



JORGE SÁNCHEZ VICENTE, 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 10/12 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, celebrada el día 15 de marzo de 2012, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual se aprueba el

Informe sobre el Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (MTZ 2012/398).

ÍNDICE

I RESUMEN EJECUTIVO

- A. La integración de la autoridad de competencia con los reguladores sectoriales de carácter no financiero.
- B. Garantías de independencia de los reguladores sectoriales en el marco comunitario.
- C. Órganos de gobierno y esquema organizativo de la CNMC.
- D. La reasignación de parte de las competencias actuales de la CMT al Ministerio de Industria, Energía y Turismo.
- E. Régimen jurídico de las Tasas asignables al nuevo Organismo.
- F. El régimen jurídico y condiciones del personal de la CNMC.
- G. Otras consideraciones.

II OBJETO DEL INFORME, ESTRUCTURA Y HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

- II.1 Objeto del informe.
- II.2 Estructura del Informe.
- II.3 Habilitación competencial.

III COMENTARIOS DE CARÁCTER GENERAL AL ANTEPROYECTO

- III.1 Integración de la autoridad de competencia con los reguladores sectoriales de carácter no financiero.
- III.2 Marco normativo Comunitario.



- III.3 Observaciones generales sobre las atribuciones competenciales de la CNMC.
- III.4 Análisis comparativo de otros países del entorno comunitario.
 - III.4.1 Los diferentes modelos de regulador.
 - III.4.2 Tendencia a la creación de reguladores convergentes.
 - III.4.3 Tendencia al incremento de competencias en los reguladores.
 - III.4.4 Casos de estudio.
- III.5 Observaciones generales sobre las funciones de la futura CNMC.
- III.6 El entorno convergente de las comunicaciones electrónicas y el sector audiovisual.

IV COMENTARIOS DE CARÁCTER PARTICULAR AL ARTICULADO.

- IV.1 CAPÍTULO I. Naturaleza y régimen jurídico.
 - IV.1.1 Artículo 1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.
 - IV.1.2 Artículo 2. Naturaleza y régimen jurídico.
 - IV.1.3 Artículo 3. Independencia funcional y relación con las entidades públicas y privadas.
 - IV.1.4 Artículo 4. Cooperación institucional.
- IV.2 CAPÍTULO II. Funciones.
 - IV.2.1 Artículo 5. Funciones de regulación y control de los mercados.
 - IV.2.1.1. Regulación de mercados.
 - IV.2.1.2. Otras funciones relacionadas con la salvaguarda de la competencia.
 - IV.2.1.3. Artículo 5 y supervisión de las competencias previstas en el artículo 9 de la Ley General de Comunicación Audiovisual.
 - IV.2.1.4. Artículo 5 y Disposición adicional Séptima: funciones relacionadas con el servicio universal.
 - IV.2.2 Artículo 7. Funciones de arbitraje y resolución de conflictos- versus Disposición adicional séptima.
 - IV.2.2.1. Regulación comunitaria de las potestades de intervención de las ANRs.
 - IV.2.2.2. Distribución competencial en el ordenamiento jurídico español.
 - IV.2.2.3. Práctica consolidada de la CMT en esta materia.
 - IV.2.2.4. En materia de consumidores y usuarios.
 - IV.2.2.5. Propuesta de redacción alternativa.
 - IV.2.3 Artículo 8. Funciones Consultivas y otras funciones.
 - IV.2.3.1. Sujetos que pueden requerir o solicitar a la CNMC el ejercicio de funciones consultivas.
 - IV.2.3.2. Actuaciones concretas que se incluyen dentro de la competencia consultiva reconocida en el artículo 8 del Anteproyecto.



IV.2.4 Disposiciones Adicionales Sexta, Séptima y Tercera.

IV.2.4.1. Disposición adicional Sexta: funciones que asume el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia audiovisual.

IV.2.4.2. Disposición adicional Séptima: nuevas funciones que asume la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia de telecomunicaciones.

IV.2.4.2.1 Gestión de los Registros.

IV.2.4.2.2 Especificaciones técnicas para la conservación de la numeración.

IV.2.4.2.3 Gestión y control de la numeración.

IV.2.4.3 Disposición adicional tercera: atribución de competencias a la Administración.

IV.2.4.3.1 Gestión de los datos de los abonados para la prestación de los servicios de guías y consulta telefónica sobre los números de abonado en libre competencia, así como para la prestación de los servicios de emergencia.

IV.2.4.3.2. La aportación de la Financiación de la Corporación Radio Televisión Española.

IV.2.4.4 Aspectos de las Directivas 2009/140/CE y 2009/136/CE pendientes de transposición al ordenamiento jurídico español.

IV.3 CAPÍTULO III. Órganos de Gobierno.

IV.3.1 Consideraciones generales.

IV.3.2 Artículo 16. Funciones del Presidente.

IV.4 CAPÍTULO IV. Organización de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

IV.4.1 Artículo 21. Estatuto Orgánico.

IV.4.2 Artículo 22. Facultades de inspección.

IV.4.3 Artículo 24. Procedimiento sancionador.

IV.4.4 Artículo 25. Régimen jurídico del personal.

IV.4.5 Artículo 27. Régimen económico-financiero y patrimonial.

IV.4.6 Artículo 28. Presupuesto, Régimen de contabilidad y control económico y financiero.

IV.4.7 Artículo 29. Asistencia Jurídica.

IV.5 Otras Disposiciones Adicionales.

IV.5.1 Disposición adicional segunda. Extinción de organismos.

IV.5.2 Disposición adicional cuarta. Integración del personal de los Organismos Públicos que se extinguen en la Comisión Nacional de Mercados y Competencia.

IV.5.3 Disposición adicional decimotercera. Tasas.



I RESUMEN EJECUTIVO

El Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) propone una reforma de gran calado. Por un lado, se agrupa en un único organismo a la autoridad de competencia, la CNC, con los tres reguladores sectoriales que venían funcionando hasta la fecha, esto es, la Comisión Nacional de la Energía (CNE), la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), y la Comisión Nacional Postal (CNP), reasignando una buena parte de las competencias de estos a diversos Ministerios. Adicionalmente, se asignan a la CNMC las funciones de tres organismos creados en 2011 pero que no han entrado aún en funcionamiento: el Comité de Regulación Ferroviaria (CRF), la Comisión de Regulación Aeroportuaria (CRA) y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales (CEMA).

De los actuales reguladores sectoriales independientes, solo quedan fuera de la reforma los organismos encargados de la supervisión del sector financiero: el Banco de España, responsable de la supervisión de las entidades de crédito, y la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV) encargada de la supervisión de los distintos mercados de valores. Tampoco se ven afectados por la reforma otros organismos independientes como la Agencia de Protección de Datos o el Consejo de Seguridad Nuclear.

Los cambios que se proponen con la creación del nuevo organismo, la CNMC, suponen una notable modificación de la arquitectura institucional de los organismos reguladores y supervisores que, a medio y largo plazo, puede incidir de manera crucial en el precio y la calidad de servicios esenciales para los consumidores españoles y para las empresas del país, como son los servicios de telecomunicaciones, energía o transportes. La trascendencia de la reforma desde esta perspectiva se pone de manifiesto en el primer párrafo del Anteproyecto al señalar que el funcionamiento eficiente de los mercados y la existencia de competencia efectiva en los mismos constituyen un elemento clave para conseguir avances en la productividad de los factores y la competitividad general de la economía española. Esos avances son imprescindibles para que la economía española pueda salir cuanto antes de la actual crisis económica y recuperar una senda de crecimiento económico generador de empleo que pueda ser sostenible en el tiempo.

En la exposición de motivos del Anteproyecto se enuncian los tres objetivos que persigue la reforma. En primer lugar, garantizar la seguridad jurídica y la confianza institucional. En segundo lugar, aprovechar las economías de escala “derivadas de la existencia de funciones de supervisión idénticas o semejantes, metodologías y procedimientos de actuación similares y, sobre todo, conocimientos y experiencia cuya utilización en común resulta obligada”. Este objetivo se considera especialmente importante en el actual contexto de austeridad de las administraciones públicas. Finalmente, un tercer objetivo consiste en dar respuesta institucional al progreso tecnológico, de modo que las administraciones se adapten al mismo evitando “el mantenimiento de autoridades estancas que regulan ciertos aspectos de sectores que, por haber sido objeto de profundos cambios tecnológicos o económicos, deberían regularse o supervisarse adoptando una visión integrada”.

El objeto de este Informe consiste en analizar y valorar la reforma incorporada en el Anteproyecto de Ley de creación de la CNMC en relación a los objetivos que se persiguen y a la luz de la experiencia adquirida por la CMT desde su creación en 1996. A partir de ese



análisis se proponen una serie de recomendaciones que pretenden contribuir a mejorar la propuesta contenida en el Anteproyecto.

A partir del análisis efectuado en el Informe, la CMT considera necesario centrar la atención en los siguientes rasgos fundamentales del nuevo organismo que se propone en el Anteproyecto:

- A) La integración de la autoridad de competencia con los reguladores sectoriales de carácter no financiero.
- B) Garantías de independencia de los reguladores sectoriales en el marco comunitario.
- C) Órganos de gobierno y esquema organizativo de la CNMC.
- D) La reasignación de parte de las competencias actuales de la CMT al Ministerio de Industria, Energía y Turismo.
- E) Régimen jurídico de las Tasas asignables al nuevo Organismo.
- F) El régimen jurídico y condiciones del personal de la CNMC.
- G) Otras consideraciones.

Sin perjuicio del desarrollo que se hará de cada uno de los referidos aspectos en el curso del presente informe, se recoge a continuación un resumen de las principales consideraciones efectuadas en el mismo.

A) La integración de la autoridad de competencia con los reguladores sectoriales de carácter no financiero.

El Anteproyecto integra las funciones de varios organismos reguladores sectoriales en un único organismo, la CNMC que, además, asume también las funciones de la autoridad nacional de competencia. Con esta integración de las funciones de regulación y supervisión se persigue una mayor economía de medios y una mayor eficacia, resultado de aunar los conocimientos de los reguladores sectoriales evitando posibles duplicidades o incongruencias en las decisiones a adoptar.

Sin embargo, en opinión de la CMT, la integración de la autoridad de competencia y los reguladores sectoriales en un único organismo plantea una serie de cuestiones que deben ser objeto de valoración.

De acuerdo con la teoría económica, el objetivo de las autoridades públicas debería ser maximizar el beneficio de los ciudadanos. Los mercados son el mejor medio para asegurar ese objetivo y los gobiernos solo deberían intervenir en las economías cuando su funcionamiento no consiga ese objetivo por la existencia de algún fallo del mercado.

En el ámbito de las telecomunicaciones uno de los principales fallos del mercado es el poder de mercado de uno o varios operadores, lo que puede provocar precios excesivos de los servicios, baja calidad de los mismos e insuficiente innovación. Otro fallo del mercado son las asimetrías de información: a menudo los consumidores tienen dificultades para conocer el precio de los servicios, lo que puede dificultar la elección entre los servicios que proporcionan los distintos competidores del mercado.

Para abordar estos fallos del mercado, los poderes públicos disponen de varios instrumentos legales que deben combinar de la manera más eficiente: la regulación sectorial ex ante, la legislación de defensa de la competencia y la de protección de los consumidores.



La teoría económica distingue claramente entre la actuación del regulador sectorial y la de la autoridad de defensa de la competencia. Se entiende que ésta supervisa sectores cuya estructura industrial es compatible con el normal funcionamiento de los mecanismos competitivos, mientras que la regulación se aplica a sectores concretos cuya estructura es tal que no cabe esperar que la competencia pueda operar sin limitaciones sustanciales. Dicho de otro modo, la regulación sectorial se aplica a estructuras de mercado insatisfactorias, mientras que la defensa de la competencia aborda, en general, comportamientos insatisfactorios de las empresas en mercados competitivos. Los actuales mercados de telecomunicaciones parten de un régimen tradicional de monopolio, por lo que el establecimiento de mercados que funcionen en competencia efectiva es un proceso gradual que todavía requiere la garantía del acceso a las redes por parte de los operadores entrantes a través de la regulación sectorial. Por su parte, la normativa general de competencia se ejercita con carácter horizontal, y sin excepciones, sobre todos los sectores de la economía, incluso en los que *a priori* no se detectan problemas para la competencia

Los organismos reguladores sectoriales, considerados Autoridades Nacionales de Reglamentación (ANRs) en el marco normativo europeo de las comunicaciones electrónicas, y las autoridades de competencia velan, pues, por objetivos diferentes con cauces procedimentales distintos, y por ello están dotados de instrumentos que les son propios.

Los objetivos encomendados a los organismos reguladores sectoriales exigen tomar en consideración aspectos que van más allá de la mera aplicación de los postulados de competencia. En concreto, el marco normativo europeo de las comunicaciones electrónicas (artículo 8 de la Directiva Marco¹) establece tres objetivos para las ANRs de este sector. El primero se refiere al fomento de la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios recursos y servicios asociados. El segundo se centra en la necesaria contribución de las ANRs a la consecución del mercado interior, lo que entre otros medios se concreta a través de los mecanismos de coordinación institucional existentes (en particular a través del ORECE, Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas). En tercer lugar, las ANRs tienen la misión de promover los intereses de los ciudadanos de la Unión. Las ANRs se encuentran facultadas para adoptar todas las medidas que estén encaminadas a la consecución de esos tres objetivos siempre que los principios reguladores sean de carácter objetivo, transparente, no discriminatorio y proporcionado. Así pues, los objetivos encomendados a las ANRs exigen tomar en consideración aspectos que van más allá de la mera aplicación de los postulados de competencia, debiendo velar, por ejemplo, por la promoción de la inversión eficiente en materia de infraestructuras y por el fomento de la innovación. Sin embargo, la conciliación de diferentes objetivos de desarrollo de un sector determinado resulta ajena a la actividad de supervisión llevada a cabo por las autoridades de competencia.

Lo anterior tiene repercusiones sobre el marco legal establecido para estos dos tipos de organismos en los estados miembros de la UE, puesto que los objetivos que se fijan para la autoridad de competencia no son los mismos que deberán fijarse para las ANRs.

Por otra parte, los instrumentos puestos a disposición de los reguladores sectoriales son más amplios y diversos que las herramientas de intervención de una autoridad de competencia que se centra en la represión de conductas susceptibles de constituir

¹ Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009.



infracciones y en la supervisión de las concentraciones económicas que requieren aprobación administrativa. Así, el abanico de instrumentos disponibles por los reguladores incluye la adopción de medidas generales que afectan a la totalidad del sector (por ejemplo, a través de Circulares), o la resolución puntual -fuera del ámbito sancionador- de la problemática que se plantea constantemente en las relaciones entre operadores (incluyendo la resolución de conflictos, o la adopción de medidas singulares que en última instancia redundan en el interés de los usuarios finales). Debe además resaltarse que la naturaleza primordialmente correctiva de las funciones ejercidas por las autoridades de competencia requiere de una estricta separación funcional entre los órganos de instrucción y decisión, que puede ser diferente de la existente en los organismos sectoriales, y que podría afectar al modo de funcionamiento del nuevo Consejo de la CNMC según el tipo de expediente que se estuviera tramitando.

