



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 número 02/10 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 21 de enero de 2010, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba el

Informe a la Vicepresidencia Segunda del Gobierno y Ministerio de Economía y Hacienda sobre el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible (MTZ 2010/29).

I OBJETO DEL INFORME Y HABILITACIÓN COMPETENCIAL

I.1.- Objeto del informe.

Con fecha 11 de enero de 2010 tuvo entrada en el Registro de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones escrito de la Vicepresidencia Segunda del Gobierno y Ministerio de Economía y Hacienda por el que solicita que se emita informe en relación con el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible (en adelante, el Anteproyecto).

El presente Informe tiene por objeto analizar el Anteproyecto de Ley remitido en el ámbito de las funciones y competencias de esta Comisión.

I.2.- Habilitación competencial.

El artículo 48.3 h) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones incluye entre las funciones de esta Comisión la de *“asesorar al Gobierno y al Ministro de Ciencia y Tecnología [esta referencia se entiende hecha al Ministro de Industria, Turismo y Comercio], a solicitud de éstos o por propia iniciativa, en los asuntos concernientes al mercado y a la regulación de las comunicaciones, particularmente en aquellas materias que puedan afectar al desarrollo libre y competitivo del mercado. [...] En particular, informará preceptivamente en los procedimientos tramitados por la Administración General del estado para la elaboración de disposiciones normativas en materia de comunicaciones electrónicas, [...] planificación y atribución de frecuencias del espectro radioeléctrico, [...]”*.



El presente informe se emite, por tanto, al amparo de las mencionadas competencias de asesoramiento y de informe preceptivo que ostenta esta Comisión, teniendo por objeto el análisis de las cuestiones relativas al sector de las comunicaciones electrónicas recogidas en el Anteproyecto mencionado, tanto desde el punto de vista de la legislación sectorial como de su impacto en el mercado.

I.3.- Sistemática.

En cuanto a la sistemática del informe, en aras a dotar al mismo de una mayor claridad y brevedad, en un único epígrafe “II COMENTARIOS A LAS DISPOSICIONES RECOGIDAS EN EL ANTEPROYECTO” se analizan únicamente los artículos del Anteproyecto sobre los que esta Comisión estima necesario realizar comentarios y propuestas de mejora, que son fundamentalmente los que, directa o indirectamente, pueden afectar al funcionamiento de esta Comisión o al sector de las comunicaciones electrónicas, tanto desde el punto de vista de la legislación sectorial como de su impacto en el mercado.

II COMENTARIOS A LAS DISPOSICIONES RECOGIDAS EN EL ANTEPROYECTO.

II.1.- Comentarios a determinados artículos del TÍTULO I “Mejora del entorno económico”.

CAPÍTULO II Organismos Reguladores

Sección 1.^a Disposiciones generales sobre los Organismos Reguladores

Artículo 8. Naturaleza jurídica y régimen de funcionamiento de los Organismos Reguladores.

“1. A los efectos de lo previsto en este Capítulo, tienen la consideración de Organismo Regulador las actuales Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional de la Competencia y Comisión Nacional del Sector Postal.

2. Los Organismos Reguladores están dotados de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Actúan en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo están sometidos al control parlamentario y judicial.

3. Los organismos reguladores se regirán por las normas del presente Capítulo, por su legislación específica, en lo que no resulte modificado por la presente Ley, y por sus Estatutos aprobados mediante el correspondiente Real Decreto. En lo no previsto en las



anteriores normas, se regirán por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de acuerdo con lo previsto en su disposición adicional décima, y por el resto del ordenamiento jurídico.”

Comentarios:

En este artículo se otorga idéntica consideración respecto al régimen jurídico, organizativo, funcional y de independencia a tres Organismos Reguladores de tres sectores económicos y a un Supervisor horizontal como es la Comisión Nacional de la Competencia, lo que simplifica y unifica la regulación de dichos Organismos y evita la dispersión jurídica existente anteriormente, lo que esta Comisión considera muy positivo.

Sin embargo debe ponerse de manifiesto que en el listado de Organismos contenidos en la disposición analizada faltan algunos Organismos Reguladores o supervisores, de sectores económicos, que en coherencia con el objeto del proyecto, deberían ser incluidos.

Por otra parte, la previsión contenida en el apartado 3 de este artículo (aprobación de Estatutos por Real Decreto) podría implicar que la autonomía que se afirma de estos Organismos en la Ley, quedara condicionada en la práctica. Así, teniendo en cuenta que la presente ley recogerá los elementos esenciales de organización de los organismos reguladores y que además prevé que las diferentes leyes sectoriales establezcan normas organizativas específicas para cada uno de ellos, sería más conforme con el pretendido objetivo de dotar a estos entes de mayor independencia del Gobierno y de una correlativa mayor vinculación al Parlamento, el que, partiendo de lo establecido por las diferentes leyes, sean los propios organismos los que regulen directamente su funcionamiento a través de sus reglamentos de régimen interior, sin intervención interpuesta del Gobierno.

En esta línea, se propone como redacción alternativa:

“1. A los efectos de lo previsto en este Capítulo, tienen la consideración de Organismo Regulador las actuales Comisión Nacional de Energía, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, Comisión Nacional de la Competencia y Comisión Nacional del Sector Postal.

2. Los Organismos Reguladores están dotados de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. Actúan en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con autonomía orgánica y funcional, plena independencia de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado. Asimismo están sometidos al control parlamentario y judicial.

*3. Los organismos reguladores se regirán por las normas del presente Capítulo, por su legislación específica, en lo que no resulte modificado por la presente Ley, **y por sus Reglamentos de Régimen Interior**. En lo no previsto en las anteriores normas, se regirán por la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, por la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del*



Estado, de acuerdo con lo previsto en su disposición adicional décima, y por el resto del ordenamiento jurídico.”

Artículo 9. Relación con las entidades públicas y privadas, e independencia funcional.

“1. En el ejercicio de sus funciones, los Organismos Reguladores se relacionarán con el Gobierno y la Administración General del Estado, a través del titular del Ministerio competente, y actuarán en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con independencia de cualquier interés empresarial o comercial.

2. En el desempeño de las funciones que les asigna su legislación específica, y sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección política general del Gobierno, ni el personal ni los miembros de los órganos rectores de los Organismos Reguladores podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada.

3. A los efectos de lo previsto en esta Ley, la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se relacionarán con el titular del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio; la Comisión Nacional del Sector Postal se relacionará con el titular del Ministerio de Fomento; y la Comisión Nacional de la Competencia se relacionará con el titular del Ministerio de Economía y Hacienda.”

Comentarios:

En cuanto a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 9, esta Comisión considera adecuada la modificación y clarificación del régimen de relación entre los Organismos Reguladores y la Administración General del Estado, ya que considera que el cambio de los términos en que se relacionan éstos, pasando de “adscripción” a “relación”, es más respetuoso y se ajusta mejor a la relación entre Administraciones Públicas en condiciones de independencia de los Organismos Reguladores con los Ministerios con los que están relacionados.

Por lo que se refiere a la mención a las facultades de dirección política general del Gobierno, del apartado 2, siendo plenamente aplicable a la Administración General del Estado, debe matizarse aquí, teniendo en cuenta el objetivo que la Ley fija de reforzamiento de la autonomía e independencia de los Organismos reguladores. Así, habría de especificarse que esa capacidad de dirección política debe concretarse en los instrumentos normativos adecuados que, en cada caso, integren la mencionada normativa específica que los organismo reguladores han de respetar y aplicar, y no en instrucciones singulares.

Por tanto, se propone una redacción alternativa en el siguiente sentido:

“1. En el ejercicio de sus funciones, los Organismos Reguladores se relacionarán con el Gobierno y la Administración General del Estado, a través del titular del Ministerio competente, y actuarán en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines con independencia de cualquier interés empresarial o comercial.

2. En el desempeño de las funciones que les asigna su legislación específica, y sin perjuicio de la colaboración con otros órganos y de las facultades de dirección política



*general del Gobierno **ejercidas a través de su capacidad normativa**, ni el personal ni los miembros de los órganos rectores de los Organismos Reguladores podrán solicitar o aceptar instrucciones de ninguna entidad pública o privada.*

3. A los efectos de lo previsto en esta Ley, la Comisión Nacional de Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se relacionarán con el titular del Ministerio de Industria, Turismo y Comercio; la Comisión Nacional del Sector Postal se relacionará con el titular del Ministerio de Fomento; y la Comisión Nacional de la Competencia se relacionará con el titular del Ministerio de Economía y Hacienda.”

Sección 2ª

Del objeto de los Organismos Reguladores

Artículo 10. Objeto de la actuación de los Organismos Reguladores.

“1. Los Organismos Reguladores tendrán como objeto prioritario de su actuación velar por el adecuado funcionamiento del sector económico regulado para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de alta calidad en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios. Con tal fin, los Organismos Reguladores preservarán y promoverán el mayor grado de competencia efectiva y transparencia en el funcionamiento de los sectores económicos regulados, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la Comisión Nacional de la Competencia.

2. Para el cumplimiento de los anteriores objetivos, los Organismos Reguladores ejercerán, según disponga su normativa sectorial, las funciones de supervisión, habilitación e inhabilitación de los títulos correspondientes, inspección, sanción, resolución de conflictos entre operadores, arbitraje en el sector y aquellas otras que les atribuya la ley.”

Comentarios:

Este precepto establece, a nuestro juicio de forma acertada, un objeto común para todos los Organismos Reguladores, de carácter prioritario respecto del objeto fijado para cada Organismo Regulador en sus normativas específicas correspondientes.

Así, se establece que los Organismos Reguladores velarán por que el sector económico regulado funcione adecuadamente en beneficio del mercado y de los consumidores y usuarios. La alusión al beneficio de los consumidores y usuarios y a la promoción de la competencia es valorada muy positivamente por esta Comisión ya que, sin perjuicio de las facultades de las Autoridades de Competencia, las actuaciones y objetivos de los Organismos Reguladores o Supervisores cuando promueven la competencia tienen como fin conseguir dicho beneficio.

