vulneración flagrante de la Directiva Europea de comunicaciones electrónicas, por ello el alto tribunal, aun conociendo la extinción legal de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y su sustitución por la nueva Comisión de los Mercados y de la Competencia creada por Ley 3/2013, de 4 de junio, no hace referencia expresa a la misma, sino que expresa claramente Organismo Regulador de las Telecomunicaciones, y dicha referencia solo cabe interpretarse como expresa a la Sala de Regulación de la CNMC.

Por lo tanto, cuando se haga referencia a las obligaciones que impone la Ley 3/2013 de creación de la CNMC, ha de entenderse sin ningún lugar a dudas que los Consejeros Ormaetxea y Lorenzo, están excepcionados tanto de lo que la Ley dispone en cuanto a desaparición de los organismos reguladores precedentes, lo que conllevó su cese declarado nulo, como de la obligatoriedad de rotar entre salas y ejercer su cargo en la Sala de Competencia ya que dicho cargo en la forma que expresa el alto Tribunal sólo puede ejercerse en la SSR pues es esta sala, junto con el pleno de la CNMC, donde están depositadas las competencias reguladoras de Telecomunicaciones.

Aunque el recurso meritado fue formalmente interpuesto contra un decreto del gobierno, no puede obviarse que el gobierno español aplicó correctamente una ley emanada del Parlamento (Ley 3/2013, de 4 de junio), por lo que la condena real ha de entenderse que lo fue al Reino de España pues manda inaplicar, para dos consejeros determinados, dos artículos de la ley, y eso obliga no solamente a la Administración General del Estado, sino a todas las instituciones de éste. Así lo entendió la propia CNMC que, una vez producidos los nombramientos por ejecución de sentencia, asignó a los dos consejeros a la Sala de Supervisión Regulatoria, pues de no haber sido así se hubiese producido un incidente de ejecución ante el TS.