

Don MARCEL CODERCH COLLELL, en su calidad de Vicepresidente de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y con respecto a la

CIRCULAR 1/2010 DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES POR LA QUE SE REGULAN LAS CONDICIONES DE EXPLOTACIÓN DE REDES Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES ELECTRÓNICAS POR LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS (MTZ 2010/203),

Aprobada por Acuerdo del Consejo en la 19/10, del día 15 de Junio de 2010, hace constar, en relación a la misma, el siguiente

VOTO PARTICULAR

Mi voto contrario a la aprobación de esta Circular obedece a diversas razones, algunas de tipo formal, otras relativas a la posible no habilitación de la CMT para imponer determinados trámites previos o normas de carácter procedimental y, finalmente, por cuestiones relacionadas con las obligaciones concretas que se imponen a las AA PP cuando pretenden participar en la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas persiguiendo objetivos de interés común que le son propios e irrenunciables; razones que expongo a continuación.

1. Sobre el plazo estipulado por el Reglamento de Régimen Interior para la recepción de la documentación relativa a los asuntos que figuran en el orden del día de las sesiones del Consejo.

El Reglamento de Régimen Interior por el que se rige esta CMT establece en sus Artículos 10.a) y 10 .b) que les corresponde a los miembros del Consejo obtener los datos, documentos e información necesarios para el ejercicio de sus funciones y, concretamente, a recibir con antelación mínima de cuarenta y ocho horas la información sobre los asuntos que figuran en el orden del día. Habitualmente, los Consejos se celebran los jueves habiéndose distribuido buena parte de la documentación el viernes anterior y, en todo caso, la documentación completa el martes anterior a primera hora de la mañana.

En esta ocasión, el Consejo se adelantó al martes 15 de junio distribuyéndose la información el viernes anterior a las 15:00 horas. La información facilitada, sin embargo, no podía incluir la carta dirigida al Secretario del Consejo por parte de la Dirección General para la Competencia de la Comisión Europea en la que este organismo expresaba su opinión sobre el anteproyecto de la referida Circular, ya que dicha carta fue remitida por la CE y trasladada al Consejo el día 14 de junio.

Comoquiera que el contenido y el sentido de dicha carta podían ser, en mi opinión, muy relevantes para la discusión de la propuesta de Circular, y dado el corto espacio de tiempo de que habíamos dispuesto para asimilar y valorar las opiniones de un órgano comunitario directamente involucrado en algunas cuestiones que se abordaban en la Circular, solicité al Presidente que se retrasara una semana la

discusión de este punto del orden del día amparándome en que no se había podido cumplir con el requisito de las 48 horas. Dicha petición fue desestimada por lo que entiendo no satisfecho lo estipulado en el Artículo 10.a) del Reglamento de Régimen Interior.

2. Sobre la correspondencia entre el objeto de la Circular y su contenido, y sobre la habilitación competencial de la CMT para imponer determinadas obligaciones.

En su Artículo primero, la Circular especifica que su objeto es “establecer condiciones para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas y las entidades en las que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante o un control efectivo en razón de la propiedad, de la participación financiera o de las normas que la rigen”.

Sin embargo, en su Disposición adicional primera, la Circular impone determinadas obligaciones a las Administraciones Públicas incluso cuando éstas no pretenden explotar redes ni prestar servicios de comunicaciones electrónicas por sí mismas, sino conceder Ayudas de Estado a otros operadores que, ellos sí, explotarían redes o prestarían servicios de comunicaciones electrónicas, presumiblemente con objetivos de interés común, tales como la equidad, la cohesión territorial, el desarrollo económico o el fomento de la ocupación, objetivos todos ellos contemplados en las Directrices comunitarias para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha (2009/C 235/04) .

En estos casos, se obliga a las AA PP, con carácter previo a la notificación a la CE, a realizar una consulta pública, a facilitar a la CMT y a otros operadores una extensa documentación, y a adjuntar, en su notificación a la Comisión Europea, un informe previamente emitido por la CMT. Todo ello supone una modificación de los trámites administrativos y el establecimiento de normas de carácter procedimental de obligado cumplimiento, sin que a juicio de quien esto suscribe exista previsión reglamentaria al respecto ni habilitación legal para ello. De hecho, la Ley General de Telecomunicaciones sólo habilita a la CMT a dictar instrucciones cuando éstas se dirigen a operadores, no a las AA PP que no se constituyen en operadores.

Parecería que con esta Circular la CMT pretende autoconstituirse en un órgano consultivo del Estado, o de la CE, en relación al contenido de las ayudas públicas que el Estado español deba notificar, algo para lo cual no está expresamente habilitada en la legislación vigente. De hecho, para que la CMT pudiera llegar a actuar como órgano consultivo del Estado en materia de notificaciones de ayudas públicas a la CE, sería necesario modificar la normativa referida al procedimiento de notificación de ayudas, o por lo menos recibir el encargo explícito del gobierno en casos concretos, ya que si bien desde el punto de vista de la CE la notificación la efectúa el Estado miembro y no sus administraciones territoriales, en nuestro caso la ejecución de la normativa europea está descentralizada por lo que la atribución de competencias consultivas a la CMT en la notificación de eventuales ayudas otorgadas, por ejemplo, por las CC AA,

trastocaría el reparto competencial, que en el caso del derecho de acceso a las instancias comunitarias ha sido fruto de acuerdos adoptados en las correspondientes conferencias sectoriales.