En este sentido, instrumento esencial para garantizar ese beneficio último de los consumidores y usuarios es la normativa en protección de los mismos, cuya aplicación será tanto más efectiva cuanto más en consonancia con las condiciones de los mercados regulados se aplique, siendo por tanto, sin perjuicio siempre de las competencias de otras



Administraciones Públicas, los propios organismos reguladores los mejor posicionados para hacerlo.

En consonancia con lo anterior, se propone la siguiente redacción alternativa:

“1. Los Organismos Reguladores tendrán como objeto prioritario de su actuación velar por el adecuado funcionamiento del sector económico regulado para garantizar la efectiva disponibilidad y prestación de unos servicios competitivos y de alta calidad en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios. Con tal fin, los Organismos Reguladores preservarán y promoverán el mayor grado de competencia efectiva y transparencia en el funcionamiento de los sectores económicos regulados, sin perjuicio de las funciones atribuidas a la Comisión Nacional de la Competencia.

*2. Para el cumplimiento de los anteriores objetivos, los Organismos Reguladores ejercerán, según disponga su normativa sectorial, las funciones de supervisión, habilitación e inhabilitación de los títulos correspondientes, inspección, sanción, resolución de conflictos entre operadores, arbitraje en el sector, **protección de los consumidores y usuarios** y aquellas otras que les atribuya la ley.”*

Sección 3ª

De los órganos de dirección de los Organismos Reguladores

Artículo 11. Organización de los Organismos Reguladores.

“Los Organismos Reguladores ejercerán sus funciones a través de un Consejo, al que corresponde la representación legal del Organismo.”

Comentarios:

Esta Comisión no comparte la oportunidad de trasladar la representación legal de los Organismos Reguladores desde sus respectivos Presidentes a sus respectivos Consejos, por cuanto que ello supone un cambio organizativo y normativo sustancial que puede afectar seriamente al buen funcionamiento del Organismo.

Las leyes que regulan los Organismos Públicos que se rigen por órganos colegiados no atribuyen directamente la representación legal de los mismos a sus Consejos u otros órganos colegiados de gestión y decisión, sino que dejan la cuestión al desarrollo reglamentario que, normalmente la atribuye a sus Presidentes o Directores; en concreto en lo que se refiere a los Organismos Reguladores o supervisores:

- El Real Decreto 1339/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión Nacional de Energía establece en su artículo 25.2.a) que corresponde a su Presidente *“ostentar la representación legal de la Comisión”*.
- La Ley 23/2007, de 8 de octubre, de Creación de la Comisión Nacional del Sector Postal establece en su artículo 4 que *“el Presidente asume la representación legal de la Comisión”*.



- El Reglamento de Régimen Interior de la Comisión Nacional del Mercado de Valores, aprobado por Resolución de su Consejo de 10 de julio de 2003, establece en su artículo 12.1.a) que su Presidente ostentará la representación legal de la Comisión.
- El Reglamento Interno del Banco de España, aprobado mediante la Resolución de su Consejo de Gobierno de 28 de marzo de 2000, establece en su artículo 36.1, letras b) y c) que el Gobernador del Banco de España *“Ostenta la representación legal del Banco a todos los efectos”* y *“Representa al Banco de España en las instituciones y organismos internacionales en los que esté prevista su participación”*.

En el caso de esta Comisión, el artículo 5.1.a) del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones atribuye al Presidente la representación legal de la Comisión.

Si bien jurídicamente es posible que la representación de un Organismo Regulador la ostente un órgano colegiado, éste necesitaría siempre que la concreción de los actos de representación tuviera lugar a través de la asistencia de todos los miembros del Consejo actuando solidariamente (por ejemplo, en los procedimientos de contratación pública los contratos deberían firmarse por todos los miembros del Consejo, o en actos jurídicos ante Notario, o en la contratación laboral); algo que en la práctica no es operativo. Frente a esto se podría argumentar que, aun atribuyéndose la representación al Consejo, siempre cabría delegar esa representación legal en el Presidente, pero no debemos olvidar que dicha delegación expresa por el Consejo puede revocarse o avocarse en cualquier momento, lo que restaría operatividad y continuidad de gestión al organismo.

Por otra parte, la representación legal implicaría una doble función de los Consejos de estos Organismos, en la medida en que, a sus funciones de aplicación de la regulación sectorial, se añadiría otra propia de las facultades de administración y gestión del Organismo, siendo que sus Consejos han sido diseñados para que se integren por expertos sectoriales y generales en materia de regulación de mercados, de acuerdo con un perfil altamente especializado orientado a la decisión regulatoria del sector.

La atribución de la representación legal y, por ende, de competencias relativas a la gestión de la organización, corre el riesgo de alterar el funcionamiento actual de los Consejos, convirtiéndolos también órganos de gestión administrativa interna. En la experiencia de esta Comisión, tal alteración no debería producirse debiéndose mantener su naturaleza actual de órganos altamente especializados en sus labores regulatorias, que son su razón de ser, dejando la gestión y organización interna del Organismo a su Presidente, bajo la supervisión externa de la Intervención General de la Administración del Estado y del Tribunal de Cuentas, como todos los Organismos y Entes del Sector Público Estatal de acuerdo con lo previsto en la normativa presupuestaria.

En definitiva, entiende esta Comisión que no resulta oportuno modificar el modelo vigente de separación de la gestión administrativa, competencia del Presidente, respecto de las funciones regulatorias, competencia del Consejo, y en consecuencia procede atribuir la función de representación legal de los Organismos Reguladores a sus respectivos Presidentes.



En consecuencia, se proponen las siguientes redacciones alternativas al precepto:

A) Modificar la redacción del texto del artículo 11 en el siguiente sentido:

“Los Organismos Reguladores ejercerán sus funciones a través de un Consejo. La representación legal del Organismo corresponderá a su Presidente.”

B) Suprimir el inciso *“al que corresponde la representación legal del Organismo”* contenida en el artículo 11 del Proyecto, atribuyéndose la función de la representación legal de los organismos reguladores a sus Presidentes y, por tanto, incorporándose como función específica en el artículo 14, quedando la redacción de los artículos 11 y 14 como sigue:

- Artículo 9: *“Los Organismos Reguladores ejercerán sus funciones a través de un Consejo.”*
- Artículo 14.1 letra a): ***“a) Ejercer la representación legal e institucional del organismo.”***, o ***“a) Representar legal e institucionalmente al organismo.”***

C) Subsidiariamente, y para el caso de que se mantuviera la atribución propuesta, se propone dar la siguiente redacción al artículo 9:

“Los Organismos Reguladores ejercerán sus funciones a través de un Consejo, al que corresponde la representación legal del Organismo, que la ejercerá a través de su Presidente.”

Y correlativamente, se modificaría la redacción del artículo 14, que explicita las funciones del Presidente, se propondrá modificar la redacción de la letra a) en el siguiente sentido:

“a) Representar institucionalmente al organismo, y ejercer la representación legal del mismo en nombre del Consejo”.

Artículo 12. El Consejo y su Presidente.

“1. El Consejo es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones atribuidas al Organismo Regulador, sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar. Entre sus facultades indelegables se encuentran la aprobación de los presupuestos del Organismo, y de su memoria anual y sus planes anuales o plurianuales de actuación en que se definan sus objetivos y sus prioridades.

2. Serán miembros del Consejo del Organismo Regulador el Presidente del Organismo Regulador, que también lo será del Consejo, y cuatro consejeros.

3. A las reuniones del Consejo asistirá con voz, pero sin voto, el personal directivo así como cualquier otra persona del personal no directivo que determine el Presidente. No podrán asistir a las reuniones del Consejo los miembros del Gobierno ni los altos cargos de las administraciones públicas.



4. *Corresponde a la presidencia del Consejo el ejercicio de las siguientes funciones:*

- a) *Ejercer, en general, las competencias que a los presidentes de los órganos colegiados administrativos atribuye la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*
- b) *Convocar al Consejo por propia iniciativa o a petición de, al menos, la mitad de los consejeros, y presidirlo.*
- c) *Establecer el criterio de distribución de asuntos entre los consejeros.*

5. *El Consejo se entenderá válidamente constituido con la asistencia del Presidente y tres consejeros. La asistencia de los consejeros a las reuniones del Consejo es obligatoria, salvo casos justificados debidamente.*

6. *Los acuerdos se adoptarán por mayoría de votos de los asistentes. En caso de empate decidirá el voto de quien presida.*

7. *En caso de vacante, ausencia o enfermedad del Presidente, le suplirá el consejero de mayor antigüedad y, a igualdad de antigüedad, el de mayor edad.*

8. *El Consejo, a propuesta del Presidente, elegirá un Secretario no consejero, que tendrá voz pero no voto, al que corresponderá asesorar al Consejo en derecho, informar sobre la legalidad de los asuntos sometidos a su consideración, así como las funciones propias de la secretaría de los órganos colegiados. El servicio jurídico del organismo dependerá de la Secretaría del Consejo.*

9. *El Consejo aprobará el Reglamento de funcionamiento interno de su Organismo, en el que se regulará la actuación de sus órganos, la organización del personal, el régimen de transparencia y de reserva de la información y, en particular, el funcionamiento del Consejo, incluyendo su régimen de convocatorias y sesiones, y el procedimiento interno para la elevación de asuntos para su consideración y su adopción. La aprobación del Reglamento requerirá el voto favorable de, al menos cuatro de los miembros del Consejo.”*

Comentarios:

1.- Apartado 1

En relación con el apartado 1 del artículo 12, hay que señalar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en adelante, LRJPAC), en lo que constituye una consecuencia lógica de la restricción con la que debe interpretarse la potestad reglamentaria, tampoco son delegables las funciones de dictar disposiciones normativas. En el mismo sentido esta Comisión entiende que tampoco debe poder delegarse, tal y como ocurre hoy en día en nuestra normativa sectorial, la posibilidad de ejercer funciones de arbitraje.