Por último, y como consecuencia de la existencia de diferentes objetivos e instrumentos, la normativa comunitaria y nacional establece cauces procedimentales específicos para la adopción de decisiones por las ANRs, distintos de los que el derecho de competencia comunitario promueve. Entre otros aspectos, en el modelo sectorial actual de las comunicaciones electrónicas, la participación de las instituciones y organismos comunitarios (CE, ORECE, otras ANRs) es mucho más acusada que en la normativa de competencia, pudiendo incluso extenderse al ejercicio de derechos de veto en relación con la regulación de mercados.

En este contexto, la posible existencia de procedimientos paralelos, no debe verse como una incongruencia sino que es consustancial a la existencia de dos ámbitos diferentes de actuación. Los textos comunitarios refrendan la validez del modelo dual, imperante en la todos los países del entorno europeo². Por ejemplo, las Directrices de la Comisión Europea sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado reconocen la posibilidad de que en la aplicación de la regulación sectorial en el ámbito de las comunicaciones electrónicas y la normativa de competencia surjan procedimientos paralelos con respecto a distintos tipos de problemas en los mercados pertinentes, pero incide en el hecho de que esta duplicidad responde a la necesidad de atender a problemas diferentes: *“la aplicación simultánea de estas soluciones por entidades reguladoras distintas abordaría problemas diferentes en tales mercados. Las obligaciones ex ante impuestas por las ANR a las empresas con PSM³ están al servicio de los objetivos específicos fijados en las correspondientes Directivas, mientras que las soluciones previstas en la legislación sobre competencia pretenden castigar los acuerdos o comportamientos abusivos que restringen o falsean la competencia en el mercado pertinente”*.

En definitiva, esta Comisión entiende que la distinta naturaleza de los organismos reguladores, por un lado, y de las autoridades horizontales de competencia, por otro, no abogan a favor de la integración de las ANRs y la autoridad de competencia bajo un único organismo⁴. Tampoco lo refrenda la experiencia internacional puesto que en los países de la

² El Anteproyecto menciona el proceso de fusión de la autoridad de fomento (regulación ex ante) y defensa de la competencia, iniciado en los Países Bajos en marzo de 2011 y que culminará en enero de 2013. De forma excepcional en Europa, el gobierno holandés ha previsto la creación de la Autoridad Holandesa para los Consumidores y Mercados (ACM) como fruto de la fusión de la Autoridad de Consumidores, la Autoridad Independiente Postal y de Telecomunicaciones (OPTA) y la Autoridad de Competencia (NMa). Este proceso, que no se ha dado en ningún otro país del entorno europeo, todavía está en fase de implantación.

³ Poder Significativo de Mercado

⁴ Como se explica con más detalle en un epígrafe posterior del informe, la integración de la autoridad de competencia horizontal con los reguladores sectoriales (energía, comunicaciones electrónicas, transportes, postal y audiovisual) que se propone en el Anteproyecto, plantea el enorme reto de diseñar un conjunto de órganos de gobierno y un esquema organizativo



Unión Europea ambas actividades (regulación sectorial y supervisión horizontal de todos los mercados) están claramente separadas. Esto mismo ocurre, con carácter general, a nivel internacional.

Aún cuando resulta indudable que el buen funcionamiento de los mercados requiere de un cierto nivel de coordinación entre la autoridad de competencia y los reguladores sectoriales, la misma puede desarrollarse por otros cauces, desde la asunción de las funciones de competencia por parte del regulador para su sector concreto (como es el caso de la autoridad británica, Ofcom), hasta la promoción de protocolos y otros instrumentos que faciliten la coordinación y complementariedad de las actividades de ambos organismos.

B) Las garantías de independencia del regulador de comunicaciones electrónicas en el marco comunitario

La integración de los diferentes reguladores y del supervisor de competencia somete a todos ellos a un régimen jurídico uniforme. Esta uniformidad no tiene en cuenta el diferente estatus de independencia de que gozan los organismos integrados, aplicando una solución homogénea que minora el grado de autonomía del nuevo organismo respecto al que la legislación atribuye actualmente a los organismos reguladores.

En concreto, se aplican al nuevo organismo previsiones existentes para alguna de las entidades fusionadas que podrían no resultar conciliables con el régimen previsto para las ANRs independientes en las Directivas comunitarias, que establecen su régimen jurídico y sus especiales garantías de independencia (autonomía presupuestaria, garantía de medios personales y materiales, no sumisión a controles fuera de los previstos con rango constitucional, condiciones de remoción de los miembros del Consejo, etc).

Por ello se ha de prestar especial atención a la configuración normativa que de estas ANRs independientes hace el marco comunitario, en particular en el ámbito de las comunicaciones electrónicas.

En este sentido, el marco regulador comunitario en el ámbito de las telecomunicaciones actualmente vigente deriva del conjunto de Directivas aprobadas en 2002 (parcialmente modificadas en 2009) consistente en una Directiva Marco y cuatro Directivas específicas⁵. Con dichas Directivas coexiste un conjunto de Reglamentos, Decisiones y Recomendaciones.

que permitieran a un organismo de semejante complejidad cumplir adecuadamente con la multitud y diversidad de funciones que le son encomendadas.

⁵ Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), Directiva 2002/20/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y a recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), 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 (Directiva servicio universal), Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). En 2009, las directivas fueron modificadas por las Directivas 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva marco, la Directiva acceso y la Directiva autorización, así como por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva servicio universal, la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas y el Reglamento nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.



Al amparo del marco armonizado, las ANRs desempeñan un papel fundamental y actúan a través de diferentes instrumentos regulatorios. Tanto su configuración como sus funciones se detallan en la normativa comunitaria con el objeto de que las ANRs puedan ejercer sus competencias con imparcialidad y transparencia, objetivo primordial al que se halla orientado la Directiva Marco⁶.

Esta naturaleza cardinal de su actuación se encuentra precisamente en el origen de la independencia de las ANRs como un elemento esencial de su configuración y actuación. Inicialmente, esta característica se concibió como garantía del principio de separación de las funciones de regulación y explotación, para asegurar la imparcialidad de sus decisiones. Con el tiempo, se vino a reforzar para abarcar “todos los recursos en cuanto a personal, competencia y medios financieros”⁷. Es decir, la condición de organismo independiente requiere que, junto a los medios financieros y humanos, la ANR tenga atribuidas todas aquellas competencias que le permitan el efectivo cumplimiento de sus funciones.

El cumplimiento de dichas funciones a su vez redundará en una mayor eficacia en la aplicación del marco regulador, y mediante una independencia reforzada las Directivas de 2009 (considerando 13 de la Directiva Marco) pretenden “*aumentar la autoridad y previsibilidad de sus decisiones*”. La manifestación más contundente de la independencia desde el punto de vista competencial se concreta en el referido considerando 13 de la Directiva Marco, según el cual: “(...) *A tal efecto debe disponerse expresamente en el derecho nacional que, en el ejercicio de sus cometidos la autoridad nacional de reglamentación responsable de la regulación ex ante del mercado o de la solución de litigios entre empresas esté protegida de intervenciones exteriores o presiones políticas que puedan comprometer su evaluación independiente de los asuntos que se le sometan. Tal influencia exterior hace que un organismo legislativo nacional resulte inadecuado para actuar como autoridad nacional de reglamentación con arreglo al marco regulador...*”.

Asimismo, los artículos 3.3 y la introducción del artículo 3.3 bis de la misma Directiva refuerzan esta directriz de independencia. Este último establece lo siguiente:

“Sin perjuicio de las disposiciones de los apartados 4 y 5, 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. Esto no impedirá la supervisión de conformidad con el Derecho constitucional nacional. Solamente los organismos de recurso creados de conformidad con el artículo 4 estarán facultados para suspender o revocar las decisiones de las autoridades nacionales de reglamentación. Los Estados miembros velarán por que el responsable de la autoridad nacional de reglamentación o, cuando proceda, los miembros del órgano colegiado que desempeñen dicha función en el seno de la autoridad nacional de reglamentación a la que se refiere el párrafo primero o sus sustitutos solo puedan ser cesados en caso de que dejen de cumplir las condiciones requeridas para el ejercicio de sus funciones, que hayan sido establecidas de antemano en el Derecho nacional. La decisión de cesar al responsable de la autoridad nacional de reglamentación de que se trate o, si procede, a los miembros del

⁶ Ver artículo 3 de la Directiva Marco.

⁷ Ver considerando 11 de la Directiva Marco.



órgano colegiado que desempeñen dicha función se hará pública en el momento del cese. El responsable de la autoridad nacional de reglamentación que haya sido cesado o, si procede, los miembros del órgano colegiado que desempeñen dicha función recibirán una exposición de los motivos de la decisión y tendrá derecho a solicitar que sea publicada, cuando no lo haya sido, en cuyo caso deberá atenderse su solicitud.

Los estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación a las que se refiere el párrafo primero tengan presupuestos anuales separados. Los presupuestos serán públicos. Los estados miembros velarán asimismo porque las autoridades nacionales de reglamentación cuenten con los recursos financieros y humanos suficientes para participar activamente en las actividades del Organismo de Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE)”

De dicho precepto y otros de la Directiva Marco resulta⁸ que la independencia de las ANRs constituye un objetivo por cuyo cumplimiento deben velar los Estados miembros y según ha destacado la propia Comisión Europea, dicha independencia “resulta esencial para que la reglamentación sea equitativa y eficaz”⁹ y se refleja en varios aspectos.

Por un lado, en el ámbito organizativo, la garantía de esta independencia obliga a los Estados miembros a dotar a las ANRs encargadas de la regulación *ex ante* y resolución de conflictos de presupuestos anuales separados, así como a contar con los recursos financieros y humanos suficientes para la realización de las funciones que les son encomendadas.

Por otro lado, desde el punto de vista competencial, la opción de dividir las funciones entre varias ANRs en un Estado miembro, como es el caso de España, se encuentra expresamente prevista en la Directiva marco. Sin perjuicio de ello, tal y como ha establecido el propio Tribunal de Justicia, esta autonomía organizativa del Estado miembro “*sólo puede ejercerse, no obstante, respetando plenamente los objetivos y las obligaciones establecidos en esa Directiva*”¹⁰. Ello implica que la atribución de competencias a la ANR independiente debe permitirle cumplir con los objetivos que les son asignados, contando, junto con los aspectos materiales y humanos, con un elenco de competencias suficiente y definido con claridad.

A su vez, las ANRs se encuentran vinculadas por los objetivos que según las Directivas deben perseguir en el ejercicio de sus funciones¹¹ (fomento de la competencia, contribución de las ANRs a la consecución del mercado interior y promover los intereses de los ciudadanos de la Unión). Tanto los objetivos, cuya consecución se encomienda a las ANRs, como el ejercicio de las competencias se interpretan conforme a la Jurisprudencia comunitaria con carácter amplio y finalista.

Por último, aunque las Directivas según la revisión de 2009 no han sido transpuestas al Derecho español, el límite y el marco de cualquier modificación normativa en materia de comunicaciones electrónicas como la propuesta en el Anteproyecto (o, en su caso, la modificación de la Ley General de Telecomunicaciones (LGTel) como resultado de la transposición de las Directivas de 2009) debe realizarse conforme con el principio de

⁸ Ver artículo 3.2 de la Directiva Marco.

⁹ En el informe de implementación de 2009:

http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomms/doc/implementation_enforcement/annualreports/15threport/comm_es.pdf

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2010, C-389/09, apartado 26.

¹¹ Ver artículo 8 de la Directiva Marco.



cooperación que obliga a los Estados miembros (artículo 4 TUE) y del necesario carácter útil de la consecución de los objetivos de las Directivas. Conforme a reiterada Jurisprudencia, una modificación normativa debe atender *“a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al artículo 249 CE, párrafo tercero”*¹² con el límite de abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario a dicha Directiva”¹³. En similar sentido, debe tenerse en cuenta que los Estados miembros deben abstenerse de tomar medidas que puedan comprometer los objetivos perseguidos por una Directiva, también antes de que termine el periodo de transposición¹⁴.

Por tanto, de las Directivas y la Jurisprudencia comunitaria se desprende que el efecto útil de las Directivas y las competencias que expresamente se reservan a las ANRs independientes conforme al artículo 3.3 bis de la Directiva marco (*“regulación ex ante del mercado”, “resolución de litigios entre empresas”*)¹⁵ y su participación a nivel del organismo comunitario-ORECE- para una aplicación coherente del marco regulatorio¹⁶) deben interpretarse en el marco de la consecución de los objetivos que las propias Directivas adscriben a las ANRs con carácter general, es decir, con carácter amplio y finalista respecto a dichos objetivos.

C) Órganos de gobierno y esquema organizativo

El diseño de los órganos de gobierno y del esquema organizativo de la CNMC constituye, a juicio de la CMT, una de las principales limitaciones de la propuesta de reforma que sería necesario abordar. A partir del texto actual del Anteproyecto, la fusión de la autoridad de competencia con los organismos reguladores sectoriales plantea serios interrogantes en tanto que no queda suficientemente claro cómo será el funcionamiento de los órganos de gobierno del futuro organismo. Este aspecto resulta tanto más inquietante cuanto que no parece viable que puedan transponerse al nuevo organismo los actuales esquemas de funcionamiento de la CMT, la CNE, la CNSP o la CNC, que además son diferentes entre sí. También genera dudas el modelo de gestión del organismo que se plantea en el Anteproyecto.

Según la Exposición de Motivos, los órganos rectores de la CNMC son únicamente dos: el Consejo y el Presidente de la Comisión. Varios rasgos fundamentales de ambos órganos son similares a lo establecido para los organismos reguladores en la reforma realizada por la Ley de Economía Sostenible (LES) de 2011.

El Consejo se configura como el máximo órgano de gobierno de la CNMC al que se le atribuyen una serie de funciones indelegables. Se trata de un órgano colegiado de nueve

¹²Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de mayo de 2003, asunto C-462/99.

¹³ Véanse las sentencias de 13 de noviembre de 1990, Marleasing, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartado 8; de 1 de febrero de 1977, Verbond van Nederlandse Ondernemingen, 51/76, Rec. p. 113, apartado 22; de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, Rec. p. 723, apartado 48, y de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros, C-72/95, Rec. p. I-5403, apartado 55; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, apartado 110, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, Rec. p. I-0000, apartado 72

¹⁴ Sentencia de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie ASBL, C-129/96, Rec. pl-7411, apartado 50.

¹⁵ Ver artículo 3 bis, segundo párrafo de la Directiva Marco.

¹⁶ Ver artículo 4.2 del Reglamento 1211/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por el que se establece el ORECE y la Oficina.



miembros uno de los cuales es el Presidente. A éste se le atribuyen funciones ejecutivas muy amplias, configurándolo como el máximo ejecutivo de la institución sobre el que descansa la responsabilidad de la gestión de la institución. Pues bien, cabe plantearse si este esquema, consagrado en la LES para la CMT, la CNE, el CNSP y la CNC, resulta apropiado para un nuevo organismo que fusiona a todos ellos (con un personal conjunto de alrededor de 550 trabajadores) e integra las funciones de otros organismos que aún no han entrado en funcionamiento: el CEMA, el CRF, y la CRA.