Es más, incluso en el caso de que una Administración Pública pretenda la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas directamente y sin sujeción al principio de inversor privado resulta a mi juicio muy dudoso que la CMT pueda restringir o condicionar, tal como se hace en el Artículo Décimo de la Circular, el derecho de la referida administración a dirigirse a la CE por medio de los canales oficialmente establecidos.

3. Sobre la actuación de las AA PP de acuerdo con el principio del inversor privado en una economía de mercado

En la enumeración de los principios generales por los que deberán regirse las actuaciones de las AA PP en lo referente a la explotación de redes públicas o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, la Circular afirma que éstas estarán sujetas, además de al cumplimiento de las mismas obligaciones que los operadores privados, a la de separación de cuentas y al respeto a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación, según establece el Art. 8.3 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Dadas estas condiciones, en su considerando (9), la Circular afirma que cuando una AA PP actúa respetando el principio de inversor privado, dicha actuación no afecta a la libre competencia. Por consiguiente, en estos casos no sería de aplicación la habilitación que la Ley otorga en su Art. 8.4 a la CMT para imponer condiciones especiales a las AA PP.

Sin embargo, en sus artículos Quinto y Octavo, la Circular sí impone condiciones especiales a las AA PP incluso en el supuesto de que actúen conforme al principio de inversor privado. En efecto, en el caso de que la Administración Pública, en el desarrollo de su plan de negocio, o como respuesta a condiciones cambiantes de mercado, desee realizar transitoriamente alguna actividad por la que perciba una contraprestación inferior a su coste – algo por lo demás habitual en muchas actuaciones privadas en períodos de lanzamiento o en tanto no se hayan alcanzado niveles de penetración en el mercado acordes a la escala que se espera alcanzar a medio-largo plazo – deberá comunicarlo a la CMT, la cual podrá fijar el plazo en que pueden llevarse a cabo estas actividades y las condiciones a las que deberán ajustarse. Asimismo, se obliga a la Administración Pública a informar a sus clientes o usuarios de dichas actividades de la duración de este período y del precio que se exigirá a la finalización del mismo, algo del todo inaudito en el comportamiento de un inversor privado en una economía de mercado.

Además, la CMT se arroga la capacidad de determinar el cumplimiento del principio del inversor privado en una economía de mercado mediante la validación de los correspondientes planes de negocio, incluyendo la determinación del período en que estos planes deben producir un flujo de caja positivo y la rentabilidad que debe

exigirse al proyecto. Ni siquiera la presencia de inversores privados en un porcentaje significativo del capital de la empresa que realice la prestación del servicio, con la asunción por parte de la Administración Pública de los mismos riesgos que los inversores privados, parece ser suficiente a esta CMT para concluir que se cumple el principio de inversor privado, exigiendo también en estos casos la provisión de todo tipo de informaciones para la validación del correspondiente plan de negocios.

Sea como sea, no parece que entre las capacidades de un regulador estén suficientemente acreditadas las de enjuiciar planes de negocio a futuro, ni las de valorar la adaptación de éstos a las cambiantes condiciones de mercado. Por ello, en mi opinión, la Circular se excede en su intervención en actividades que las AA PP puedan llevar a cabo siguiendo el principio del inversor privado en una economía de mercado.

4. Sobre la inseguridad jurídica generada por determinadas estipulaciones.

En el caso de AA PP que hayan concedido Ayudas de Estado para la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, previamente autorizadas por la CE de conformidad con lo dispuesto en los artículos 107 y 108 del Tratado de la UE, la disposición adicional primera de la Circular afirma el derecho de la CMT a adoptar determinadas medidas no especificadas en el caso de que, por un cambio de circunstancias, ésta interprete que la ayuda concedida pudiera estar distorsionando la libre competencia.

Comoquiera que cualquier Ayuda de Estado es en sí misma una distorsión de la libre competencia que se autoriza, precisamente y como señala la Directriz 2009/C 235/04, para corregir deficiencias del mercado o porque en determinadas circunstancias puede que los resultados eficientes del mercado no se consideren satisfactorios desde otros puntos de vista como la cohesión o la equidad, esta facultad que se atribuye a la CMT no puede sino crear una gran inseguridad jurídica y podría entenderse como un mecanismo por el cual la CMT puede modificar, condicionar o restringir lo previamente autorizado por la CE y sin el concurso de ésta, lo cual iría en contra de la supremacía de las leyes comunitarias sobre las leyes estatales que señala la CE en sus comentarios al proyecto de Circular.