Se propone también, por tanto, incluir estas funciones como indelegables, dando al citado apartado 1 del artículo 12 la siguiente redacción:



*“1. El Consejo es el órgano colegiado de decisión en relación con las funciones atribuidas al Organismo Regulador, sin perjuicio de las delegaciones que pueda acordar. Entre sus facultades indelegables se encuentran la aprobación de los presupuestos del Organismo, y de su memoria anual y sus planes anuales o plurianuales de actuación en que se definan sus objetivos y sus prioridades, **así como, si las tuviese atribuidas, las funciones de arbitraje y la potestad de dictar instrucciones de carácter general a los agentes del mercado objeto de regulación o supervisión en cada caso.**”*

2.- Apartado 2

En cuanto al apartado 2 del artículo 12, deben realizarse dos comentarios:

- En primer lugar, respecto del número de consejeros, se considera el de cuatro como excesivamente reducido y pernicioso para la debida pluralidad profesional de los integrantes de un órgano colegiado de estas características, por lo que se estima que los Consejos de Organismos Reguladores debieran de contar al menos con seis consejeros, además de su Presidente.
- Por otra parte, se echa en falta una especificación de los órganos superiores y directivos de los Organismos Reguladores, así como una asimilación de los cargos de Presidente, de Consejero, de Secretario y, en su caso, de los restantes altos cargos de los organismos reguladores a los órganos superiores y directivos de la Administración General del Estado regulados en el artículo 6 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE).

El apartado 5 de dicho artículo 6 de la LOFAGE establece que *“Los órganos superiores y directivos tienen además la condición de alto cargo, excepto los Subdirectores generales y asimilados”*. La Ley 5/2006, de 10 de abril, de regulación de los conflictos de intereses de los miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado establece en su artículo 3.2, letra k) que serán considerados altos cargos el Presidente y los vocales de los organismos reguladores y de supervisión, y en la letra l) del mismo artículo 3.2 que también lo serán *“los directores, directores ejecutivos, secretarios generales o equivalentes de los organismos reguladores y de supervisión”*. Por otro lado, el apartado 7 del artículo 6 de la LOFAGE establece que *“Los estatutos de los Organismos públicos determinarán sus respectivos órganos directivos”*, pero no establece una homologación o equiparación de los altos cargos de los Organismos con los de la Administración General del Estado,.

En consecuencia, se propone modificar el apartado 2 del artículo 12, que quedará redactado de la siguiente manera:

*“2. Serán miembros del Consejo del Organismo Regulador el Presidente del Organismo Regulador, que también lo será del Consejo, **y seis consejeros. Reglamentariamente se establecerá el rango correspondiente al Presidente, a los Consejeros y al Secretario en equivalencia con los altos cargos de la Administración General del Estado.**”*



3.- Apartado 3

En cuanto al apartado 3 del artículo 12, hay que señalar que por una parte refuerza la independencia de los Organismos y la autonomía en sus actuaciones regulatorias el hecho de que se regule expresamente que no podrán asistir a las reuniones del Consejo los miembros del Gobierno ni los altos cargos de las administraciones públicas, lo cual es coherente con la normativa europea promulgada recientemente mediante la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 que modifica la Directiva 2002/21/CE (Directiva Marco) y que establece en su nuevo artículo 3 bis que *“las autoridades nacionales de reglamentación encargadas de la regulación ex ante del mercado o de la resolución de litigios entre empresas con arreglo a los artículos 20 y 21 de la presente Directiva actuarán con independencia y no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún otro organismo en relación con la ejecución de las tareas que les asigne la legislación nacional por la que se aplique el Derecho comunitario”*.

En relación con el mismo apartado 3, la asistencia del personal a las sesiones del Consejo es una previsión propia de las normas de régimen interno de cada Organismo, cuya consagración con rango de Ley, e incondicionalmente, impedirá su adaptación en cada caso a las necesidades del Organismo.

Por otra parte, esta Comisión entiende que debería darse una redacción que no dejara dudas sobre que es potestad del Presidente determinar la asistencia o no del personal al Consejo.

Por tanto se propone suprimir y dejarlo a la normativa interna de cada uno o, al menos, sustituir el “asistirá” por el “podrá asistir, de acuerdo con lo que prevean sus normas de régimen interior”, con la siguiente redacción:

“3. A cada una de las reuniones del Consejo podrá asistir, en su caso de acuerdo con lo que prevean las normas de régimen interior de cada Organismo, con voz, pero sin voto, el personal directivo y no directivo de la Comisión que determine el Presidente. No podrán asistir a las reuniones del Consejo los miembros del Gobierno ni los altos cargos de las administraciones públicas.”

4.- Apartado 4

En cuanto al apartado 4, letra c), del artículo 12, se establece como función del Presidente la de fijar el criterio de distribución de asuntos entre los Consejeros, lo cual presupone un procedimiento interno de trabajo para la instrucción de los procedimientos basado en las Ponencias dirigidas por un Consejero, que no siempre es la regla general (en concreto en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no es la norma ya que habitualmente se sigue un modelo de distribución de trabajo interno basado en la separación entre las fases de instrucción y de resolución de los procedimientos administrativos).

En consecuencia, se propone modificar la letra c) del apartado 4 del artículo 12, que quedaría redactado de la siguiente forma:



“4. Corresponde a la presidencia del Consejo el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

*c) Establecer el criterio de distribución **en su caso** de asuntos entre los consejeros.”*

5.- Apartado 8

Finalmente, en cuanto al apartado 8 del artículo 12, que establece las funciones del Secretario, se considera positivo que, además de las funciones propias de la secretaría de los órganos colegiados, se les asigne la función de informar sobre la legalidad de los asuntos sometidos a su consideración. Adicionalmente, se considera que la enumeración de funciones debe entenderse, en todo caso, de mínimos, pudiendo corresponder al Secretario cualesquiera otras funciones que las normas de régimen interior de cada Organismo le atribuyan, en cada caso.

Por tanto, se propone como redacción alternativa de dicho apartado 8:

*“8. El Consejo, a propuesta del Presidente, elegirá un Secretario no consejero, que tendrá voz pero no voto, al que corresponderá **en todo caso, y sin perjuicio de las demás que le resulten atribuidas** asesorar al Consejo en derecho, informar sobre la legalidad de los asuntos sometidos a su consideración, así como las funciones propias de la secretaría de los órganos colegiados. El servicio jurídico del organismo dependerá de la Secretaría del Consejo.”*

Artículo 13. Nombramiento y mandato de los miembros del Consejo del Organismo Regulador.

“1. El Presidente y los consejeros serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio competente, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional, previa comparecencia del Ministro y de las personas propuestas como Presidente y Consejeros ante la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados, que versará sobre la capacidad de los candidatos. La comparecencia del Presidente, además, se extenderá a sus planes de actuación sobre el organismo y sobre el sector regulado.

2. El mandato del Presidente y los consejeros será de seis años sin posibilidad de reelección como miembro del Consejo. La renovación de los consejeros se hará parcialmente para fomentar la estabilidad y continuidad del Consejo.”

Comentarios:

1.- Apartado 1

En el apartado 1 se señala que el nombramiento del Presidente y de los consejeros tendrá lugar entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional. Sin embargo, no se especifica, tal y como viene siendo hasta el momento, y se considera más ajustado al grado de especialización requerido para los miembros del Consejo, que deban tener reconocido



prestigio y competencia profesional en relación con el sector concreto en el que intervenga cada Organismo regulador y teniendo en cuenta la regulación de los mercados.

Por lo tanto, se propone la siguiente redacción:

“El Presidente y los consejeros de cada Organismo Regulador serán nombrados por el Gobierno, mediante Real Decreto, a propuesta del titular del Ministerio competente, entre personas de reconocido prestigio y competencia profesional relacionados con el sector en que intervenga dicho Organismo o la regulación o supervisión de los mercados con carácter general, previa comparecencia del Ministro.....” (el resto quedaría igual).

2.- Renovación de los mandatos actuales de los miembros de los Consejos

Por otra parte, en cuanto a la renovación de los Consejos, se echa en falta una norma que, con carácter transitorio, regule el tránsito del régimen de los mandatos de los Consejeros desde el régimen actualmente vigente hasta el establecido por el texto del Anteproyecto por las distintas normas sectoriales específicas, y el nuevo régimen previsto por el Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible.

Asimismo, dado que la credibilidad sobre la independencia de los Organismos Reguladores descansa principalmente en la garantía de que los mandatos de los miembros de su Consejo sólo se interrumpirán por causas tasadas legalmente, se sugiere la necesidad de que las previsiones de la Ley respeten las reglas que rigen sobre las causas de finalización de dichos mandatos.

En particular y en el caso del regulador del sector de las telecomunicaciones es preciso añadir que esta necesidad está recogida en la normativa europea promulgada recientemente (Directiva 2009/140/CE, artículo 3.bis) y por lo tanto es de obligado cumplimiento.

En resumen, de acuerdo con dicha normativa solo se podrá cesar a un miembro del Consejo en caso de que dejen de cumplir las condiciones legalmente requeridas para el ejercicio de sus funciones, de manera motivada, y la decisión deberá hacerse pública, todo ello como refuerzo de la autonomía e independencia de los Organismos Reguladores de telecomunicaciones.

Artículo 14. El Presidente del Organismo Regulador.