El adecuado funcionamiento, a medio y largo plazo, de los organismos reguladores depende de manera crucial de cómo se gestionen su patrimonio y sus recursos humanos y financieros. En el caso del nuevo organismo, esa tarea tendrá una dificultad muy superior a la que han venido enfrentando en el pasado la CMT, la CNE la CNC o la CNSP, por el mayor tamaño de la entidad y su mayor diversidad interna en términos de personal y del patrimonio.

El Anteproyecto parece reflejar estas mayores exigencias de gestión al establecer que el Estatuto Orgánico de la CNMC que aprobará el Gobierno mediante Real Decreto “podrá prever la existencia de una Comisión Ejecutiva”. Sin embargo, dicha creación es potestativa y queda en manos del Gobierno, al rebajarse el rango del instrumento normativo que habría de establecer esos elementos esenciales de la configuración del nuevo organismo.

Uno de los aspectos de la independencia de los organismos reguladores y supervisores ha venido siendo la autonomía que las leyes de creación de los organismos les confieren en lo referente a la organización interna de la entidad una vez delimitados los rasgos básicos de sus órganos de gobierno. Esto se aplica a los organismos reguladores independientes de carácter no financiero (CMT, CNE y CNSP) como a los organismos supervisores del sector financiero (BE y CNMC). El anteproyecto, sin embargo, prevé que los rasgos esenciales que determinen la organización interna de la CNMC se fijen en el Estatuto Orgánico que apruebe el Gobierno.

Desde esta perspectiva, la configuración propuesta por el Anteproyecto merma la independencia del organismo al privarle de una de las facultades asociadas a la misma: la capacidad de auto-organización. Con el modelo configurado en el artículo 21 del Anteproyecto la CNMC dependería de la decisión del Gobierno para poder contar con una Comisión Ejecutiva o con Comisiones Delegadas.

Por otro lado, la idoneidad del modo de elección del Presidente de la CNMC previsto en el Anteproyecto y su carácter rotatorio, con un periodo de mandato de tan solo tres años plantea, también serias dudas. Máxime teniendo en cuenta el ámbito tan amplio de responsabilidades ejecutivas concentradas en este órgano, lo cual parecería requerir, en principio una mayor estabilidad del cargo.

En el Anteproyecto no se prevé que la futura Ley de creación de la CNMC establezca otros órganos además de los tres mencionados. Sin embargo, se contempla que en el Estatuto Orgánico sí pueda establecer otros órganos, incluyendo las llamadas “Comisiones Delegadas Sectoriales, en las que se delegarán funciones del Consejo, de ámbito general o relativas a un sector concreto de actividad siempre que no estén reservadas al Consejo en pleno en la presente Ley”. Pero no se va más allá en la delimitación de sus funciones, ni en su composición, ni en su funcionamiento como órgano colegiado, ni en la determinación del Secretario del mismo. Dado que el Anteproyecto no considera indelegables la mayoría de las decisiones que vienen efectuando hasta el momento los Consejos de la CMT o la CNE, el poder decisorio de esos órganos, de crearse, sería muy amplio máxime cuando el propio



Anteproyecto en su artículo 21.4 parece dar a entender que sus decisiones no serán susceptibles de recurso ante el Consejo. Por ello, debería ser la futura Ley la que delimitara con mayor precisión la composición y funcionamiento de estas comisiones delegadas y su articulación con el Consejo.

En suma, el diseño de los órganos de gobierno y del esquema organizativo de la CNMC constituye un aspecto cuestionable de la reforma propuesta. La existencia y funciones de órganos clave como el Vicepresidente, la Comisión Ejecutiva o las Comisiones Delegadas Sectoriales deberían establecerse por Ley.

Por último, las exigencias de reuniones periódicas de los distintos órganos, unida a la relevancia y exigencia de celeridad de los asuntos que abordan, cuestionan la viabilidad del propio sistema diseñado. Un modelo de funcionamiento de los órganos de gobierno de la CNMC como el que se esboza en el Anteproyecto no parece que pueda garantizar el adecuado cumplimiento de las funciones que actualmente realizan la CNC y los organismos sectoriales y que se encomendarán al nuevo organismo.

D) La reasignación de parte de las competencias actuales de la CMT al Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Otro de los rasgos esenciales de la reforma es la reasignación de competencias que se realiza en el Anteproyecto, trasladando una buena parte de las que actualmente residen en los organismos sectoriales a diferentes Ministerios.

En el caso de la CMT, se transfieren al Ministerio de Industria, Energía y Turismo un amplio grupo de competencias en el ámbito de la numeración, portabilidad, interconexión, servicio universal, registro de operadores y resolución de conflictos. A continuación se exponen diferentes razones que aconsejan no llevar a cabo esta reasignación de competencias.

La primera de todas ellas es que con ello no se consiguen ventajas de escala que pretende conseguir la reforma en términos de la mayor eficiencia y ahorro por aprovechamiento de las economías de escala. De hecho, el efecto conseguido sería, más bien, el contrario. La transferencia de competencias actualmente ejercidas por la CMT al Ministerio de Industria, Energía y Turismo supone, por un lado, la pérdida del conocimiento específico acumulado por la CMT en los últimos quince años, como consecuencia de la experiencia adquirida en la realización de esas tareas desde la creación de la CMT hasta la actualidad.

Por otra parte, la distribución de competencias propuesta supondría un obstáculo para el eficaz cumplimiento por parte de la CNMC de los objetivos y funciones que la normativa en materia de comunicaciones electrónicas le atribuye en tanto que regulador ex ante y encargado de la solución de conflictos entre los operadores, al privarle de herramientas necesarias para el cumplimiento de esas funciones. Entre las mismas cabe destacar, por su especial importancia, las siguientes:

- Las funciones que se atribuyen a la SETSI en la Disposición Adicional 7ª (apartados i), j) y k), esto es, la imposición de condiciones técnicas u operativas a los operadores con PSM o a los que se benefician del acceso, de conformidad con el artículo 12.1 de la LGTel; la imposición de obligaciones de interconexión a los operadores para garantizar la conexión de extremo a extremo y la interoperabilidad de los servicios, de acuerdo con el artículo 12.2 de la LGTel¹⁷; la imposición de



obligaciones a operadores que no sean PSM en circunstancias excepcionales, de conformidad con el artículo 13.2 de la LGTel.

Con la reforma contenida en el Anteproyecto, la CMT únicamente podría establecer obligaciones o condiciones en aquellos mercados susceptibles de regulación *ex ante*, y esto supondría implantar una visión muy limitada del papel del regulador para promover la competencia en beneficio de los usuarios, poniendo en cuestión el logro de los objetivos que establecen las Directivas comunitarias para las ANRs.

- El Registro de operadores proporciona información valiosa sobre los oferentes y demandantes en un determinado mercado. Igualmente, los datos del Registro de operadores resultan un instrumento fundamental en la publicación de estadísticas del sector de las comunicaciones electrónicas, en los que también se basa la CMT para el análisis de los mercados, al permitir identificar a los operadores a los que es preciso dirigirse para recabar la información. En consecuencia, razones de eficacia aconsejan mantener esta tarea en el ámbito de las funciones de la CNMC.
- Las competencias relativas a la gestión, control y el otorgamiento de la numeración que se propone reasignar al Ministerio tienen un impacto muy relevante en el mercado de las telecomunicaciones resultando de gran utilidad para la regulación *ex ante* de los mercados, como se argumenta con detalle en el Informe; máxime con la tendencia a la convergencia entre redes y servicios que se vislumbra a corto y medio plazo; la numeración telefónica que utilizarán estos nuevos servicios definirá en gran medida el marco de competencia delimitando los nuevos modelos de negocio, sus características (interoperabilidad, precios de interconexión, tipologías de operadores, operadores en la nube, etc.). Por su parte la portabilidad es un instrumento esencial para la promoción de la competencia, en particular, en las condiciones actuales de madurez del mercado.
- En el ámbito del servicio universal, también se transfieren al Ministerio las competencias que venía desempeñando la CMT desde su creación, en 1996, con la excepción de la función de proponer al MIEyT, “a petición de éste”, la cuantía anual del coste neto del servicio universal. La CNMC no establecerá la metodología para determinar el coste neto ni el procedimiento para cuantificar los beneficios no monetarios, temas eminentemente técnicos. En definitiva, las tareas transferidas al Ministerio son propias de un órgano muy técnico, en las que la CMT tiene una larga experiencia sin que resulte justificado dividir la propuesta de la cuantía del coste neto y la decisión sobre la misma en dos órganos distintos, porque ralentizará la toma de decisiones, en un procedimiento que ya de por sí tiene una tramitación compleja.

Junto a lo apuntado, el Anteproyecto presenta ciertas asimetrías en cuanto a la asignación de competencias en los distintos ámbitos sectoriales que cuestionan la coherencia del modelo. Así, y a título de ejemplo, en el ámbito postal resultan atribuidas al organismo facultades en materia de servicio universal o registro, que sin embargo son objeto de supresión respecto del sector de las comunicaciones electrónicas, cuando se trata de funciones que venían ya siendo ejercidas por el regulador independiente. Si lo que se pretende es otorgar mayor seguridad jurídica, confianza institucional y un enfoque

¹⁷ Si bien falta transponer el artículo 5.1.a ter) de la Directiva Acceso; el enunciado del apartado 1 ya contemplaba la necesidad de garantizar la interoperabilidad de los servicios, pero ahora se recoge expresamente la posibilidad de imponer obligaciones



regulatorio coherente no se justifica el diferente tratamiento competencial entre los diferentes sectores regulados.

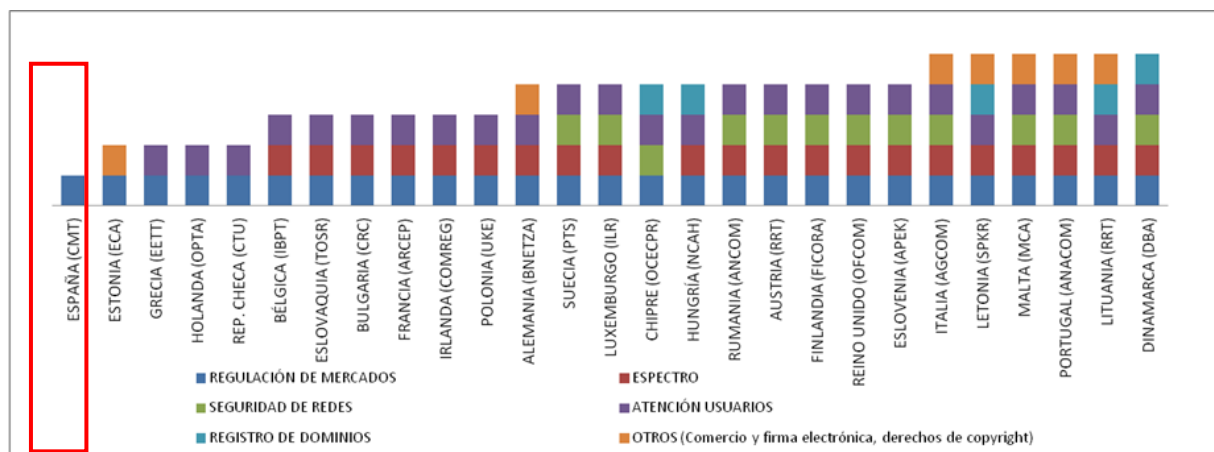
Por otra parte, la disociación en dos organismos diferentes, CNMC y Ministerio de Industria, Energía y Turismo en la intervención de los conflictos entre operadores resultante de las competencias de imposición de obligaciones transferidas a dicho organismo podría vulnerar la reserva de competencias establecida en las Directivas y restringe en exceso las potestades atribuidas en la LGTel y ejercitadas hasta ahora por la CMT para garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios.

En concreto, la nueva división competencial no se justifica en atención a los objetivos perseguidos por la reforma, ya que incrementaría las posibilidades de tramitación paralela de conflictos o litigios entre operadores con resultado distinto en función del organismo que intervenga, lo que indudablemente contribuiría a menoscabar el principio de seguridad jurídica, confianza institucional y eficacia en la actuación pública.

Igualmente, resulta llamativo que no se atribuyan al nuevo organismo competencias complementarias a las que se le asignan (como por ejemplo las correspondientes a defensa y protección de los usuarios en materia de comunicaciones electrónicas), cuando las mismas no sólo se revelan como un eficaz indicador del éxito de las políticas regulatorias (basadas mayoritariamente sobre actuaciones en mercados mayoristas), sino que presentan indudables sinergias entre sí.

Por último, tal y como muestra el siguiente cuadro en el que se comparan las competencias que detentan las ANRs en el ámbito de las comunicaciones electrónicas en países de nuestro entorno, la CMT es la autoridad que cuenta en la actualidad con un menor número de las competencias que encomiendan las Directivas a las ANRs:

Competencias de los organismos reguladores de la Unión Europea en el sector de las telecomunicaciones



Fuente: CMT a partir de datos facilitados por reguladores

Pues bien, a partir de esta inusual situación inicial se propone una reducción adicional de competencias que privaría aún más al regulador de las herramientas necesarias para el cumplimiento de sus funciones.

La experiencia internacional es, pues, otra de las razones que desaconseja la transferencia al Ministerio de las competencias que propone el Anteproyecto.



E) Régimen jurídico de las tasas

El mandato contenido en la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), que en su artículo 12 señala que las tasas administrativas irán destinadas a cubrir *“en total solamente los gastos administrativos que ocasionen la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, de los derechos de uso y de las obligaciones específicas a que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 6, pudiendo quedar incluidos gastos de cooperación internacional, armonización y normalización, análisis de mercado, respeto de las normas y otros controles de mercado, así como el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica de derecho derivado y de decisiones administrativas, como pueden ser decisiones sobre el acceso y la interconexión”*

En relación con la citada cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar la Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, al que la Directiva de Autorización vino a sustituir, ha señalado que las tasas impuestas a los operadores de redes y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas al amparo de esa norma sólo pueden destinarse para sufragar los gastos que originen las actividades de expedición, gestión, control y ejecución del régimen de autorización general previsto en la regulación. Este concepto debe entenderse en sentido amplio, al menos para incluir los denominados “gastos administrativos generales” (Sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2006, asuntos C-392/04 y C-22/04; “I-21 Germany” y “Arcor”, párrafo 32). Esta línea jurisprudencial ha tenido su continuidad en las sucesivas modificaciones del marco comunitario, que han vinculado dichas tasas a la financiación exclusiva de la actividad regulatoria de la ANR.

Ha sido voluntad del legislador que la CMT, desde su creación, tenga patrimonio independiente vinculado al cumplimiento de la función de dicho organismo.

F) Régimen jurídico y condiciones del personal de la CNMC.

La creación de agencias reguladoras técnicas independientes viene respondiendo, en general, al objetivo de establecer un organismo técnico especializado cuyo mandato no esté vinculado a periodos legislativos.

Existe un consenso internacional muy amplio en considerar que el adecuado funcionamiento de estos organismos altamente especializados depende de manera decisiva de su capacidad para atraer y retener personal con una cualificación similar al de las empresas reguladas. Ello exige dotarlos de la flexibilidad necesaria para reclutar el personal adecuado, así como proporcionarles los medios financieros que permitan asegurar que el nivel sus retribuciones, aunque pudiendo ser inferior, no se desvíe excesivamente del percibido por el personal de las empresas reguladas.