“Corresponde al Presidente del Organismo Regulador, que también lo será de su Consejo:

- a) Representar institucionalmente al organismo.*
- b) Velar por el adecuado desarrollo de las actuaciones del Organismo, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.*
- c) Mantener el buen orden y gobierno de la organización del Organismo Regulador.*



- d) *Impulsar la actuación del Organismo Regulador y el cumplimiento de las funciones que tenga encomendadas. En particular, la elaboración de planes anuales o plurianuales de actuación en los que se definan sus objetivos y prioridades.*
- e) *Ejercer funciones de jefatura en relación con los directivos y el resto del personal del Organismo Regulador, de acuerdo con las competencias atribuidas por su legislación específica.*
- f) *Dirigir, coordinar, evaluar y supervisar las distintas unidades del Organismo Regulador.*
- g) *Dar cuenta al titular del Ministerio competente de las vacantes que se produzcan en el Consejo del Organismo Regulador.*
- h) *Dirigir la ejecución de los presupuestos del Organismo Regulador, así como la rendición de cuentas del Organismo.*
- i) *Dirigir la contratación del Organismo Regulador.*
- j) *Cuantas funciones le delegue el Consejo.”*

Comentarios:

En relación con la función de dirigir la contratación del organismo regulador sería conveniente que se atribuya al Presidente la función de I órgano de contratación del Organismo, y ello por las razones antes expuestas sobre la falta de operatividad para el buen funcionamiento del organismo de que el órgano de contratación sea colegiado, y sobre la necesidad y conveniencia de que el Consejo se dedique en exclusiva a las funciones puramente regulatorias del Organismo, siendo el Presidente el encargado de la gestión interna.

Consecuentemente con los comentarios antes expuestos al artículo 11 en relación con la conveniencia de que la representación legal de los Organismos Reguladores la ostente su Presidente y no un órgano colegiado, se propone que se modifiquen las letras a) e i) del listado de competencias del Presidente del artículo 14, que quedarían redactadas de la siguiente forma alternativa:

La letra a):

*“a) Ejercer **la representación legal e institucional del organismo.**”*

Y la letra i):

*”i) **Ser el órgano de contratación del Organismo Regulador.**”*

Artículo 15. Funciones e incompatibilidades de los miembros del Consejo.

“1. El Presidente y los Consejeros del Organismo ejercerán su función con dedicación absoluta.



2. Sin perjuicio de su función como ponentes de los asuntos que les asigne el Presidente, en aplicación de lo previsto en la letra c) del apartado 4 del artículo 12, los Consejeros no podrán asumir individualmente funciones ejecutivas o de dirección de áreas concretas del Organismo, que corresponderán al personal directivo a que se refiere el artículo 14 de la presente ley.

3. El Presidente y los Consejeros del Organismo estarán sometidos al régimen de incompatibilidad de actividades establecido para los altos cargos de la Administración General del Estado en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado y en sus disposiciones de desarrollo, así como en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. Será el Gobierno quien decida finalmente sobre cualquier caso de incompatibilidad, previa instrucción del expediente correspondiente.”

Comentarios:

En primer lugar debe señalarse que, dado que el Secretario de los organismo reguladores está sujeto, en base a lo previsto en el artículo 3.2. I) al mismo régimen de incompatibilidad que el Presidente y los Consejeros, debe ser el mismo también mencionado en este artículo.

En segundo término, entiende esta Comisión que deberían reforzarse las garantías de la imparcialidad. En efecto, la independencia de los Organismos reguladores, que el Anteproyecto de Ley pretende reforzar, es, en efecto, un elemento esencial de su configuración, y responde a la naturaleza *cuasi jurisdiccional* que tienen las funciones encomendadas estos Organismos, previendo el texto que se informa su revisabilidad exclusivamente por la jurisdicción contencioso-administrativa.

De acuerdo con el artículo 3.bis de la Directiva 2002/21/CE – Directiva marco-, en la redacción dada por la reciente Directiva 2009/140/CE, “*las autoridades nacionales de reglamentación encargadas de la regulación ex ante del mercado o de la resolución de litigios entre empresas (...) actuarán con independencia y no solicitarán ni aceptarán instrucciones de ningún otro organismo en relación con la ejecución de las tareas que les asigne la legislación nacional...Solamente los organismos de recurso creados de conformidad con el artículo 4 estarán facultados para suspender o revocarlas decisiones de las autoridades nacionales de reglamentación*”.

A la garantía de esta plena independencia de criterio responde el régimen de incompatibilidades que ha de establecerse el cual debe atender a esa naturaleza *cuasi jurisdiccional* con que se configura a los reguladores garantizando la total independencia en la formación de su criterio, lo que determina la relevancia de otra causa de incompatibilidad no contemplada en el anteproyecto que se informa, cual es la relativa a la vinculación con organizaciones representativas de intereses políticos o sectoriales concretos.

El Anteproyecto protege la independencia de los miembros de los Consejos tanto respecto de instrucciones políticas del propio Ejecutivo, como de los intereses de las empresas afectadas por sus decisiones mediante la remisión al régimen de incompatibilidades de los



Altos cargos de la Administración del Estado, pero omite toda previsión en relación con la independencia respecto de otras organizaciones que implican vinculación con intereses contradictorios con la independencia que se les exige, tales como, asociaciones o fundaciones de carácter sectorial, partidos políticos y sindicatos, fuente, también de intereses concretos condicionantes de la independencia exigida.

Se propone por ello añadir en el artículo 15.3 un segundo párrafo que recoja un régimen adecuado de incompatibilidad en estos casos.

En base a los dos puntos anteriores, se propone la siguiente redacción alternativa:

“1. El Presidente, los Consejeros y el Secretario del Organismo ejercerán su función con dedicación absoluta.

2. Sin perjuicio de su función como ponentes de los asuntos que les asigne el Presidente, en aplicación de lo previsto en la letra c) del apartado 4 del artículo 12, los Consejeros no podrán asumir individualmente funciones ejecutivas o de dirección de áreas concretas del Organismo, que corresponderán al personal directivo a que se refiere el artículo 14 de la presente ley.

3. El Presidente, los Consejeros y el Secretario del Organismo estarán sometidos al régimen de incompatibilidad de actividades establecido para los altos cargos de la Administración General del Estado en la Ley 5/2006, de 10 de abril, de Regulación de los Conflictos de Intereses de los Miembros del Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado y en sus disposiciones de desarrollo, así como en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 18 de febrero de 2005, por el que se aprueba el Código de Buen Gobierno y de los Altos Cargos de la Administración General del Estado. Será el Gobierno quien decida finalmente sobre cualquier caso de incompatibilidad, previa instrucción del expediente correspondiente.

No podrán ostentar tampoco puestos de representación gestión o asimilados en cualesquiera organizaciones representativas de intereses políticos o del sector objeto de sus funciones de regulación, tales como, fundaciones o asociaciones sin ánimo de lucro vinculadas al sector regulado, partidos políticos o sindicatos, entre otras.”

Sección 5ª

De la transparencia y la responsabilidad social de los Organismos Reguladores

Artículo 20. Publicidad de las actuaciones de los Organismos Reguladores.

“El Organismo Regulador hará públicas todas las disposiciones, resoluciones, acuerdos e informes que se dicten en aplicación de las leyes que los regulan y, en particular:

a) La organización y funciones del Organismo Regulador, incluyendo los curriculum vitae de los miembros del Consejo.

b) Las actas de las reuniones del Consejo.



c) Los informes en que se basan las decisiones del Consejo.

d) La memoria anual de actividades que incluya las cuentas anuales, la situación organizativa y la información relativa al personal y las actividades realizadas por el organismo, con los objetivos perseguidos y los resultados alcanzados, que enviará a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente.

e) El informe económico sectorial, de carácter anual, en el que se analizará la situación competitiva del sector, la actuación del sector público y las perspectivas de evolución del sector y en el que se incluyan las observaciones y sugerencias del Organismo Regulador sobre la evolución del mercado y sus propuestas de reforma regulatoria destinadas a reforzar el grado de competencia efectiva en el sector, que enviará a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente.

f) El plan de actuación del organismo para el año siguiente, incluyendo las líneas básicas de su actuación en ese año, con los objetivos y prioridades correspondientes. Este plan de actuaciones se enviará también a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente.

g) Las reuniones y sus conclusiones del Organismo Regulador con empresas del sector, con la Comisión Nacional de la Competencia y con otros organismos reguladores.

h) La preparación y tramitación de las normas cuya aprobación les corresponda, así como, en su caso, de las propuestas normativas que deban formular.

2. Las disposiciones, resoluciones, acuerdos, informes y la memoria anual de actividades y el plan de actuación se harán públicos por medios informáticos y telemáticos una vez notificados a los interesados, tras resolver, en su caso, sobre los aspectos confidenciales o meramente preparatorios de su contenido y previa disociación de los datos de carácter personal a los que se refiere el artículo 3.a) de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, salvo en lo que se refiere al nombre de los infractores.

3. Cada tres años, el Organismo Regulador presentará una evaluación de sus planes de actuación y los resultados obtenidos para poder valorar el impacto del organismo en el sector y el grado de cumplimiento de las resoluciones dictadas. Estas evaluaciones se enviarán también a la Comisión correspondiente del Congreso de los Diputados y al titular del Ministerio competente.”

Comentarios:

1.- Publicidad y ejercicio independiente de las funciones por parte del organismo regulador

Una de las herramientas que, además de la publicidad, garantizan la transparencia administrativa, es el derecho de acceso de los interesados al contenido de su expediente en curso (artículo 35.a) de la LRJPAC) así como el derecho de acceso de cualquier ciudadano al contenido de los expedientes terminados en la fecha de su solicitud (artículos 35.h) y 37 de la LRJPAC). Éste es el régimen jurídico al que se sujeta actualmente la documentación



que obra en los expedientes tramitados ante esta Comisión, sin más excepciones que las previstas en el propio artículo 37.5 de la LRJPAC.

El Reglamento (CE) número 1049/2001 establece como regla general el mecanismo de acceso de los ciudadanos a la documentación administrativa con un *numerus clausus* de excepciones análogo al apartado 5 del artículo 37 de la LRJPAC¹, enumerando los casos concretos en los que la documentación es objeto de publicación directa² y remitiéndose al Reglamento Interno de cada organismo para que éste fije aquellos otros actos o disposiciones que por su trascendencia también debieran ser hechos públicos. Y ello porque, como se recuerda en el Considerando 11 del propio Reglamento, aunque por regla general los documentos de los organismos públicos deban ser accesibles al público:

“...conviene que, cuando sea necesario, las instituciones puedan proteger sus consultas y deliberaciones internas con el fin de salvaguardar su capacidad para ejercer sus funciones.”

La idea contenida en el Considerando 11 del Reglamento CE 1049/2001 es aún más importante en el caso de las consultas y deliberaciones de los consejos de los organismos reguladores, en los que la *“capacidad para ejercer sus funciones”* está íntimamente ligada al principio de independencia funcional recogido en el artículo 9 del propio Anteproyecto, por lo que no resultaría aconsejable la publicación del acta de cada una de sus reuniones tal y como prevé el Anteproyecto en la letra b) del artículo 20.1.

De mantenerse la letra b) existiría el riesgo de que las decisiones que tuviera que tomar el Consejo, por el principio de transparencia, estuvieran afectadas por los efectos mediáticos que las mismas pudieran generar, comprometiendo la objetividad de los miembros del Consejo en la toma de decisión y debilitando la unidad de actuación del órgano colegiado.

Por otra parte la publicación de las deliberaciones internas del Consejo y de las posturas individuales en un debate de sus miembros, además de debilitar la imagen de unidad en la adopción de las decisiones por parte de un órgano colegiado, incrementa su vulnerabilidad ante presiones externas.

A la luz de estos potenciales efectos negativos, el beneficio de la publicidad de las actas, no parece evidente en la medida en que las decisiones del organismo son colegiadas, quedando integrada en ella las individuales de sus miembros, a salvo siempre la capacidad de éstos de hacerlas explícitas por la vía de los votos particulares, disidentes o explicativos.

En otros Organismos e Instituciones del Estado en los que la independencia a la hora de adoptar decisiones es igualmente importante se respeta el carácter reservado de las deliberaciones. Tal es el caso, por ejemplo, del Consejo General del Poder Judicial (artículos 137 y 139 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de junio, del Poder Judicial) o del Consejo de Ministros (artículo 5.3 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno).

Por la misma razón también indicada en el Considerando 11 del Reglamento (CE) número 1049/2001 y con el fin de preservar la autonomía e independencia de actuación del

¹ Véase artículo 4 del Reglamento CE 1049/2001.

² Véase artículo 13 del Reglamento CE 1049/2001.



organismo regulador que predica artículo 9 del Anteproyecto, no resulta tampoco aconsejable hacer público el literal de las reuniones con las empresas del sector (letra g del artículo 20.1), e incluso su celebración. En dichas reuniones, además, las empresas intervinientes suelen aportar numerosos datos e informaciones de naturaleza confidencial, por lo que la posibilidad de la publicación de un acta o incluso la notificación pública de la misma celebración puede desincentivar dicho tipo de reuniones.

Con respecto a la necesidad de publicar los informes en que el Consejo base sus decisiones (letra c) del artículo 20.1), tampoco se aprecia la oportunidad de la medida. Así, debemos partir de que si el Consejo basa su decisión en un informe, el mismo debe obrar necesariamente en el expediente. Si obra en el expediente los interesados van a tener acceso a los mismos en base a los artículos 35 a) y 84 de la ley 30/1992, y, si el regulador entiende que es necesaria recabar la opinión de cualquier persona sobre el asunto en cuestión, podrá abrir un período de información pública (artículo 86 ley 30/1992), permitiendo que cualquiera pueda acceder a los informes. Y finalmente, una vez terminado el procedimiento, cualquiera podrá acceder al expediente y por tanto a los informes (artículo 37 ley 30/1992). Con este esquema, que es el general del procedimiento administrativo, quedan plenamente salvaguardados los derechos de los agentes afectados por la decisión (porque serán interesados), y queda igualmente cubierto el derecho de cualquier ciudadano a conocer en qué se ha basado el regulador para tomar sus decisiones, al poder acceder a posteriori a dichos informe, sin que por tanto aporte nada el establecer una normativa específica para los organismos reguladores, que les obligue a publicar los informes.

Por todo lo expuesto esta Comisión entiende que no sería ni necesaria ni aconsejable la publicación de las actas del Consejo y de los informes y documentos internos antes citados, por lo que **propone eliminar las letras b) y c) del artículo 20 y la mención a las “empresas del sector” en la letra g) del mismo artículo.**

2.- Publicidad y Arbitraje de Derecho Privado

Por último, debe indicarse expresamente que no deberían estar sujetos a la regla general de publicidad y acceso electrónico directo aquellas resoluciones o acuerdos dictados por el organismo en el marco de un procedimiento de arbitraje de derecho privado, puesto que ello iría en contra de la obligación de confidencialidad prevista en el artículo 24.2 de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, consecuencia de tratarse de un conflicto privado.

En este sentido, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y además de la función de resolver conflictos de derecho público³, se le atribuyen funciones de arbitraje de derecho privado⁴, las cuales no están sujetas ni a los tribunales contencioso-administrativos ni al procedimiento administrativo, tal y como ha reconocido expresamente el Tribunal Supremo en distintas ocasiones⁵.

³ Conflictos de interconexión, guías telefónicas, financiación del servicio universal y compartición de infraestructuras (artículo 48.3.d) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones).

⁴ Artículo 48.3.a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

⁵ Dos Sentencias de 16 de enero de 2008 (Recursos de Casación 2942/2006 y 5743/2006 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª) y una anterior STS de 17 de diciembre de 2007 (Recurso de Casación 10165/2004).



Artículo 22. Impugnación de las decisiones de los organismos reguladores.

“Las resoluciones del Organismo Regulador pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora.”

Comentarios:

En la redacción del artículo 22 del Anteproyecto se ha producido una omisión importante: debe efectuarse una mención expresa a que el organismo regulador que dicta la resolución recurrida lo hace “en el ejercicio de sus funciones públicas”. Así se indica, por ejemplo, en el apartado 17 del artículo 48 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones con respecto a esta Comisión.

Esta indicación resulta imprescindible ya que, como se ha indicado al comentar el artículo 20 del Anteproyecto, algunos organismos reguladores, como esta Comisión, pueden también desempeñar funciones de arbitraje de Derecho Privado, reconocidas tanto en su normativa sectorial⁶ como por los Tribunales⁷. En este caso, los tribunales competentes no serían los contencioso-administrativos sino los del orden civil.

Por tanto, se recomienda la siguiente adición al artículo 22:

*“Las resoluciones del Organismo Regulador **dictadas en el ejercicio de sus funciones públicas** pondrán fin a la vía administrativa, pudiendo ser recurridas ante la jurisdicción contencioso-administrativa en los términos establecidos en su Ley reguladora.”*

Sección 6ª

De los mecanismos de colaboración y cooperación de los Organismos Reguladores

Artículo 24. Cooperación entre organismos reguladores.

“1. Los Organismos Reguladores cooperarán entre ellos en el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común.

2. Los Presidentes de todos los Organismos Reguladores se reunirán, con periodicidad al menos anual, para analizar la evolución de los mercados en sus respectivos sectores, intercambiar experiencias en relación con las medidas de regulación y supervisión aplicadas y compartir todo aquello que contribuya a un mejor conocimiento de los mercados y unas tomas de decisiones más eficaces en el ámbito de sus respectivas competencias. Las reuniones previstas en el apartado anterior se convocarán de forma rotatoria, empezando por el Presidente del organismo de mayor antigüedad. El Presidente del organismo convocante elaborará el orden del día y procurará la

⁶ Artículo 48.3.a) de la Ley 32/2003 con relación a la CMT.

⁷ Dos Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de enero de 2008 (Recursos de Casación 2942/2006 y 5743/2006 de la Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección 3ª) y una anterior STS de 17 de diciembre de 2007 (Recurso de Casación 10165/2004).



documentación pertinente, siempre previa consulta con los demás presidentes. Las conclusiones de la reunión se harán públicas por los organismos participantes.

3. Los Organismos Reguladores acordarán y establecerán los protocolos de actuación necesarios para facilitar el cumplimiento de lo previsto en el artículo 17 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia.”

Comentarios:

Consideramos que en el apartado 1 del precepto debería añadirse, a efectos, aclaratorios y para garantizar la independencia efectiva del artículo 9 del propio Anteproyecto, una referencia al respeto por el ámbito de regulación correspondiente a cada organismo, en consonancia con lo previsto en el artículo 4.a) de la LRJPAC:

*“1. Los Organismos Reguladores y supervisores cooperarán entre sí en el ejercicio de sus funciones en los asuntos de interés común, **respetando en todo caso las competencias atribuidas a cada uno de ellos.**”*

II.2.- Comentarios a determinados artículos del TÍTULO II “Competitividad”.

Capítulo V “Sociedad de la información”

Artículo 56. Utilización de las nuevas tecnologías en la banda de frecuencias de 900 MHz.

“1. La banda de frecuencias de 900 MHz. se pone a disposición de los sistemas GSM y los sistemas UMTS así como de otros sistemas terrestres capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas que puedan coexistir con los sistemas GSM, de conformidad con las medidas técnicas de aplicación adoptadas en virtud de la Decisión 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea.

2. El Gobierno, mediante Real Decreto, podrá modificar o reconsiderar los derechos de uso privativo del espectro para garantizar que el uso de la banda de 900 MHz por otras tecnologías distintas de la GSM para la prestación de servicios paneuropeos avanzados no da lugar a situaciones de distorsión de la competencia en los mercados afectados, manteniendo en todo caso el equilibrio económico financiero de los títulos habilitantes.

3. Los derechos de uso privativo del dominio público radioeléctrico en la banda de frecuencias de 900 MHz. que, en aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior, puedan revertir al Estado, se asignarán de nuevo a través de la oportuna licitación pública sujeta a los principios de transparencia, publicidad, igualdad, objetividad y concurrencia.”