Por esta razón, el personal de la CMT, al igual que el de la CNE y la CNMV, ha tenido desde sus inicios la condición de personal laboral. Estos organismos han contado también con una flexibilidad operativa mayor que el resto de la administración y con una amplia autonomía financiera asociada a la obtención de sus ingresos a través de tasas exigidas a los operadores del sector, lo que ha permitido incorporar profesionales de alta cualificación y adecuadamente remunerados.



El Anteproyecto supone en este ámbito un alejamiento sustancial de la nueva CNMC con respecto al funcionamiento que ha caracterizado en el pasado a la CMT y la CNE, poniendo seriamente en cuestión la eficacia de sus actuaciones:

- Se establece que el personal del organismo podrá ser laboral o funcionario.
- La CNMC deberá contar con una relación de puestos de trabajo en la que constarán aquellos que deban ser desempeñados en exclusiva por funcionarios públicos por consistir en el ejercicio de funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales del estado y de las AAPP.
- La CNMC deberá contar con un catálogo, determinado reglamentariamente, en el que se determinarán los puestos de naturaleza directiva. El personal directivo deberá ser funcionario de carrera del Subgrupo A1, pudiéndose cubrir dichos puestos, con carácter excepcional, en régimen laboral mediante contratos de alta dirección.
- La modificación de las condiciones retributivas, tanto del personal directivo, como del resto del personal, requerirá informe previo y favorable del Ministerio de Hacienda.

La CMT considera que el gobierno debería replantearse este aspecto de la reforma. Por un lado, no parece que existan razones que justifiquen que la CNMC deba funcionar con menor flexibilidad de la que disponen los organismos independientes del sector financiero español: la CNMV y el BE.

Por otra parte hay que señalar que esta dualidad de regímenes de personal propuesta en el texto del Anteproyecto puede redundar en una suerte de “doble escala profesional” dentro de un mismo Organismo. Dicha dualidad puede traer efectos negativos en el funcionamiento interno de la futura Comisión, así como ineficiencias, dificultades y complejidades añadidas en la gestión de sus recursos humanos:

- La gestión de los recursos humanos a nivel retributivo, de jornada laboral, vacaciones, permisos, negociación colectiva, etc., de dos colectivos de personal sujetos a regímenes jurídicos tan diferenciados (con procesos selectivos, jornadas laborales, escalas retributivas, normativa reguladora, etc. diferentes), va a ser muy compleja y menos eficiente, máxime cuando en algún Organismo a integrar en la nueva Comisión –La Comisión Nacional de Energía- existe además un Convenio Colectivo propio; y sin olvidar que se puede dar igualmente un posible sentimiento de agravio comparativo entre unos grupos y otros.
- Derivado de los comentarios anteriores, la elaboración y gestión de la relación de puestos de trabajo de la futura Comisión que establece el Apartado 6 sería una tarea muy compleja y restará la necesaria eficiencia, flexibilidad y movilidad en la asignación de efectivos a las tareas y puestos necesarios en cada momento.

Por lo tanto, para evitar o minimizar los efectos negativos de la citada dualidad de regímenes de personal propuestos por el texto del Anteproyecto de Ley, una alternativa consistiría en establecer un régimen único de personal laboral (con la posibilidad de que los funcionarios puedan integrarse en igualdad de condiciones, pasando a la situación de servicios en otras Administraciones Públicas, conforme al artículo 88 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público), o bien restringir la reserva establecida a



favor de los funcionarios de carrera a aquellos puestos que de manera efectiva impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales, manteniendo en todo caso lo señalado en la Disposición transitoria 5ª del Anteproyecto.

En todo caso esta Comisión no estima conveniente imponer el requisito de que el personal directivo deba ser necesariamente funcionario. Hasta la fecha el personal laboral de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones viene desempeñado de manera satisfactoria las funciones que implican el ejercicio de potestades públicas (por ejemplo, las potestades de inspección y de aplicación del régimen sancionador establecidas en la vigente LGTel); asimismo la legislación vigente en materia de telecomunicaciones, y en concreto los artículos 50 a 58 de la LGTel permiten expresamente que el personal laboral de esta Comisión desempeñe tanto las funciones de inspección (artículo 50.6 de la citada Ley) como las de tramitación y aplicación del régimen sancionador (artículos 56 y 58 de la citada Ley); y en general, a juzgar por los resultados habidos hasta ahora, ese mismo personal laboral han venido salvaguardando adecuadamente el interés general.

G) Otras consideraciones.

De acuerdo con lo previsto en la LES para mejorar las iniciativas normativas de las AAPP, la CMT recomienda realizar una consulta pública sobre la reforma en la que puedan participar todos los agentes interesados y contribuir así a mejorar el texto del Anteproyecto.

Asimismo, la CMT considera que el Anteproyecto no aborda de manera suficiente la fase de transición desde la aprobación de la Ley hasta la entrada en funcionamiento del nuevo organismo.

II. OBJETO DEL INFORME, ESTRUCTURA Y HABILITACIÓN COMPETENCIAL.

II.1 OBJETO DEL INFORME

El Anteproyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de Mercados y la Competencia (en adelante, el Anteproyecto) tiene como objeto agrupar en un solo organismo las funciones relativas al correcto funcionamiento de los mercados y sectores supervisados que hasta la fecha tenían atribuida la Comisión Nacional de la Energía (CNE), Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), la Comisión Nacional Postal (CNP), así como las atribuidas a otros organismos tales como el Comité de Regulación Ferroviaria (CRF), la Comisión de Regulación Aeroportuaria (CRA) y el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales¹⁸ (CEMA).

Según se afirma en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, la revisión del sistema de funcionamiento de dichos organismos responde a criterios de seguridad jurídica, confianza institucional y a la necesidad de evitar el riesgo de duplicidades y decisiones contradictorias

¹⁸ Sin embargo, debe tenerse en cuenta que algunos de ellos se encuentran creados únicamente desde el punto de vista normativo, pero no desarrollan funciones en la actualidad.



que pudieran derivar de una proliferación de organismos. Asimismo, a través de esta medida se quieren aprovechar las economías de escala derivadas de la existencia de funciones de supervisión idénticas o semejantes, metodologías y procedimientos de actuación similares y, sobre todo, del uso común de conocimientos y experiencia, lo cual se entiende aún más imperante en un entorno de austeridad como el presente.

El objeto del presente informe consistirá esencialmente en analizar, desde una perspectiva técnica, aquellos aspectos del Anteproyecto que afecten a la configuración del nuevo organismo en su dimensión de Autoridad Nacional de Reglamentación en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, a la luz de los perfiles que a las mismas da el marco normativo comunitario. Igualmente se tratará de poner de manifiesto, en base a la experiencia de la CMT desde el año de su creación en 1996, qué riesgos resultan, en el sector de las comunicaciones electrónicas y del audiovisual, de una reestructuración y reparto de funciones como los propuestos en el Anteproyecto.

II.2 ESTRUCTURA DEL INFORME

La estructura del presente informe se articula como sigue:

- En una primera parte, en el apartado de observaciones generales, se exponen con carácter general las exigencias y previsiones del marco regulador armonizado en el ámbito de las comunicaciones electrónicas y servicios audiovisuales y, en particular, la necesaria independencia de las Autoridades Nacionales de Reglamentación (en adelante, ANRs) y la delimitación funcional y sistemática de las potestades que deben atribuirse a las ANRs en el desarrollo de sus funciones. Sobre este último aspecto, se analiza cómo, sin perjuicio de la potenciación de la coordinación, la unificación de las funciones en la CNMC no puede justificar la reducción del ámbito de la regulación ex ante y el vaciamiento de competencias de la CNMC como ANR independiente en el ámbito de las comunicaciones electrónicas. Además, se analizan las tendencias internacionales del entorno para examinar sus posibles puntos de conexión y diferencias con el modelo español vigente y propuesto. En línea con estas tendencias y para cumplir con los objetivos de la reforma, se apunta la necesidad de aprovechar las sinergias creadas para aunar desde un punto de vista organizativo el ejercicio de competencias en los ámbitos de las comunicaciones electrónicas y audiovisual. Esta primera parte se divide, a su vez en los siguientes epígrafes:
 - 1º) la integración de la autoridad de competencia con los reguladores sectoriales de carácter no financiero;
 - 2º) Observaciones generales sobre las atribuciones competenciales de la CNMC.
 - 3º) Análisis comparativo de otros países del entorno comunitario.
 - 4º) Observaciones generales sobre las funciones de la futura CNMC
 - 5º) El entorno convergente de las comunicaciones electrónicas y del sector audiovisual.
- En una segunda parte del informe (Comentarios de carácter particular al articulado), se examina con carácter sistemático el articulado del Anteproyecto, con especial mención a la división competencial, considerando el marco comunitario actualmente vigente de comunicaciones electrónicas, transpuesto principalmente a través de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en adelante,



LGTel). Para ello, se abordará la totalidad del articulado tal y como éste se estructura el Anteproyecto de creación de la CNMC, que se articula en los siguientes capítulos: Capítulo I- naturaleza y régimen jurídico; Capítulo II- funciones, junto con las Disposiciones Adicionales 3ª, 6ª y 7ª; Capítulo III-órganos de gobierno; Capítulo IV, organización de la CNMC; Capítulo V- transparencia y responsabilidad.

- Por último se incluye un Anexo con las modificaciones propuestas al articulado del Anteproyecto.

II.3 HABILITACIÓN COMPETENCIAL

El artículo 48.4.h) de la LGTel incluye entre las funciones de esta Comisión la de “asesorar al Gobierno y al Ministro de Industria, Energía y Turismo, 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, especificaciones técnicas de equipos, aparatos, dispositivos y sistemas de telecomunicación; planificación y atribución de frecuencias del espectro radioeléctrico, así como pliegos de cláusulas administrativas generales que, en su caso, hayan de regir los procedimientos de licitación para el otorgamiento de concesiones de dominio público radioeléctrico.”

El presente Informe se emite, por tanto, al amparo de las mencionadas competencias de asesoramiento y de informe preceptivo que ostenta esta Comisión.

III. COMENTARIOS DE CARÁCTER GENERAL AL ANTEPROYECTO

III.1 Integración de la autoridad de competencia con los reguladores sectoriales de carácter no financiero.

El Anteproyecto integra las funciones de varios organismos reguladores sectoriales en un único organismo, la CNMC que, además, asume también las funciones de la autoridad nacional de competencia. Con esta integración de las funciones de regulación y supervisión se persigue una mayor economía de medios y una mayor eficacia, resultado de aunar los conocimientos de los reguladores sectoriales evitando posibles duplicidades o incongruencias en las decisiones a adoptar.

Sin embargo, en opinión de la CMT, la integración de la autoridad de competencia y los reguladores sectoriales en un único organismo plantea una serie de cuestiones que deben ser objeto de valoración.

De acuerdo con la teoría económica, el objetivo de las autoridades públicas debería ser maximizar el beneficio de los ciudadanos. Los mercados son el mejor medio para asegurar ese objetivo y los gobiernos solo deberían intervenir en las economías cuando su funcionamiento no consiga ese objetivo por la existencia de algún fallo del mercado.



En el ámbito de las telecomunicaciones uno de los principales fallos del mercado es el poder de mercado de uno o varios operadores, lo que puede provocar precios excesivos de los servicios, baja calidad de los mismos e insuficiente innovación. Otro fallo del mercado son las asimetrías de información: a menudo los consumidores tienen dificultades para conocer el precio de los servicios, lo que puede dificultar la elección entre los servicios que proporcionan los distintos competidores del mercado.

Para abordar estos fallos del mercado, los poderes públicos disponen de varios instrumentos legales que deben combinar de la manera más eficiente: la regulación sectorial *ex ante*, la legislación de defensa de la competencia y la de protección de los consumidores.

La teoría económica distingue claramente entre la actuación del regulador sectorial y la de la autoridad de defensa de la competencia. Se entiende que ésta supervisa sectores cuya estructura industrial es compatible con el normal funcionamiento de los mecanismos competitivos, mientras que la regulación se aplica a sectores concretos cuya estructura es tal que no cabe esperar que la competencia pueda operar sin limitaciones sustanciales.

Dicho de otro modo, la regulación sectorial se aplica a estructuras de mercado insatisfactorias, mientras que la defensa de la competencia aborda, en general, comportamientos insatisfactorios de las empresas en mercados competitivos. Los actuales mercados de telecomunicaciones parten de un régimen tradicional de monopolio, por lo que el establecimiento de mercados que funcionen en competencia efectiva es un proceso gradual que requiere la garantía del acceso a las redes por parte de los operadores entrantes a través de la regulación sectorial. Por su parte, la normativa general de competencia se ejerce con carácter horizontal, y sin excepciones, sobre todos los sectores de la economía, incluso en los que *a priori* no se detectan problemas para la competencia.

Los organismos reguladores, considerados ANRs en el marco normativo europeo de las comunicaciones electrónicas, y las autoridades de competencia velan, pues, por objetivos diferentes con cauces procedimentales distintos, y por ello están dotados de instrumentos que les son propios.

Los objetivos encomendados a los organismos reguladores sectoriales exigen tomar en consideración aspectos que van más allá de la mera aplicación de los postulados de competencia. En concreto, el marco normativo europeo de las comunicaciones electrónicas (artículo 8 de la Directiva Marco) establece tres objetivos para las ANRs de este sector. El primero se refiere al fomento de la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios recursos y servicios asociados. El segundo se centra en la necesaria contribución de las ANRs a la consecución del mercado interior, lo que entre otros medios se concreta a través de los mecanismos de coordinación institucional existentes (en particular a través del ORECE, Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas). En tercer lugar, las ANRs tienen la misión de promover los intereses de los ciudadanos de la Unión. Las ANRs se encuentran facultadas para adoptar todas las medidas que estén encaminadas a la consecución de esos tres objetivos siempre que los principios reguladores sean de carácter objetivo, transparente, no discriminatorio y proporcionado. Así pues, los objetivos encomendados a las ANRs exigen tomar en consideración aspectos que van más allá de la mera aplicación de los postulados de competencia, debiendo velar, por ejemplo, por la promoción de la inversión eficiente en materia de infraestructuras y por el fomento de la innovación debiendo velar, por ejemplo, por la promoción de la inversión eficiente en materia de infraestructuras y por el fomento de la innovación. El marco normativo europeo establece estos tres objetivos para las ANRs. Sin



embargo, la conciliación de diferentes objetivos de desarrollo de un sector determinado resulta ajena a la actividad de supervisión llevada a cabo por las autoridades de competencia.

Lo anterior tiene repercusiones sobre el marco legal establecido para estos dos tipos de organismos en los estados miembros de la UE, puesto que los objetivos que se fijan para la autoridad de competencia no son los mismos que deberán fijarse para las ANRs.

Por otra parte, los instrumentos puestos a disposición de los reguladores sectoriales son más amplios y diversos que las herramientas de intervención de una autoridad de competencia que se centra en la represión de conductas susceptibles de constituir infracciones y en la supervisión de las concentraciones económicas que requieren aprobación administrativa. Así, el abanico de instrumentos disponibles por los reguladores incluye la adopción de medidas generales que afectan a la totalidad del sector (por ejemplo, a través de Circulares), o la resolución puntual -fuera del ámbito sancionador- de la problemática que se plantea constantemente en las relaciones entre operadores (incluyendo la resolución de conflictos, o la adopción de medidas singulares que en última instancia redundan en el interés de los usuarios finales). Debe además resaltarse que la naturaleza primordialmente represiva de las funciones ejercidas por las autoridades de competencia requiere de una estricta separación funcional entre los órganos de instrucción y decisión, que puede ser diferente de la existente en los organismos sectoriales, y que podría afectar al modo de funcionamiento del nuevo Consejo de la CNMC según el tipo de expediente que se estuviera tramitando.

Por último, y como consecuencia de la existencia de diferentes objetivos e instrumentos, la normativa comunitaria y nacional establece cauces procedimentales específicos para la adopción de decisiones por las ANRs, distintos de los que el derecho de competencia comunitario promueve. Entre otros aspectos, en el modelo sectorial actual de las comunicaciones electrónicas, la participación de las instituciones y organismos comunitarios (CE, ORECE, otras ANRs) es mucho más acusada que en la normativa de competencia, pudiendo incluso extenderse al ejercicio de derechos de veto en relación con la regulación de mercados.

En este contexto, la posible existencia de procedimientos paralelos, no debe verse como una incongruencia sino que es consustancial a la existencia de dos ámbitos diferentes de actuación. Los textos comunitarios existentes refrendan la validez del modelo dual, imperante en la mayor parte de los países del entorno europeo. Por ejemplo, las Directrices de la Comisión Europea sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado reconocen la posibilidad de que en la aplicación de la regulación sectorial en el ámbito de las comunicaciones electrónicas y la normativa de competencia surjan procedimientos paralelos con respecto a distintos tipos de problemas en los mercados pertinentes, pero incide en el hecho de que esta duplicidad responde a la necesidad de atender a problemas diferentes: *“la aplicación simultánea de estas soluciones por entidades reguladoras distintas abordaría problemas diferentes en tales mercados. Las obligaciones ex ante impuestas por las ANR a las empresas con PSM están al servicio de los objetivos específicos fijados en las correspondientes Directivas, mientras que las soluciones previstas en la legislación sobre competencia pretenden castigar los acuerdos o comportamientos abusivos que restringen o falsean la competencia en el mercado pertinente”*.

En definitiva, esta Comisión entiende que la distinta naturaleza de los organismos reguladores, por un lado, y de las autoridades de competencia, por otro, no abogan a favor



de la integración de las ANRs y la autoridad de competencia bajo un único organismo¹⁹. Tampoco la experiencia internacional puesto que en la inmensa mayoría de jurisdicciones europeas -y también a nivel mundial- ambas actividades (regulación sectorial y supervisión horizontal de todos los mercados) están claramente separadas. Aún cuando resulta indudable que el buen funcionamiento de los mercados requiere de un cierto nivel de coordinación entre la autoridad de competencia y los reguladores sectoriales, la misma puede desarrollarse por otros cauces, desde la asunción de las funciones de competencia por parte del regulador sectorial (como es el caso de la autoridad británica, Ofcom), hasta la promoción de protocolos y otros instrumentos que faciliten la coordinación y complementariedad de las actividades de ambos organismos.

III.2 Marco normativo comunitario

El marco regulador comunitario en el ámbito de las telecomunicaciones actualmente vigente deriva del conjunto de Directivas aprobadas en 2002 (parcialmente modificadas en 2009) consistente en una Directiva Marco y cuatro Directivas específicas²⁰. Con dichas Directivas coexiste un conjunto de Reglamentos, Decisiones y Recomendaciones.

En el caso del sector audiovisual, el marco regulador vigente de los contenidos audiovisuales viene dado por la Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007 por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, derogada por su versión codificada en la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010 sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), que en su considerando 94 señala lo siguiente:

“(94) De acuerdo con los cometidos que les impone el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los Estados miembros son responsables de la aplicación efectiva de la presente Directiva. Son libres de escoger los instrumentos convenientes de acuerdo con sus tradiciones jurídicas y las estructuras establecidas, y, en particular, la forma de sus organismos reguladores independientes competentes, a fin de poder llevar a cabo su labor de aplicación de la presente Directiva de manera imparcial y transparente. Más

¹⁹ Como se explica con más detalle en un epígrafe posterior del informe, la integración de la autoridad de competencia horizontal con los reguladores sectoriales (energía, comunicaciones electrónicas, transportes, postal, y audiovisual) que se propone en el Anteproyecto, plantea el enorme reto de diseñar un conjunto de órganos de gobierno y un esquema organizativo que permitieran a un organismo de semejante complejidad cumplir adecuadamente con la multitud y diversidad de funciones que le son encomendadas.

²⁰ Directiva 2002/21/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), Directiva 2002/20/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y a recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), 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 (Directiva servicio universal), Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas). En 2009, las directivas fueron modificadas por las Directivas 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre, por la que se modifican la Directiva marco, la Directiva acceso y la Directiva autorización, así como por la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva servicio universal, la Directiva sobre la privacidad y las comunicaciones electrónicas y el Reglamento nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.



concretamente, los instrumentos elegidos por los Estados miembros deben contribuir a fomentar el pluralismo de los medios de comunicación.”

Al amparo del marco armonizado de las comunicaciones electrónicas, las ANRs desempeñan un papel fundamental y actúan a través de diferentes instrumentos regulatorios. Tanto su configuración como sus funciones se detallan en la normativa comunitaria con el objeto de que las ANRs puedan ejercer sus competencias con imparcialidad y transparencia, objetivo primordial al que se halla orientado la Directiva Marco²¹.

Según resulta del artículo 2.g) de la Directiva Marco, las ANRs se definen como el organismo u organismos a los cuales ha encomendado un Estado miembro cualquiera de las misiones reguladoras definidas en las Directivas sobre comunicaciones electrónicas. Es decir, es precisamente su capacidad reguladora la que caracteriza su actuación, para la cual podrá adoptar todas las medidas razonables permitidas por el ordenamiento jurídico encaminadas a la consecución de los objetivos que le encomienda el artículo 8 de la Directiva Marco.

Esta naturaleza cardinal de su actuación se encuentra precisamente en el origen de la independencia de las ANRs como un elemento esencial de su configuración y actuación. Inicialmente, esta característica se concibió como garantía del principio de separación de las funciones de regulación y explotación, para asegurar la imparcialidad de sus decisiones. Con el tiempo, se vino a reforzar para abarcar “todos los recursos en cuanto a personal, competencia y medios financieros”²². Es decir, la condición de organismo independiente requiere que, junto a los medios financieros y humanos, la ANR tenga atribuidas todas aquellas competencias que le permitan el efectivo cumplimiento de sus funciones.

El cumplimiento de dichas funciones a su vez redundará en una mayor eficacia en la aplicación del marco regulador, y mediante una independencia reforzada las Directivas de 2009 (considerando 13 de la Directiva Marco) pretenden “*aumentar la autoridad y previsibilidad de sus decisiones*”. La manifestación más contundente de la independencia desde el punto de vista competencial se concreta en el referido considerando 13 de la Directiva Marco, según el cual: “(...) *A tal efecto debe disponerse expresamente en el derecho nacional que, en el ejercicio de sus cometidos la autoridad nacional de reglamentación responsable de la regulación ex ante del mercado o de la solución de litigios entre empresas esté protegida de intervenciones exteriores o presiones políticas que puedan comprometer su evaluación independiente de los asuntos que se le sometan. Tal influencia exterior hace que un organismo legislativo nacional resulte inadecuado para actuar como autoridad nacional de reglamentación con arreglo al marco regulador...*”.

Asimismo, los artículos 3.3 y la introducción del artículo 3.3 bis de la misma Directiva refuerzan esta directriz de independencia. Este último indica 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.*”

De dicho precepto y otros de la Directiva Marco resulta²³ que la independencia de las ANRs constituye un objetivo por cuyo cumplimiento deben velar los Estados miembros y según ha

²¹ Ver artículo 3 de la Directiva Marco.

²² Ver considerando 11 de la Directiva Marco.



destacado la propia Comisión Europea, dicha independencia “resulta esencial para que la reglamentación sea equitativa y eficaz”²⁴ y se refleja en varios aspectos.

Por un lado, en el ámbito organizativo, la garantía de esta independencia obliga a los Estados miembros a dotar a las ANRs encargadas de la regulación ex ante del mercado y de la resolución de litigios entre empresas de presupuestos anuales separados, así como a contar con los recursos financieros y humanos suficientes para la realización de las funciones que les son encomendadas. En relación con esta cuestión y tal y como se abordará con mayor grado de detalle en el examen del Capítulo I del Anteproyecto, algunas de las modificaciones propuestas, como la pérdida de capacidad organizativa, la adscripción ministerial o, la merma de su capacidad normativa suponen un retroceso en la independencia de la CNMC si se compara con la situación actual de la CMT.

Por otro lado, desde el punto de vista competencial, la opción de dividir las funciones entre varias ANRs en un Estado miembro, como es el caso de España, se encuentra expresamente prevista en la Directiva marco. Sin perjuicio de ello, tal y como ha establecido el propio Tribunal de Justicia, esta autonomía organizativa del Estado miembro “*sólo puede ejercerse, no obstante, respetando plenamente los objetivos y las obligaciones establecidos en esa Directiva*”²⁵. Ello implica que necesariamente el límite en la división competencial entre la CNMC y el Ministerio de Industria, Energía y Turismo se encuentra en que ambas, como ANRs y especialmente la primera como ANR independiente, puedan cumplir con los objetivos que les son asignados contando, junto con los aspectos materiales y humanos, con un elenco de competencias suficiente y definido con claridad meridiana.

A su vez, las ANRs se encuentran vinculadas por los objetivos que según las Directivas deben perseguir en el ejercicio de sus funciones²⁶. El primero se refiere al fomento de la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados. El segundo se centra en la necesaria contribución de las ANRs a la consecución del mercado interior, lo que entre otros medios se concreta a través de los mecanismos de coordinación institucional existentes (en particular a través del ORECE, Organismo de Reguladores Europeos de las Comunicaciones Electrónicas). En tercer lugar, las ANRs tienen la misión de promover los intereses de los ciudadanos de la Unión. Para ello, las ANRs se encuentran facultadas para adoptar todas las medidas que estén encaminadas a la consecución de los mismos, siempre que los principios reguladores sean de carácter objetivo, transparente, no discriminatorio y proporcionado²⁷.

Tanto los objetivos, cuya consecución se encomienda a las ANRs, como el ejercicio de las competencias se interpretan conforme a la Jurisprudencia comunitaria con carácter amplio y finalista. A título de ejemplo, se ha confirmado la posibilidad de aplicar medidas regulatorias aunque no se encontrasen expresamente previstas en el marco normativo armonizado cuando ello se encuentre justificado por la introducción de la competencia²⁸. Inversamente, las disposiciones nacionales que comporten una atribución de facultades de supervisión de

²³ Ver artículo 3.2 de la Directiva Marco.

²⁴ En el informe de implementación de 2009:

http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/implementation_enforcement/annualreports/15threport/comm_es.pdf

²⁵ Sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2010, C-389/09, apartado 26.

²⁶ Ver artículo 8 de la Directiva Marco.

²⁷ Ver artículos 8.1 y 8.5 de la Directiva Marco.

²⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de noviembre de 2008, C-227/07, apartados 62 y 63.



carácter genérico a una ANR en el ámbito de las comunicaciones electrónicas se han considerado como un incumplimiento del marco regulatorio armonizado²⁹.

Por último, aunque las Directivas según la revisión de 2009 no han sido transpuestas al Derecho español, el límite y el marco de cualquier modificación normativa en materia de comunicaciones electrónicas como la propuesta en el Anteproyecto (o, en su caso, la modificación de la LGTel como resultado de la transposición de las Directivas de 2009) debe realizarse conforme con el principio de cooperación que pesa sobre los Estados miembros (artículo 4 TUE) y del necesario carácter útil de la consecución de los objetivos de las Directivas. Conforme a reiterada Jurisprudencia, una modificación normativa debe atender *“a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al artículo 249 CE, párrafo tercero”*³⁰ con el límite de abstenerse de aplicar, en su caso, cualquier disposición en la medida en que tal aplicación conduzca, en las circunstancias del litigio, a un resultado contrario a dicha Directiva³¹. En similar sentido, debe tenerse en cuenta que los Estados miembros deben abstenerse de tomar medidas que puedan comprometer los objetivos perseguidos por una Directiva, también antes de que termine el periodo de transposición³².

Por tanto, de las Directivas y la Jurisprudencia comunitaria se desprende que el efecto útil de las Directivas y las competencias que expresamente se reservan a las ANRs independientes conforme al artículo 3.3 bis de la Directiva marco (*“regulación ex ante del mercado”, “resolución de litigios entre empresas”*³³ y su participación a nivel del organismo comunitario-ORECE- para una aplicación coherente del marco regulatorio³⁴) deben interpretarse en el marco de la consecución de los objetivos que las propias Directivas adscriben a las ANRs con carácter general, es decir, con carácter amplio y finalista respecto a dichos objetivos.

En los siguientes apartados del presente informe se examina en qué medida la distribución competencial propuesta en el Anteproyecto cumple con los principios y normas examinadas.

III.3 Observaciones generales sobre las atribuciones competenciales de la CNMC.

El reparto de competencias propuesto en el Anteproyecto parte de la premisa de que los organismos reguladores, entre ellos la CMT, ostentan, competencias *“más amplias que las requeridas por la normativa europea”*. Por este motivo, delimita qué competencias puede ejercer para garantizar la libre competencia, la transparencia y pluralidad de la oferta, limitándose éstas a la definición de mercados *“para la imposición de obligaciones específicas”*. El segundo ámbito material de su intervención se relaciona con la resolución de conflictos entre operadores en el ámbito de acceso e interconexión, guías telefónicas, uso compartido o aspectos concretos de portabilidad³⁵. El Anteproyecto prevé una

²⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de septiembre de 2002, C-221/01

³⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia de 22 de mayo de 2003, asunto C-462/99.

³¹ Véanse las sentencias de 13 de noviembre de 1990, Marleasing, C-106/89, Rec. p. I-4135, apartado 8; de 1 de febrero de 1977, Verbond van Nederlandse Ondernemingen, 51/76, Rec. p. 113, apartado 22; de 26 de febrero de 1986, Marshall, 152/84, Rec. p. 723, apartado 48, y de 24 de octubre de 1996, Kraaijeveld y otros, C-72/95, Rec. p. I-5403, apartado 55; de 5 de octubre de 2004, Pfeiffer y otros, C-397/01 a C-403/01, Rec. p. I-8835, apartado 110, y de 22 de diciembre de 2010, Gavieiro Gavieiro e Iglesias Torres, C-444/09 y C-456/09, Rec. p. I-0000, apartado 72

³² Sentencia de 18 de diciembre de 1997, Inter-Environnement Wallonie ASBL, C-129/96, Rec. pl-7411, apartado 50.