Comentarios:

Sobre este artículo, es necesario hacer referencia a la Directiva 87/372/CEE de 25 de junio de 1987 del Consejo relativa a las bandas de frecuencia a reservar para la introducción coordinada de comunicaciones móviles terrestres digitales celulares públicas paneuropeas en la Comunidad, modificada por la Directiva 2009/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de septiembre de 2009 (en adelante, Directiva GSM modificada). Esta Directiva establece que los Estados miembros deberán poner las bandas de frecuencia 880-915 MHz y 925-960 MHz (de aquí en adelante, banda de 900 MHz) a disposición de los sistemas GSM y UMTS, así como otros sistemas terrestres capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas que puedan coexistir con los sistemas GSM, de conformidad con las medidas técnicas de aplicación adoptadas en virtud de la Decisión número 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea (Decisión de espectro radioeléctrico).

De este modo, y dado que a través de este precepto del anteproyecto se procede a la trasposición de la citada Directiva, se considera que en la ley que definitivamente se apruebe deberá hacerse mención expresa – por ejemplo en la Exposición de Motivos – a este hecho. A tal efecto, el artículo 3 de la Directiva GSM modificada establece que *“cuando los Estados miembros adopten dichas disposiciones [de trasposición] estas incluirán una referencia a la presente Directiva o irán acompañadas de dicha referencia en su publicación oficial”*.

Sobre el fondo del precepto, y sin perjuicio de los comentarios incluidos a continuación, esta Comisión se muestra favorable a la apertura de la banda de 900 MHz a sistemas diferentes al GSM. Debido a sus características de propagación, esta banda permite una mayor cobertura por estación de base y una mejor penetración en interiores que otras frecuencias utilizadas para servicios móviles (como la banda de 1800 MHz o la de 2,1 GHz), lo cual se traduce en mejores prestaciones y un menor coste en el despliegue de la red. Eliminar la restricción de utilizar el sistema GSM permitirá a los operadores que disponen de títulos habilitantes en dicha banda desplegar otras tecnologías, como el UMTS, que soportan servicios más avanzados (siendo especialmente relevantes los de acceso de banda ancha), facilitando enormemente la generalización de dichos servicios en las zonas con menor densidad de población. Asimismo, gracias a la implementación del principio de neutralidad tecnológica, promovido también por la Directiva 2009/140/CE de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE, la Directiva 2002/19/CE y la Directiva 2002/20/CE, los operadores podrán en el futuro desplegar la tecnología que consideren más apropiada evitando de este modo la obsolescencia tecnológica de las redes.

En la actualidad existen cuatro concesionarios de licencias para la explotación del servicio de comunicaciones móviles de tercera generación (UMTS) únicamente mediante frecuencias en la banda de 2,1 GHz. Teniendo en cuenta que estos operadores disponen de derechos de uso desiguales en la banda de 900 MHz⁸, y las mencionadas ventajas que

⁸ Existen cuatro operadores (Vodafone España SA, France Telecom España SA, Telefónica Móviles España SAU y Xfera Móviles SA) con concesiones para la prestación del servicio móvil de tercera generación y cada uno dispone de 35 MHz a tal efecto. Tres de ellos también disponen de concesiones para la prestación del servicio GSM en la banda de 900 MHz, aunque con condiciones diferentes: Telefónica Móviles SAU dispone de 32 MHz (8 MHz con fecha de caducidad 7 de Julio de 2020 y 24 MHz con fecha de caducidad 3 de febrero de 2010),



supone el uso de dichas frecuencias, esta Comisión considera que deberán examinarse con sumo cuidado las medidas adoptadas en el marco de implementación de la Directiva GSM modificada con la finalidad de garantizar que el entorno competitivo actual resulta fortalecido.

Se sugiere hacer mención en el segundo párrafo del artículo 56 a los títulos habilitantes que pueden verse afectados por la aplicación de la Directiva GSM modificada (haciendo una referencia genérica a las concesiones para la prestación de servicios GSM, DCS-1800 y de tercera generación).

En lo relativo a la asignación de las frecuencias que puedan revertir al Estado, esta Comisión también se muestra favorable a su licitación.

Se considera que en el artículo 56 deberían establecerse **en un nuevo apartado 4** los principios relativos a la financiación de los costes de reordenación de esta banda o, en caso contrario, justificar el hecho de no abordar este punto por ejemplo en la exposición de motivos de la Ley que finalmente se apruebe.

Finalmente, también se propone que, para una mayor precisión, esta Comisión entiende que debería señalarse expresamente que la medida se aplica a las bandas de frecuencias 880-915 MHz y 925-960 MHz, dado que otras subbandas de la banda de 900 MHz están dedicadas a usos diferentes y no deberían verse afectadas por el contenido del artículo 56.

Por todo lo anterior, se propone mejorar el texto del artículo 56 del Anteproyecto, de la siguiente manera:

*“1. La banda de frecuencias de **880-915 MHz y 925-960 MHz** se pone a disposición de los sistemas GSM y los sistemas UMTS así como de otros sistemas terrestres capaces de prestar servicios de comunicaciones electrónicas que puedan coexistir con los sistemas GSM, de conformidad con las medidas técnicas de aplicación adoptadas en virtud de la Decisión 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea.*

*2. El Gobierno, mediante Real Decreto, podrá modificar o reconsiderar los derechos de uso privativo del espectro **previstos en las concesiones ya otorgadas y vigentes relativos a las bandas 880-915 MHz y 925-960 MHz, 1710-1785 MHz y 1805-1880 MHz y 1900-1980 MHz, 2010-2025 MHz y 2110-2170 MHz, utilizadas actualmente para la prestación de los servicios de comunicaciones móviles GSM-900, GSM-1800 y de tercera generación** para garantizar que el uso de la banda de frecuencias de **880-915 MHz y 925-960 MHz** por otras tecnologías distintas de la GSM para la prestación de servicios paneuropeos avanzados no da lugar a situaciones de distorsión de la competencia en los mercados afectados, manteniendo en todo caso el equilibrio económico financiero de los títulos habilitantes **actualmente existentes**.*

France Telecom España SA (12 MHz con fecha de caducidad 7 de Julio de 2020) y Vodafone España SA (24 MHz con fecha de caducidad 3 de febrero de 2020). Xfera Móviles SA no dispone de título habilitante para el uso de frecuencias en la banda de 900 MHz.



3. Los derechos de uso privativo del dominio público radioeléctrico que, en aplicación de lo dispuesto en el apartado anterior, puedan revertir al Estado, se asignarán de nuevo a través de la oportuna licitación pública sujeta a los principios de transparencia, publicidad, igualdad, objetividad y concurrencia.

4. Los costes derivados de la reorganización del espectro radioeléctrico que es necesario realizar para liberar y reordenar las bandas de frecuencias mencionadas en los apartados 1 y 2 del presente artículo serán sufragados por la Administración con los ingresos obtenidos en las licitaciones públicas que se convoquen para asignar espectro radioeléctrico de conformidad con lo establecido en el apartado 3.”

Artículo 57. Ampliación de las bandas de frecuencia en las que se puede efectuar la transferencia de títulos habilitantes o cesión de derechos de uso del dominio público radioeléctrico.

“El Gobierno, mediante Real Decreto, aprobará las previsiones necesarias para la introducción de nuevas bandas de frecuencias en las que se puede efectuar la transferencia de títulos habilitantes o cesión de derechos de uso del dominio público radioeléctrico, en particular las bandas de frecuencias de 900 MHz, 1.800 MHz y 2.100 MHz, utilizadas actualmente para la prestación de los servicios de comunicaciones móviles, y la banda de 3,5 GHz, utilizada para la prestación de servicios de acceso inalámbrico.”

Comentarios:

En línea con los comentarios efectuados en relación con el artículo 56, se recomienda designar las bandas con una mayor precisión⁹ con la finalidad de evitar equívocos.

Por lo tanto, se propone mejorar el texto del artículo 57 del Anteproyecto, de la siguiente manera:

“El Gobierno, mediante Real Decreto, aprobará las previsiones necesarias para la introducción de nuevas bandas de frecuencias en las que se puede efectuar la transferencia de títulos habilitantes o cesión de derechos de uso del dominio público radioeléctrico, en particular las bandas de frecuencias de 880-915 MHz y 925-960 MHz, de 1710-1785 MHz y 1805-1880 MHz y 1900-1980 MHz, y de 2010-2025 MHz y 2110-2170 MHz, utilizadas actualmente para la prestación de los servicios de comunicaciones móviles GSM-900, GSM-1800 y de tercera generación, y las bandas de frecuencias de 3400-3480 MHz y 3500-3580 MHz, utilizadas para la prestación de servicios de acceso inalámbrico.”

⁹ Se consideraría más apropiado hacer referencia a las bandas de frecuencia siguientes:
880-915 MHz y 925-960 MHz en lugar de 900 MHz
1710-1785 MHz y 1805-1880 MHz en lugar de 1800 MHz
1900-1980 MHz, 2010-2025 MHz y 2110-2170 MHz en lugar de 2100 MHz
3400-3480 MHz y 3500-3580 MHz en lugar de 3,5 GHz



Artículo 58. Redes de telecomunicación de acceso ultrarrápido.

“1. El Gobierno, mediante real Decreto, aprobará, las medidas normativas que, con arreglo al principio de neutralidad tecnológica, permitan que las infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicaciones dispongan de los elementos técnicos necesarios para que las viviendas puedan conectarse a las redes de telecomunicaciones de acceso ultrarrápido, de forma que se promueva la competencia en el sector y la capacidad de elección de los ciudadanos en el acceso a los servicios.

2. Con arreglo a dicha normativa, las viviendas que se construyan en España a partir del 1 de enero de 2012 deberán incorporar las infraestructuras de telecomunicaciones necesarias para que en ellas sea posible incorporar las redes de gestión y de control de los diferentes elementos que permitan la prestación de servicios avanzados en materia de seguridad, comunicaciones, eficiencia energética y accesibilidad del hogar.”

Comentarios:

Las propuestas normativas que promueve el presente Anteproyecto no pueden ser sino bienvenidas, y podrían suponer, junto con las medidas adoptadas por esta Comisión, un avance decisivo en la creación de un marco jurídico estable que fomente la competencia efectiva en los mercados de comunicaciones electrónicas al tiempo que promueve la inversión eficiente en materia de infraestructuras, tal como dispone el artículo 3 de la Ley General de Telecomunicaciones.