³³ Ver artículo 3 bis, segundo párrafo de la Directiva Marco.

³⁴ Ver artículo 4.2 del Reglamento 1211/2009, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por el que se establece el ORECE y la Oficina.



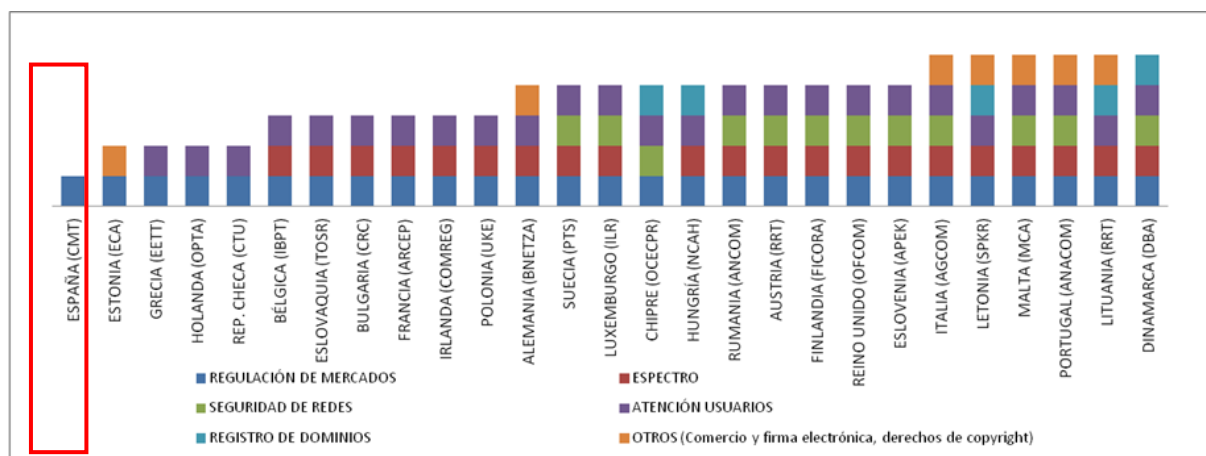
competencia de cierre con carácter subsidiario a favor de los respectivos ministerios de las funciones que no se atribuyen expresamente a favor de la CNMC³⁶ justificada en la asunción de *“todas aquellas tareas de índole administrativa que venían ejerciendo los organismos reguladores, para cuyo desempeño no se requiere una especial independencia”*.

Con carácter preliminar, cabe destacar que en el caso de las comunicaciones electrónicas no puede concluirse que la CMT como ANR cuente con más competencias que las que se le podrían atribuir conforme al marco regulatorio, a diferencia de las conclusiones a que se refiere el Anteproyecto. La LGTel actualmente vigente, en la que se trasponen las Directivas de 2002, de hecho no atribuye a la CMT todo el elenco de actuaciones regulatorias que corresponde a las ANRs en aplicación de las Directivas, ya que en España las funciones se dividen entre la CMT y otros organismos.

En primer lugar, tal y como a continuación se demuestra, esta separación competencial apunta en sentido inverso a la tendencia que se observa en el entorno comparado, y contradice la voluntad expresada en el Anteproyecto según la cual la presente reforma quiere alinearse con el modelo europeo.

Tal y como resulta del siguiente cuadro en el que se comparan las competencias que detentan las ANRs en el ámbito de las comunicaciones electrónicas en países de nuestro entorno, la CMT es la autoridad que cuenta en la actualidad con un menor número de las competencias que encomiendan las Directivas a las ANRs:

Gráfico 1. Competencias de los organismos reguladores en el sector de las telecomunicaciones



Fuente: CMT sobre datos facilitados por reguladores

De la información del gráfico anterior se desprende que el resto de países de Europa han optado por incrementar de forma progresiva las competencias de las ANRs independientes, en el ámbito de las comunicaciones electrónicas. Concretamente, la gran mayoría desarrollan, además de las funciones de regulación de mercados, competencias en espectro y protección de los usuarios y en algunos casos asumen competencias en seguridad de redes, registro de dominios y otras actividades.

Por otro lado, el Anteproyecto cita el caso de los Países Bajos como ejemplo de regulador convergente de la competencia y las telecomunicaciones. Sin embargo, el proceso de

³⁵ Los referidos ámbitos de actuación material se entienden sin perjuicio de las demás competencias atribuidas a la CNMC con carácter general, entre otros, consultivas, de estudios o sancionadoras.

³⁶ Ver D.A. 3ª del Anteproyecto.



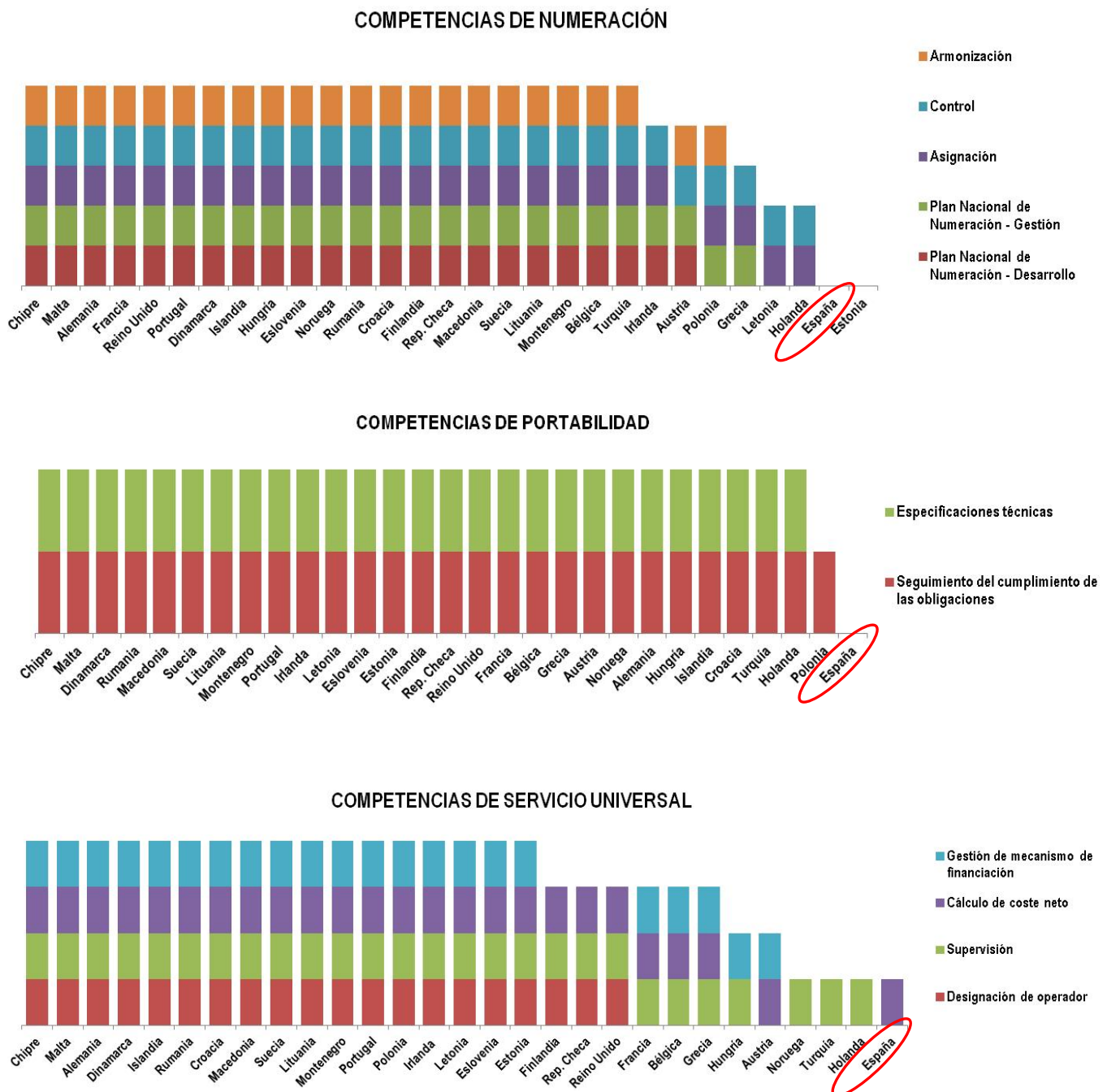
COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

integración holandés aún no ha concluido (no se ha aprobado la correspondiente Ley) y no ha dado lugar a una reducción de funciones como consecuencia de su proceso de fusión.

Al margen de que, en puridad, como se explica más adelante en este informe, el modelo holandés no se ajustaría a la definición de regulador convergente³⁷, es importante señalar que en términos de población y territorio el modelo holandés no se encontraría entre los ejemplos más cercanos al caso español, como sí es el caso de Francia, Italia, Reino Unido o Alemania. En todos estos países, como se observa del gráfico anterior, la ANR asume al menos dos ámbitos competenciales adicionales al de la regulación de los mercados: espectro y atención a usuarios.

Específicamente en lo que concierne a algunas de las competencias que se transferirían ahora al Ministerio de Industria, Energía y Turismo el resultado comparativo resulta esclarecedor, ya que mayoritariamente todas las competencias que se transfieren se ejercen por la ANR independiente, tal y como confirman los siguientes gráficos:

Gráfico 2. Competencias del organismo regulador independiente en materia de numeración, servicio universal y portabilidad





Las gráficas anteriores, elaboradas a partir de datos facilitados por los reguladores de dichos Estados, resultan especialmente significativas si tenemos además en cuenta que, tal y como se ha indicado en el apartado anterior, las Directivas de 2009 amplían las competencias de las ANRs independientes.

La integración sectorial y en especial la unificación bajo un mismo organismo de la regulación ex ante y ex post puede ser un motivo para reducir el ámbito de la regulación ex ante a una función de supervisión por parte de la CNMC. Ello no sólo contravendría la consecución de los objetivos y funciones que las ANRs independientes tienen encomendadas en el ámbito de las comunicaciones electrónicas al que se ha hecho referencia en el apartado anterior, sino que podría tener por efecto desvirtuar el carácter complementario de la regulación ex ante de los mercados de comunicaciones electrónicas y el ejercicio del control ex post y que ha sido reconocido por el marco normativo europeo³⁸, así como en la práctica decisoria de la Comisión y Jurisprudencia europea³⁹. Por tanto, este punto de vista también justifica el mantenimiento de las competencias de regulación ex ante que hasta ahora ha ejercido la CMT en la CNMC.

En segundo lugar ha de señalarse que la significativa reducción del ámbito de las competencias que ejercerá la CNMC en materia de comunicaciones electrónicas en comparación con las que hasta ahora ha venido ejerciendo la CMT, consecuencia tanto de la enumeración competencial como de las competencias adicionales atribuidas al Ministerio de Industria, Energía y Turismo y de la cláusula residual a favor de dicho Ministerio, pone en riesgo la consecución de los objetivos y de las funciones que el marco armonizado comunitario atribuye a las ANRs independientes y priva a las Directivas de su efecto útil, lo que puede comprometer su independencia, ya que, como se ha indicado en el apartado anterior, ésta también se predica desde el punto de vista competencial.

Esta merma de la independencia de las ANRs se refleja especialmente en el tratamiento que el Anteproyecto hace de las competencias reforzadas que el nuevo marco comunitario le atribuye, esto es, de la regulación ex ante del mercado, la resolución de conflictos y la participación de la ANR en el grupo de reguladores europeos, ORECE. Estas competencias se hallan reservadas por la Directiva a las ANRs independientes:

- Respecto a la función de fomento y salvaguarda de la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas, en el Anteproyecto dicha función se circunscribe exclusivamente a *“definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas”*. Sin embargo, siendo dicho análisis un elemento esencial y debiendo contar con todos los instrumentos necesarios para ello, el mismo se enmarca dentro de un conjunto de actuaciones necesariamente más amplio para cumplir debidamente con los objetivos de la Directiva y así se ha plasmado en la LGTel actualmente vigente.

La limitación de funciones que recoge el Anteproyecto afecta a tres principios que articulan la intervención regulatoria, como son la proporcionalidad, la consistencia y la flexibilidad. A su vez, esta limitación puede suponer una menor efectividad en la actuación que se requiere para cumplir eficazmente con el fomento y salvaguarda de la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas.

³⁹ Decisión de la Comisión Europea de 21 de mayo de 2003, COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 – Deutsche Telekom AG, Sentencia del Tribunal de Justicia de 14 de octubre de 2010, Deutsche Telekom/Comisión, C-280/08, apartado 92



Ha de tenerse en cuenta que esas funciones adicionales a la regulación específica de los mercados pertinentes constituyen un valiosísimo mecanismo para modular, por una vía más flexible, el comportamiento de los operadores en el mercado, independientemente de que tengan declarada una posición significativa de mercado. Dicha modulación permite adaptar el funcionamiento de un mercado concreto a situaciones competitivas (o de falta de desarrollo competitivo) que acaecen de manera imprevista y requieren atención particularizada sin tener que acudir al mecanismo más rígido de la imposición, con carácter general, de una medida regulatoria de obligaciones de mercado.

Concretamente, el reparto de funciones excesivamente rígido propuesto en el Anteproyecto podría suponer en algunos casos un impedimento a la hora de adoptar medidas precisas y eficaces en relación con los problemas identificados en los mercados, pudiendo tales medidas resultar excesivas en caso de afectar a la totalidad del mercado o, en otros casos, insuficientes por no contar con la habilitación competencial adecuada y suficiente para una intervención específica. También debe tenerse en cuenta que los instrumentos sectoriales suponen la intervención en materias vinculadas a los mercados regulados, como demuestra el caso de la intervención regulatoria realizada por esta Comisión en el ámbito de las redes de nueva generación (NGAs) donde coexisten obligaciones ex ante a los operadores con PSM junto con la necesidad de establecer obligaciones simétricas a todos los operadores presentes en el mercado que aseguran la compartición de las infraestructuras en el interior de edificios.

Los instrumentos regulatorios para el fomento y salvaguarda de la competencia deben además contar con la necesaria flexibilidad en el ejercicio de la función regulatoria ex ante para adaptarse a mercados con un elevado cambio tecnológico y dinamismo competitivo. En el ámbito de la neutralidad de redes⁴⁰, la imposición de obligaciones podría además requerir de actuaciones que no se circunscriben al ámbito de la revisión de los mercados.

Además, la propia enumeración restrictiva de las competencias concretas del artículo 5 del Anteproyecto choca con el enunciado amplio al inicio de dicho artículo, conforme al cual la función genérica de supervisión del funcionamiento de los mercados tiene por objeto *“garantizar la libre competencia, la transparencia y la pluralidad de la oferta”*. Por tanto, tal objeto genérico incorpora los principios de proporcionalidad, consistencia y flexibilidad con que debe realizarse la regulación ex ante en el sector de las comunicaciones electrónicas y, en consonancia, debe implicar una enumeración más amplia de competencias que la propuesta en el Anteproyecto para poder cumplir con dicho objeto.

- Otro ámbito de competencias que se reservan con carácter exclusivo a las ANRs independientes se encuentra en los artículos 20 y 21 de la Directiva marco y se refiere a las potestades de intervención en materia de conflictos. El ámbito de intervención resulta muy amplio y abarca la resolución de cualquier litigio entre empresas derivado de cualquiera de las Directivas y la imposición de obligaciones en armonía con la regulación de mercados establecida.

La disociación en dos organismos diferentes, CNMC y Ministerio de Industria, Energía y Turismo en la intervención de los conflictos entre operadores resultante de

⁴⁰ Consagrado en el artículo 8.1, segundo párrafo de la Directiva Marco como uno de los objetivos de las ANRs (en similar sentido, véanse considerandos 35 y 40 de la Directiva marco de 2009).



las competencias de imposición de obligaciones transferidas a dicho organismo vulnera la reserva de competencias establecida en las Directivas y restringe en exceso las potestades atribuidas en la LGTel y ejercitadas hasta ahora por la CMT para garantizar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios.

En concreto, la nueva división competencial no se justifica en atención a los objetivos perseguidos por la reforma, ya que incrementaría las posibilidades de tramitación paralela de conflictos o litigios entre operadores con resultado distinto en función del organismo que intervenga, lo que indudablemente contribuiría a menoscabar el principio de seguridad jurídica, confianza institucional y eficacia en la actuación pública.

- En cuanto a la participación en el ORECE, ésta se encuentra prevista en el marco normativo armonizado. Concretamente, el Reglamento 1211/2009 lo configura como un foro exclusivo de cooperación entre las ANRs entre sí y entre éstas y la Comisión Europea. La participación en el ORECE corresponde a la CNMC como ANR independiente (artículo 4 del referido Reglamento). Por ello, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo no podría participar en el ORECE sin incurrir en una infracción del marco comunitario, puesto que no es una ANR independiente. En segundo lugar y puesto que la participación en el ORECE exige que se haga a través del regulador independiente y no admite que los gobiernos dirijan instrucciones a sus miembros, España perdería capacidad de influir en la regulación europea y de contribuir a la aplicación coherente de la regulación armonizada en el caso de que las competencias de la CNMC no estén alineadas con las del ORECE, como resulta de la distribución realizada en el Anteproyecto.

Junto a estas competencias “reservadas”, y tan importantes como las mismas, se halla la atribución a la ANR independiente de aquellas otras funciones que, sin hallarse específicamente reservadas, aseguran un adecuado despliegue de la actividad regulatoria con unas ciertas garantías de eficacia por parte de la ANR. En este sentido, una interpretación literal de la atribución competencial hecha en la Directiva podría hacer estériles los esfuerzos de fomento de la competencia en el mercado realizados por la ANR, al privarle de otros mecanismos auxiliares que permiten ordenar adecuadamente y de manera coherente con su propia regulación el mercado en cuestión.

En el ámbito del Derecho Comunitario es *communis opinio* entre los tratadistas que la interpretación literal de las Directivas resulta particularmente desaconsejable.

En primer lugar, por la simple consideración práctica de existir 23 versiones lingüísticas, todas ellas auténticas, con implicaciones no siempre coincidentes; circunstancia que da lugar a no pocos conflictos interpretativos que han de ser solventados ante el TJUE.

En segundo lugar, por la necesidad de garantizar el efecto útil del Derecho comunitario. El principio de efecto útil impone que la interpretación (y por ende la transposición) que se haga del Derecho comunitario tienda a hacer efectiva la finalidad última perseguida por la norma comunitaria en cuestión.

Ello exige acudir, en la interpretación o transposición de la norma comunitaria a una interpretación de carácter finalista y no puramente literal.

En el marco de las comunicaciones electrónicas, dos parecen ser los rasgos característicos que las Directivas rectoras (y básicamente la Directiva Marco) atribuyen a las ANRs: independencia y eficacia. Las propias Directivas señalan como objetivo sustancial el reforzamiento de ambos aspectos.



En este sentido, el Anteproyecto prevé el trasvase de competencias que hasta el momento venían siendo ejercidas por la ANR independiente hacia el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, fundada, en palabras del Anteproyecto, en el hecho de tratarse de tareas de índole administrativa que no se hallan específicamente atribuidas por el marco comunitario a la ANR independiente.

Sin cuestionar la autonomía institucional que el propio Derecho Comunitario reconoce al Estado en aras a determinar su organización administrativa, el referido trasvase no sólo parece ir en sentido contrario a la tendencia imperante en el resto de Europa (tal y como reflejan las gráficas expuestas), sino que incluso permiten plantearse si pueden afectar a la consecución de los objetivos marcados por la Directiva.

No resulta sencillo abordar el debate de si la transferencia de competencias de la autoridad independiente hacia el Ministerio supone una merma de la independencia en el ejercicio de competencias por parte de la ANR, pues se carecen de referencias claras al respecto.

Sin embargo, menos controvertido resulta el análisis de si tal ablación de competencias en la ANR independiente resta eficacia a su tarea regulatoria. Dichas funciones no sólo constituyen un elemento auxiliar de valiosísima eficacia para que la autoridad reguladora pueda complementar o modular su actividad de disciplina de los mercados, sino que, en muchas ocasiones, se erigen en instrumento indispensable para el despliegue de las competencias que le son propias. Sin ellas, la tarea regulatoria queda seriamente comprometida, cuando no privada totalmente de eficacia.

En este sentido, existen tareas que, en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, el Anteproyecto prevé pasen al Ministerio de Industria, Energía y Turismo. Sin embargo, dichas tareas no pueden calificarse como administrativas. Por el contrario, éstas se encuentran esencialmente vinculadas al ejercicio de las competencias atribuidas a las ANRs independientes en el ámbito de las comunicaciones electrónicas y por tanto existe una clara justificación para que dichas competencias continúen siendo ejercidas por la CNMC.

A modo de ilustración pueden citarse varios ejemplos. Por un lado, el Registro de operadores, que proporciona información valiosa sobre los oferentes y demandantes en un determinado mercado, por lo que razones de eficacia aconsejan mantener esta tarea en el ámbito de las funciones de la CNMC. Igualmente, los datos del Registro de operadores resultan un instrumento fundamental no sólo para la recaudación de tasas, sino para el análisis de los mercados de las comunicaciones electrónicas, al permitir identificar a los operadores a los que es preciso dirigirse para recabar la información. El análisis de dicha información se materializa en estudios específicos que abordan el seguimiento y control de los mercados de comunicaciones electrónicas.

Lo mismo sucede con la asignación de numeración que, junto con las funciones de control y gestión de la misma, resulta esencial para verificar la necesidad de revisión y regulación de determinados mercados. Un tercer ejemplo lo constituyen las tareas vinculadas a la determinación del coste neto del servicio universal, así como los beneficios no monetarios del mismo y la gestión del mecanismo de financiación del servicio universal. En relación con esta función, esta Comisión considera que, lejos de poder ser consideradas administrativas, se trata de funciones esencialmente técnicas que requieren un minucioso análisis y verificación de un elevado volumen de información, que se obtiene además de las funciones de regulación, particularmente de la función de análisis de los mercados.

La tendencia internacional a la atribución de competencias con carácter adicional a lo estrictamente previsto como competencias que necesariamente debe realizar la ANR independiente (ver gráficos 1 y 2 anteriores) confirma igualmente que las competencias que el Anteproyecto califica como administrativas forman parte esencial de los instrumentos con



que toda ANR debe contar para el debido ejercicio y cumplimiento de los objetivos que tiene encomendados.

Junto con las observaciones anteriores, la distribución de competencias en los distintos sectores recogida en el Anteproyecto tampoco cumple con los objetivos que la reforma persigue. Si lo que se pretende es otorgar mayor seguridad jurídica, confianza institucional y un enfoque regulatorio coherente no se explica el diferente tratamiento competencial entre los diferentes sectores regulados, no justificado en imposiciones del marco comunitario.

Así, la función de registro se mantiene como parte de las funciones de la CNMC en el sector postal, pero dicha función se transfiere al Ministerio de Industria, Energía y Turismo en el ámbito de comunicaciones electrónicas y audiovisuales.

Iguals diferencias se aprecian en el tratamiento de la supervisión por la CNMC de las obligaciones impuestas en el ámbito audiovisual que, sin embargo, tiene una atribución competencial a favor del Ministerio en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, por ejemplo en el ámbito del servicio universal. En relación con la cuestión específica de la supervisión de obligaciones de servicio público, esta Comisión estima conveniente por una parte la independencia del órgano que asuma estas tareas, separado del que elabora la norma (el Gobierno) y, por otro lado, aboga por que se instrumentalice la totalidad de las tareas de supervisión en la CNMC para garantizar que se aplica una visión coherente y única sobre la competencia en los mercados en todos los sectores y sobre cómo se prestan los servicios que la competencia no garantiza por sí misma.

Lo anterior se entiende sin perjuicio de establecer mayores mecanismos de coordinación en la ejecución de los diversos aspectos del servicio universal, como es la determinación de la carga injusta y de los operadores obligados a financiar el coste del Servicio Universal, o para poder garantizar el Estado que las políticas definidas por él son convenientemente supervisadas y ejecutadas. No en vano el marco regulador comunitario prevé la exigencia de cooperación *“en asuntos de interés común”*, entre las ANRs responsables⁴¹.

También a juicio de este organismo, debería considerarse que la CNMC ha de tener un conjunto de funciones similares en aquellos sectores económicos cuya vigilancia se le encomienda, con el fin de que asuma un objetivo claro y definido como institución en el seno de la Administración, y de que pueda actuar de forma eficiente, aprovechando las sinergias y economías de escala entre los distintos sectores que justifican, según el Gobierno, la agrupación de los antiguos organismos en uno solo.

Por último, la eficiencia en la actuación pública y las economías de escala que constituyen dos de los motivos de la reforma chocan con el modelo propuesto, ya que la transferencia de competencias actualmente ejercidas por la CMT al Ministerio de Industria, Energía y Turismo no sólo supone una pérdida de conocimiento específico acumulado por la experiencia en la realización de tareas hasta la fecha, sino que, además, no se tienen en consideración las economías de escala que podrían resultar de la existencia de un solo organismo regulador que desarrollase la totalidad de las funciones que las Directivas atribuyen a las ANRs y que constituye el caso de muchos de los países de nuestro entorno, como se desarrolla más adelante.

En resumen, en vista de lo anterior puede afirmarse que, en contra de la tendencia seguida en los países de nuestro entorno, el reparto competencial previsto en el Anteproyecto supone un vaciamiento de competencias respecto a la situación actual con graves implicaciones.

⁴¹ Artículos 3.4 y 8.3.d) de la Directiva Marco.



Por un lado, la distribución de competencias propuesta supone un obstáculo para el eficaz e independiente cumplimiento por parte de la CNMC de los objetivos y funciones que la normativa en materia de comunicaciones electrónicas le atribuye. Además, la extremadamente restrictiva atribución de competencias derivada de la interpretación limitativa de las materias que, según la normativa comunitaria, queda reservada a las ANRs independientes, priva a la CNMC de las herramientas necesarias para el efectivo cumplimiento de sus funciones, poniendo en entredicho el efecto útil de las previsiones del marco comunitario.

Por otro lado, el énfasis integrador que ha motivado el nuevo modelo queda claramente desvirtuado. No sólo el reparto competencial entre los distintos sectores presenta ciertas asimetrías, sino que además obvia las sinergias existentes dentro del propio sector. Dichas sinergias derivan de la interrelación inherente a las distintas funciones en el ámbito de las comunicaciones electrónicas y audiovisuales que se encuentran reservadas a las ANRs independientes. En este sentido, destaca el tratamiento como meras tareas administrativas de competencias que han resultado esenciales en el cumplimiento de sus fines. Además, el conocimiento y experiencia adquiridos como consecuencia de la ampliación de competencias atribuidas a la CMT desde el momento de su creación hasta la fecha se diluye, lo que contradice los objetivos de mayor eficacia, eficiencia, y uso común de conocimientos y experiencia. En definitiva, se configura un reparto de competencias que, de mantenerse, difícilmente garantizará la confianza institucional y seguridad jurídica.

Por último, la división competencial propuesta en el Anteproyecto se separa de la tendencia a nivel comunitario en el sentido de incrementar las atribuciones de los organismos reguladores independientes.

III.4 Análisis comparativo de otros países del entorno comunitario

III.4.1 Los diferentes modelos de regulador

La Exposición de Motivos del Anteproyecto expone las justificaciones económicas, institucionales y tecnológicas que respaldan la creación de la CNMC. Uno de los argumentos de más peso para el establecimiento de esta nueva autoridad sería la “tendencia a nivel internacional a fusionar autoridades relacionadas con un único sector o con sectores que presentan una estrecha relación, pasando del modelo uni-sectorial a un modelo de convergencia o multisectorial”.

Así, cabe diferenciar en Europa dos tipos principales de modelos típicos de regulador de las telecomunicaciones en función de sus competencias:

- **Modelo de regulador convergente**
Este modelo responde a la necesidad de regular las telecomunicaciones teniendo en cuenta los últimos avances tecnológicos y su impacto en el mercado. En especial, el fenómeno de la convergencia⁴².

En este informe nos referiremos en particular como regulador convergente a aquel que reúne en un único organismo todas las competencias de política sectorial de áreas íntimamente relacionadas, como ocurre con las telecomunicaciones (incluido el espectro y los usuarios), el audiovisual y/o el postal⁴³.

⁴² La OCDE define la convergencia como el proceso mediante el que las redes y servicios de comunicaciones, que anteriormente fueron consideradas por separado, comienzan a transformarse de modo que, diferentes plataformas de red soportan servicios similares de voz, audiovisual y transmisión de datos; diferentes terminales de usuario reciben servicios similares y se crean nuevos servicios. “Information Infrastructures: Their Impact and Regulatory Requirements,” Enero 1997.



- Modelo de regulador multisectorial
El regulador multisectorial agrupa los sectores del mercado susceptibles de regulación *ex ante* en atención principalmente a la existencia de infraestructuras difíciles de replicar.

Por lo tanto, entenderemos como regulador multisectorial aquel con amplias competencias en distintas industrias de red, como energía, transporte ferroviario y telecomunicaciones⁴⁴.

Frente a estos dos modelos, no existe en la actualidad ningún ejemplo de regulador sectorial unificado con la autoridad de competencia con potestades en todos los mercados. En este sentido, el Anteproyecto menciona el proceso de fusión entre la autoridad de fomento (regulación *ex ante*) y la de defensa de la competencia iniciado por los Países Bajos en marzo de 2011 y que culminará en enero de 2013. De forma excepcional en Europa, el gobierno holandés tiene previsto la creación de la Autoridad Holandesa para los Consumidores y Mercados (ACM) como fruto de la fusión de la Autoridad de Consumidores, la Autoridad Independiente Postal y de Telecomunicaciones (OPTA) y la Autoridad de Competencia (NMa). Este proceso todavía está en fase de implantación y, por tanto, no se tienen datos sobre las posibles mejoras en la eficiencia y eficacia derivadas de la fusión.

No obstante lo dicho, de lo que sí que existen precedentes (por ejemplo, Ofcom en el Reino Unido) es de la asunción, por parte de la autoridad regulatoria sectorial de las facultades de competencia *ex post* en el sector que es propio de su actuación *ex ante*.