Artículo 59. Reducción de la tasa general operadores de telecomunicaciones.

“El importe de la tasa anual que, conforme al apartado 1, del Anexo I, de la Ley General de Telecomunicaciones, los operadores deben satisfacer con cargo al año 2010 por la prestación de servicios a terceros, será el resultado de aplicar el tipo del 1 por mil a la cifra de los ingresos brutos de explotación que obtengan aquéllos.”

Comentarios:

Esta Comisión estima acertada la medida, ya que en el entorno actual de crisis económica la reducción en lo posible de los costes soportados por los operadores, incluidas las cargas de carácter tributario, puede ayudar a que tengan más recursos para realizar inversiones productivas, lo cual beneficiará al mercado sectorial de comunicaciones electrónicas; y la medida es soportable para esta Comisión, que realizará los ajustes presupuestarios necesarios para que la reducción de la tasa general de operadores garantice la disponibilidad de recursos suficientes para realizar sus funciones sin que afecte a su operatividad.

No obstante, estimamos que la redacción del artículo puede dar lugar a una errónea interpretación si no se aplica en conjunción con lo que establece el Anexo I, apartado 1, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones¹⁰, por lo que se estima

¹⁰ El Anexo I, apartado 1, de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones establece que



conveniente añadir al texto del artículo 59 del Anteproyecto una mención expresa en este sentido.

*“El importe de la tasa anual que, conforme al apartado 1, del Anexo I, de la Ley General de Telecomunicaciones, los operadores deben satisfacer con cargo al año 2010 por la prestación de servicios a terceros, será el resultado de aplicar el tipo del 1 por mil a la cifra de los ingresos brutos de explotación que obtengan aquéllos. **de conformidad con lo establecido en el Anexo I de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.**”*

Artículo 60. Dividendo digital.

“La banda de frecuencias 790-892 MHz. se destinará principalmente para la prestación de servicios avanzados de comunicaciones electrónicas, en línea con los usos armonizados que se acuerden en la Unión Europea. Esta banda deberá quedar libre para poder ser asignada a sus nuevos usos antes del 2 de enero de 2015.

Los costes derivados de la reorganización del espectro radioeléctrico que es necesario realizar para liberar la banda de frecuencias 790 a 862 Mhz., serán sufragados por la Administración con los ingresos obtenidos en las licitaciones públicas que se convoquen para asignar espectro radioeléctrico.”

Comentarios:

Esta Comisión considera apropiado dedicar la banda de frecuencias 790-862 MHz a sistemas de comunicaciones electrónicas, dado que se anticipa que dicha medida permitirá el despliegue de sistemas de acceso de banda ancha y su extensión a zonas rurales, a la vez que se garantiza la disponibilidad de una cantidad de espectro adecuada para la prestación del servicio de televisión digital terrestre. Esta medida es coherente con las políticas impulsadas desde la Comisión Europea en relación al denominado “dividendo digital”¹¹ y alinea a España con las posiciones adoptadas por la mayor parte de países de nuestro entorno.

En todo caso, sería deseable anticipar dichas fechas en la medida de lo posible y en función del calendario de transición de las emisiones de Televisión Digital Terrestre (TDT) a frecuencias inferiores, dada la gran importancia desde un punto de vista económico y social que supone la introducción de nuevos servicios inalámbricos, y en particular su licitación.

De manera coherente, en aras a facilitar las tareas de planificación de los operadores de telecomunicaciones y aumentar la seguridad jurídica, **sería adecuado establecer un calendario para la puesta a disposición y asignación de todas las bandas de**

“no se considerarán como ingresos brutos los correspondientes a servicios prestados por un operador cuyo importe recaude de los usuarios con el fin de remunerar los servicios de operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas”.

¹¹ Ver la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Transformar el dividendo digital en beneficios sociales y crecimiento económico” y la Recomendación de la Comisión 2009/848/CE, de 28 de Octubre de 2009, para facilitar la obtención del dividendo digital en la Unión Europea.



frecuencia dedicadas a servicios de comunicaciones electrónicas que deberán asignarse en los próximos años (bandas de frecuencias de 800 MHz, 900 MHz y 2,6 GHz).

Artículo 61. Inclusión de la banda ancha a una velocidad mínima de 1 megabit por segundo como parte integrante del servicio universal.

“1. La conexión a la red pública de comunicaciones con capacidad de acceso funcional a Internet, garantizada por el servicio universal de telecomunicaciones, deberá permitir, antes del 1 de enero de 2011, comunicaciones de datos en banda ancha a una velocidad en sentido descendente igual o superior a 1 Mbit por segundo. Dicha conexión podrá ser provista a través de cualquier tecnología: alámbrica o inalámbrica, fija o móvil.

El Gobierno, mediante Real Decreto, podrá actualizar esta velocidad de acuerdo con la evolución social, económica y tecnológica, teniendo en cuenta los servicios utilizados por la mayoría de los usuarios.

2. La Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos, a propuesta de los Ministros de Industria, Turismo y Comercio y de Economía y Hacienda, y previo informe de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, garantizará el carácter asequible de los precios de los servicios incluidos dentro del servicio universal. En particular, podrá fijar un precio máximo para las comunicaciones en banda ancha incluidas dentro del servicio universal.”

Comentarios:

Como punto de partida, esta Comisión quiere mostrar su conformidad con la universalización del acceso a la banda ancha a todos los ciudadanos, objetivo de política legislativa y regulatoria esencial para el desarrollo de la sociedad de la información en nuestro país, así como para la reducción de la brecha digital.

El primer paso hacia esta universalización tuvo lugar mediante la modificación del artículo 22.1.a) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, efectuada por el artículo 7 de la Ley 56/2007, de 28 de diciembre, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, en el que se añade expresamente a la citada letra a), como una de las obligaciones incluidas dentro del servicio universal:

“Que todos los usuarios finales puedan obtener una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija y acceder a la prestación del servicio telefónico disponible al público, siempre que sus solicitudes se consideren razonables en los términos que reglamentariamente se determinen. La conexión debe ofrecer al usuario final la posibilidad de efectuar y recibir llamadas telefónicas y permitir comunicaciones de fax y datos a velocidad suficiente para acceder de forma funcional a Internet. No obstante, la conexión deberá permitir comunicaciones en banda ancha, en los términos que se definan por la normativa vigente”. [en subrayado lo añadido]

Tras analizar el contenido del artículo 61 del Anteproyecto remitido, mediante el que se incluye dentro del servicio universal las comunicaciones de datos en banda ancha de una



velocidad en sentido descendente igual o superior a 1 Mbit por segundo, resulta oportuno destacar las siguientes cuestiones:

1.1 Conexión de banda ancha

Entre los elementos integrantes del servicio universal se encuentran, de conformidad con los artículos 22.1 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones y 4 de la Directiva 2002/22/CE del Servicio Universal¹², la conexión a todos los usuarios finales (con independencia de sus circunstancias económicas, físicas y geográficas) a la red pública de comunicaciones desde una ubicación fija y el acceso a la prestación del servicio telefónico disponible al público. La conexión deberá permitir, por otro lado, comunicaciones de datos, fax y voz a velocidades suficientes para acceder de forma funcional a Internet. Forma funcional que la reciente reforma de las Directivas permite expresamente (Considerando 5 de la Directiva 2009/136/CE¹³) que sea definida por cada Estado miembro con total libertad, frente a la anterior limitación de la Directiva (Considerando 8) a una conexión a la red de banda estrecha, siendo por tanto legítimo y correcto el que el Estado español decida que la misma radica en una conexión con capacidad de 1 Mbit.

Dos son pues los componentes principales de este primer elemento del servicio universal: un componente de red (la conexión a la red pública de comunicaciones) y un componente de servicio (la prestación del servicio telefónico disponible al público desde una ubicación fija). El resto de los servicios mencionados (comunicaciones de datos, fax y voz a velocidades suficientes para acceder de forma funcional a Internet) son complementarios al servicio telefónico, por lo que su prestación no estaría cubierta expresamente por el servicio universal. En este mismo sentido se ha manifestado el Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de febrero de 2000, en el recurso contencioso-administrativo número 453/1998, interpuesto por Telefónica, S.A., contra el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprueba el Reglamento que desarrolla la Ley General de Telecomunicaciones en lo relativo al servicio universal.

Por lo tanto, debe remarcarse que la mención que realiza el artículo comentado a la conexión debe ser interpretada en el sentido expuesto, de modo que, lo que se estaría garantizando a todos los ciudadanos sería la capacidad para que, desde dicho acceso a la red, se pueda ofrecer el servicio de acceso a Internet a una velocidad mínima de 1 Mbit por segundo, pero no la asequibilidad del servicio, que puede ser prestado por operadores diferentes al de acceso, a través de varias tecnologías disponibles en la actualidad. En este sentido, y sin perjuicio de lo que posteriormente se dirá sobre la posibilidad de que se prevean mecanismos para garantizar la asequibilidad del servicio de acceso a Internet de banda ancha, tal vez sería más correcto titular el artículo 61 como "inclusión en el servicio universal de una conexión que permita dar un servicio de banda ancha de 1 Mbit", dado que,

¹² 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.

¹³ Directiva 2009/136/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva 2002/22/CE, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/58/CE, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas y el Reglamento (CE) N° 2006/2004 sobre cooperación en materia de protección de los consumidores.



al señalar que se incluye la banda ancha, se puede producir el equívoco de que lo que se va a universalizar es el servicio.

1.2 Coste para los operadores del sector de la universalización de la conexión de 1 Mbit

En relación con lo anterior, debe apuntarse que la medida legislativa propuesta supondrá un incremento en el coste de la prestación del servicio universal, que, en el caso de que se decidiera repartir entre los proveedores de servicios y redes de comunicaciones electrónicas tal y como permite el artículo 13.2 de la Directiva de Servicio Universal y prevé actualmente el artículo 24 de la Ley General de Telecomunicaciones, incrementaría las cargas financieras del sector, pudiendo suponer un freno para la realización de actuaciones de modernización de la red y la construcción de las redes de acceso ultrarrápido.

Por lo tanto, esta Comisión considera que sería preferible como sistema para financiar la universalización de la conexión de 1 Mbit, en el supuesto de que se genere una carga injusta para el operador encargado de esta prestación, el de establecer ayudas a la oferta, a través de la subvención del despliegue mediante Presupuestos generales del Estado. En este sentido, la Directiva de Servicio Universal establece, en su Considerando 21, que los Estados miembros deben poder financiar los costes netos de distintos elementos del servicio universal por diferentes mecanismos, teniendo la posibilidad de combinar mecanismos de financiación.

Por otro lado, deberían analizarse conjuntamente la incidencia de las medidas de regulación de mercados de esta Comisión y las políticas de ayudas que ya se están otorgando para el despliegue de redes –y que se están fomentando incluso desde la Comisión Europea¹⁴-, cuyas consecuencias sobre la población se producen poco a poco. En muchos Estados miembros ya se están utilizando estos sistemas, también en España (así, Plan PEBA, Plan Avanza...). Esta forma de extender la banda ancha no sólo puede ser menos intrusiva para el mercado de comunicaciones electrónicas, sino que además es una forma de potenciar la demanda que favorece una mayor pluralidad de la oferta para satisfacer la misma, ya que cualquier operador presente en el mercado puede prestar este servicio y beneficiarse de las ayudas.

1.3 Posible universalización del servicio de acceso a Internet a 1 Mb

Como hemos señalado, lo que la Directiva permite y esta Comisión comparte plenamente es que se universalice una conexión que permita el acceso a la banda ancha “de forma funcional”. Si lo que se pretendiera es que, además de lo anterior, todos los ciudadanos tuvieran un servicio de acceso a Internet a un precio asequible previamente determinado prestado por un operador expresamente designado para ello, no nos encontraríamos ya dentro del ámbito del servicio universal tal y como viene definido en las Directivas, y además de los problemas jurídicos que ello podría implicar en cuanto a la posibilidad misma de adoptar dicha medida, sobre todo, surgirían muy importantes problemas de mercado y presupuestarios que, a juicio de esta Comisión, desaconsejarían una medida general de dicha índole.

¹⁴ Recientemente la CE ha publicado –DOUE de 30 de septiembre de 2009- sus Directrices para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha.



1.3.1 Problemas de mercado

Comenzando con los problemas de mercado, esta Comisión considera que dicho modelo podría afectar a la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas, al constituir una barrera de entrada en el mercado de banda ancha que podría conllevar la expulsión de los operadores que no fueran designados para prestar este elemento del servicio universal.

En efecto, éste es un servicio que se presta en la actualidad en régimen de libre competencia, como lo demuestra el hecho de que existen en España cerca de 1.000.000 de conexiones de banda ancha fija en el segmento residencial de 1 Mbit o por debajo de dicho ancho de banda (lo que supone más del 12% de las conexiones de banda ancha existentes). Adicionalmente habría que tener en cuenta que una medida de este tipo no sólo podría afectar a las conexiones de banda ancha fija sino también a las conexiones de banda ancha móvil, como se puede constatar a partir del número de datacards existentes (1.718.867 en septiembre de 2009, según el III Informe Trimestral 2009 de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).

Cabe mencionar, asimismo, que el mercado presenta, actualmente, una gran pluralidad de ofertas en el mencionado ancho de banda, ya que existen diversos operadores además del incumbente que prestan dichos servicios, con una horquilla de precios que varía desde los 20 a los 44 euros mensuales, tal y como se puede observar en la siguiente tabla:

| | Precio (en euros/mes) | Servicios empaquetados |
|-------------------------|-----------------------|------------------------|
| Orange | | |
| ADSL 1Mb + llamadas | 20 | Llamadas nacionales |
| ADSL 1Mb | 19,95 | |
| Jazztel | | |
| ADSL 1Mb | 19,95 | |
| Tele 2 | | |
| ADSL 1Mb | 29,9 | |
| Telefónica | | |
| Dúo ADSL Mini | 19,9 | Llamadas nacionales |
| Dúo Kit ADSL hasta 1 Mb | 29,9 | Llamadas nacionales |
| Línea ADSL 1Mb | 39,8 | |
| Línea ADSL Mini | 19,8 | |
| Dúo ADSL 1Mb | 39,9 | Llamadas nacionales |



| | | |
|--------------------|------|----------------------------------|
| Dúo ADSL hasta 1Mb | 25,9 | Llamadas nacionales + Fijo móvil |
| Dúo 1Mb | 43,9 | Llamadas nacionales + Fijo móvil |

Por todo ello, designar operadores prestadores para proporcionar este servicio podría tener una repercusión muy grande, al quedarse un operador o unos pocos con todo el mercado. Se pasaría, por tanto de un mercado desarrollado en competencia, a un mercado en monopolio, a nivel nacional o de monopolios zonales, en función del ámbito de prestación de dicho servicio universal, que eliminaría de facto el mercado potencial al que tendrían acceso los operadores no designados para la prestación del servicio universal en dichas zonas.

En concreto esta Comisión ha realizado un estudio de dicho segmento de mercado según el cual los operadores alternativos a Telefónica, por prestar el servicio de banda ancha de 1 Mbps, obtienen un margen mensual ponderado de 4,4 euros por usuario. En el caso de incluir el acceso a Internet de 1 Mbit en el servicio universal y designar un operador prestador u operadores diferenciados según zonas, se estaría impidiendo a los operadores alternativos obtener ese margen, con la consiguiente afectación de sus cuentas de resultados.

Más aun, éste es un sector en el que muchos operadores están interesados en ganar cuota de mercado, al existir un volumen de clientes potencial muy elevado que actualmente no disfruta del mismo, clientes sobre los que el operador u operadores designados tendrían mayores oportunidades de captación.

Resulta oportuno resaltar, en este sentido, la especial trascendencia que tendría la introducción del acceso a la banda ancha dentro de las prestaciones incluidas en el servicio universal, dado que la penetración de la misma en España es aún muy escasa. Así, aunque Telefónica de España, S.A. por medio de su red cableada podría tener una cobertura potencial de casi un 99%, la tasa de penetración de la banda ancha en España es muy inferior. Según se desprende del segundo Informe Trimestral de esta Comisión del año 2009, el número de accesos residenciales es de 7.448.008, lo que no alcanza ni un 45% de penetración.

En definitiva, el operador u operadores que resultasen designados para la prestación de este elemento del servicio universal podrían reforzar su posición en el mercado, dadas sus oportunidades para captar nuevos clientes.

1.3.2. Problemas de financiación

El segundo gran problema sería el de su financiación, puesto que el coste de la universalización del servicio de acceso a Internet no podría ser en ningún caso sufragado a través del Fondo Nacional de financiación del servicio universal vigente en la actualidad (es decir pagado por los operadores), puesto que el artículo 13.2 de la Directiva del Servicio Universal, que debe ser interpretado restrictivamente por lo que tiene de limitación de la libertad de los operadores (principio de proporcionalidad recogido en el mismo artículo 3 de la Directiva), permite únicamente la financiación de las obligaciones establecidas en los



artículos 3 a 10, entre las que no se encuentra, tal y como ya hemos señalado, la prestación del servicio de acceso funcional a Internet de banda ancha.

Por tanto, esta universalización del servicio habría de sufragarse, necesariamente, con cargo a los presupuestos públicos.

En este sentido, conviene recordar el propio Considerando 25 de la Directiva del Servicio Universal de 2002 que señala que los Estados miembros no están autorizados a imponer a los agentes del mercado contribuciones financieras referentes a medidas que no formen parte de las obligaciones de servicio universal. Si bien cada Estado es libre de imponer medidas especiales, éstas han de ser ajenas al alcance de las obligaciones de servicio universal, y tendrá que financiarlas de conformidad con el Derecho comunitario, no pudiendo hacerlo mediante contribuciones procedentes de los agentes del mercado.

Ante el alto coste que esto podría llegar a suponer, y teniendo en cuenta que, como resultaba de la tabla anterior, existen ofertas asequibles de servicios de acceso a Internet, al menos para la renta disponible de la mayoría de los hogares, esta Comisión considera que, una vez conseguida la universalización de la conexión, bastaría con subvencionar directamente a la demanda a través de ayudas públicas a los usuarios de rentas más bajas, para conseguir la universalización del servicio.

1.4 Otras cuestiones

El precepto se refiere ya a la “conexión a la red pública de comunicaciones”, en el sentido de la Directiva 2009/136/CE, de 25 de noviembre de 2009, lo que merece un comentario positivo, en la medida en que la conexión ya no tiene que ser a la tradicional red telefónica pública [conmutada] que condicionaba la prestación de determinados servicios¹⁵. El cambio de denominación está en consonancia con el principio de neutralidad tecnológica que propugna la Directiva mencionada.

Finalmente, también es positiva la mención que se hace sobre que la conexión podrá ser provista a través de cualquier tecnología –por cable o inalámbrica-. En este sentido, el considerando 4 de la mencionada Directiva establece expresamente lo siguiente:

“No deben imponerse restricciones en cuanto a los medios técnicos utilizados para dichas prestaciones, de modo que pueda recurrirse tanto a tecnologías por cable como a las tecnologías inalámbricas (...).”

--:--

¹⁵ La definición de red telefónica pública, que consistía en una red de comunicaciones electrónicas utilizada para la prestación del servicio telefónico disponible al público, se ha eliminado de la Directiva de Servicio Universal. La red pública de comunicaciones, incluida en la Directiva Marco, asimismo modificada, es una red de comunicaciones electrónicas que se utiliza, en su totalidad o principalmente, para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público y que soporta la transferencia de información entre puntos de terminación de la red.



El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y en el artículo 23.2 del Texto Consolidado del Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones aprobado por la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Ignacio Redondo Andreu, con el Visto Bueno del Presidente, Reinaldo Rodríguez Illera.