III.4.2 Tendencia a la creación de reguladores convergentes

El análisis del diseño institucional de los organismos reguladores demuestra que la mayoría de los gobiernos de la Unión Europea ha optado por la creación de autoridades reguladoras sectoriales convergentes, en las que un único organismo reúne las competencias de política sectorial de áreas íntimamente relacionadas, como ocurre con las telecomunicaciones, el audiovisual y el postal. Tal y como muestra la gráfica 3, con la única excepción de Eslovaquia y España, todos los países han integrado el sector postal dentro del regulador de las telecomunicaciones. En cuanto al audiovisual, 9 países lo han integrado dentro del regulador de telecomunicaciones, en una tendencia especialmente destacable en los últimos años.

El establecimiento de una autoridad convergente facilita la toma de decisiones más eficientes, puesto que bajo este modelo el organismo regulador está capacitado para actuar en todos los ámbitos del mercado -desde la gestión del espectro y la imposición de obligaciones a los operadores hasta la protección de usuarios- a la vez que le permite realizar un mejor seguimiento de la efectividad de sus actuaciones.

Países de nuestro entorno, como Alemania e Italia -con algunos de los mercados más competitivos y liberalizados del continente-, optaron desde prácticamente el inicio de la liberalización del sector por el establecimiento de una única autoridad convergente (agrupando competencias en áreas íntimamente relacionadas, como telecomunicaciones, audiovisual y/o postal)⁴⁵.

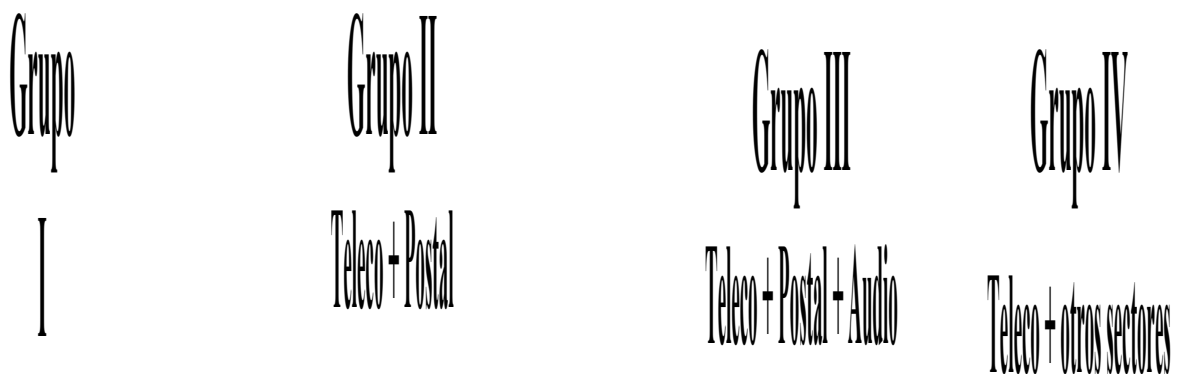
⁴³ El ejemplo paradigmático de regulador convergente es el del Reino Unido. La Oficina de Comunicaciones (OFCOM) aúna las competencias del sector de las telecomunicaciones, junto a las de audiovisual y postal.

⁴⁴ En lo que se refiere al modelo de regulador multisectorial, la Agencia Federal para la Electricidad, Gas, Telecomunicaciones, Postal y Ferrocarril alemana (BNetzA) sería el ejemplo más significativo.



Frente a ello, como se desprende de la misma gráfica, el modelo de autoridad multisectorial -entendida como aquella con amplias competencias en distintas industrias de red, como energía, transporte ferroviario y telecomunicaciones-, es el escogido por Alemania junto a países de menor tamaño como Estonia, Eslovenia, Letonia, Luxemburgo y Dinamarca.

Gráfico 3. Distribución de competencias por sectores de los organismos reguladores de la Unión Europea



III.4.3 Tendencia al incremento de competencias en los reguladores

Al margen del modelo convergente o multisectorial por el que se ha apostado en cada país, la tendencia más importante en la Unión Europea es la del incremento en los poderes y competencias de los organismos reguladores independientes, especialmente en el ámbito de las comunicaciones electrónicas. Dicha tendencia se muestra en la práctica totalidad de los países y es especialmente evidente en los más destacados.

Así, en Reino Unido en 2003 se fusionaron cinco organismos reguladores del sector de las comunicaciones y del audiovisual dando lugar al actual Ofcom, el organismo sectorial convergente para la regulación del sector de las telecomunicaciones, espectro, usuarios, audiovisual, postal y seguridad de redes. Sus competencias se vieron reforzadas en 2010⁴⁶ y en 2011⁴⁷.

De manera similar, ya desde la apertura del mercado en los años 90, Italia decidió apostar por la creación de una autoridad única a nivel nacional, AGCOM, con amplias capacidades

⁴⁵ Alemania se crea en 1998 con competencias en telecomunicaciones (regulación de mercados, atención a usuarios y espectro) y postal. Por su parte, Italia se crea en 1997 con competencias en telecomunicaciones (regulación de mercados, atención de usuarios, espectro y seguridad de redes) y audiovisual

⁴⁶ Se trata de competencias en piratería, evaluación de infraestructuras, licencias de radio, contenidos de servicios público entre plataformas y licencias de wireless – (*charging & enforcement powers*).

⁴⁷ Competencias en regulación y supervisión del sector postal



para la regulación del sector de las telecomunicaciones - incluidos aspectos estratégicos como la gestión del espectro y la seguridad de las redes -, y del mercado del audiovisual. Unos años más tarde, en 2011, el Gobierno italiano otorgó a AGCOM, además, competencias sobre el mercado postal.

El caso francés es muy similar al del Reino Unido e Italia, en cuanto a que su regulador comenzó con un número de competencias importante que se han ido aumentando. Así, en 1996 nace ART (la actual ARCEP), el regulador del sector de las telecomunicaciones galo con competencias en regulación de mercados, protección de los usuarios y aspectos relativos al espectro. Al igual que en los casos británico e italiano, años después también se le otorgaron competencias en servicios postales.

En suma, los reguladores de los países analizados (todos los de la Unión Europea) partían de unas competencias más amplias que las que tiene actualmente el regulador de telecomunicaciones español, y singularmente más elevadas que las que ostentaría la futura CNMC. Ese diferencial se incrementa además desde hace años por el señalado proceso de aumento de competencias en el resto de países.

III.4.4Casos de estudio

La presente sección examina los modelos de regulador independiente en algunos países de nuestro entorno, dos de los cuales se citan en el Anteproyecto de Ley, para examinar sus puntos de conexión y diferencias con las competencias que resultan del Anteproyecto.

En la siguiente tabla se comparan las competencias de los principales reguladores a nivel comunitario.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

COMPETENCIAS	Holanda ACM	Reino Unido OFCOM	Alemania BNETZA	Portugal ANACOM	Dinamarca DBA	Francia ARCEP	España CNMC
Competencias en redes y servicios de comunicación electrónica							
Registro de operadores	si	si	si	si	n.a	no	no
Definición de mercados e identificación de operadores SMP	si	si	si	si	si	si	si
Imposición de obligaciones a SMP	si	si	si	si	si	si	si
Resolución de conflictos entre operadores	si	si	si	si	si	si	si
Resolución de disputas entre operadores y otras entidades	si	si	si	si	no	si	no
Competencias regulación <i>ex post</i>	si	si	Parte	Parte	no	no	si
Competencias de numeración							
Desarrollo del Plan Nacional de Numeración	no	si	si	si	si	si	no
Gestión de los planes nacionales de numeración	no	si	si	si	si	si	no
Asignación de derechos de uso de números, direcciones y nombres	si	si	Parte	si	si	si	no
Gestión y control de derechos de uso de números, direcciones y nombres	si	si	Parte	si	si	si	no
Armonización en el uso de números o rangos de números específicos	no	si	si	si	si	si	no
Competencias sobre servicio universal y protección de consumidores							
Protección a usuarios con necesidades especiales	Parte	si	si	si	si	no	no
Competencias para la protección del consumidor	si	si	si	si	si	si	no
Designación del operador/es con obligación de servicio universal	no	si	si	si	si	no	no
Supervisión de obligaciones en SU (calidad del servicio, tarifas, etc)	si	si	si	si	si	si	no
Cálculo del coste neto del SU	no	si	si	si	si	si	Parte
Implementación y gestión del mecanismo de financiación del SU	no	n.a	si	si	si	si	no
Competencias sobre protección de datos personales							
Protección de datos personales	Parte	no	si	si	no	no	no
Competencias sobre seguridad e integridad de las redes							
Seguridad e integridad de redes	no	si	si	si	Parte	no	no
Competencias sobre Radiofrecuencias							
Desarrollo del Plan Nacional de Frecuencias	no	si	si	si	si	no	no
Asignación de frecuencias	no	si	si	si	si	si	no
Armonización del uso de frecuencias	no	si	si	si	si	no	no



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Gestión del uso de frecuencias	no	si	si	si	si	si	no
Supervisión de las restricciones a derechos de uso existentes	no	si	si	si	si	si	no
Competencias sobre estandarización de los equipos							
Estandarización de los equipos	no	si	si	si	si	si	no
Competencias sobre portabilidad							
Aspectos técnicos y administrativos de la conservación del número de teléfono	Si	si	si	si	si	si	no
Competencias sobre interconexión							
Asegurar el acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios	si	si	si	si	si	si	si



De la comparación de competencias se concluye claramente que la CNMC se alejaría de las competencias en el sector de las telecomunicaciones de un regulador convergente (Reino Unido) y de un regulador multisectorial (Alemania). En el caso de los Países Bajos la nueva ACM será la suma de competencias de los tres organismos que fusiona. Esto es, en Holanda, al contrario que en el Anteproyecto, no está prevista ninguna disminución de responsabilidades de ninguno con motivo del proceso de fusión.

En definitiva, la CNMC vería mermadas sus competencias, no sólo con respecto a la CMT, sino a las de cualquier otro modelo existente en el derecho comparado, especialmente de aquellos que deben tomarse como referencia, tales como el Reino Unido, Alemania y Holanda.

III.5 Observaciones generales sobre las funciones de la futura CNMC

En virtud de las consideraciones formuladas en los apartados precedentes, en el presente informe se propondrá la modificación de los artículos 5 y 7 y la eliminación de la D.A. 7ª del Anteproyecto, para que se atribuyan a la CNMC las competencias que hasta ahora venía ejerciendo la CMT, parte de las cuales no tiene en cuenta el Anteproyecto pero que, por aplicación de la D.A. 3ª pasarían a ser desempeñadas por el MIEyT o la SETSI.

Como posteriormente se desarrollará, la CMT, al amparo de la LGTel de 2003 y su normativa de desarrollo, tiene atribuidas funciones generales de salvaguarda de la competencia, que habilitan a este organismo a adoptar las medidas necesarias, que el artículo 5 del Anteproyecto limita en gran medida. El comentario de dicho precepto aborda el ámbito de salvaguarda de la competencia que comprende, entre otras, la definición de mercados e imposición de obligaciones, adopción de medidas para salvaguarda y fomento de la competencia, o la adopción de Circulares.

Junto a lo anterior, se reconocen funciones para intervenir a través de conflictos de operadores, recogidas en el artículo 7 del Anteproyecto. Sin embargo, la CMT ejerce, de conformidad con el marco comunitario regulador, además, las funciones que ahora se atribuyen a la SETSI en la D.A. 7ª (apartados h), i), j) y k):

- La imposición de condiciones técnicas u operativas a los operadores con PSM o a los que se benefician del acceso, de conformidad con el artículo 12.1 de la LGTel;
- La imposición de obligaciones de interconexión a los operadores para garantizar la conexión de extremo a extremo y la interoperabilidad de los servicios, de acuerdo con el artículo 12.2 de la LGTel –si bien falta por transponer el artículo 5.a. ter de la Directiva Acceso;
- La imposición de obligaciones a operadores que no tengan PSM en circunstancias excepcionales, de conformidad con el artículo 13.2 de la LGTel.
- La imposición de obligaciones o condiciones técnicas u operativas atribuida a la CMT en los artículos 12.1, 12.2 o 13.2 de la LGTel se produce, cuando es necesario, tras la tramitación de un conflicto de acceso o interconexión o de procedimientos iniciados de oficio tras la denuncia de un operador, donde de forma contradictoria se determina la necesidad de imponer tales condiciones.



Habiendo expirado el plazo para transponer las Directivas 2009/140/CE y 2009/136/CE, las referidas funciones constituyen competencias esenciales que, a juicio de este organismo, deberían respetarse en dicha transposición, como funciones que tendría que asumir la nueva CNMC en su vertiente de ANR independiente en materia de comunicaciones electrónicas.

Los principios que han de regir la atribución competencial a las ANRs independientes anteriormente señalados habrían de ser tenidos en cuenta en la tramitación del presente Anteproyecto y en la transposición pendiente de las Directivas de 2009. De otro modo, se produciría un desapoderamiento de las funciones de la ANR independiente contrario a los principios citados que podría dar lugar, en su caso, a la apertura del correspondiente procedimiento de infracción por incumplimiento de la normativa comunitaria⁴⁸.

III.6 El entorno convergente de las comunicaciones electrónicas y el sector audiovisual.

Esta Comisión considera adecuada el tratamiento convergente que el Anteproyecto otorga a las competencias de telecomunicaciones y audiovisuales, plasmada en el propio artículo 5.1 en el que se tratan conjuntamente las funciones de la futura CNMC en estos mercados.

Esta configuración convergente permite no sólo un ahorro en términos de costes, teniendo en cuenta las economías de escala y las sinergias derivadas de la misma, sino también y principalmente, una regulación integral y coherente de dos sectores convergentes. En este sentido, la experiencia acumulada por la CMT contribuirá sin duda a una regulación completa y consistente con los problemas acuciantes en ambos sectores, lo que redundará, en última instancia, y siempre que se dote al organismo de todas competencias necesarias para alcanzar los objetivos necesarios en estos sectores, en una competencia más real y efectiva que se configura como el objetivo fundamental que persigue la CNMC.

En este sentido, esta Comisión considera que esta convergencia funcional debería trasladarse a la estructura de la futura CNMC, en línea con lo que está sucediendo en otros países de nuestro entorno, donde con carácter general existe una tendencia creciente a que la ANR independiente en materia de comunicaciones electrónicas asuma funciones en materia de regulación audiovisual, como demuestra el hecho de haberse adoptado ya por un tercio de los países de la UE, entre ellos el Reino Unido e Italia, tal y como resulta del examen del gráfico 3 del apartado IV.4.2 anterior.

IV.COMENTARIOS DE CARÁCTER PARTICULAR AL ARTICULADO

Sin perjuicio de las observaciones realizadas con anterioridad, se procede a hacer un análisis detallado de cada título del Anteproyecto de ley objeto de informe. Únicamente se analizarán aquellos preceptos cuya redacción este organismo estima que debe modificarse.

IV.1 CAPÍTULO I. NATURALEZA Y RÉGIMEN JURÍDICO

IV.1.1 Artículo 1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁴⁸ A título de recopilación, existen precedentes de la intervención de la Comisión Europea por incorrecta transposición del marco regulador de 2002:

http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/implementation_enforcement/infringements/inf_noncom_october2007.pdf;

http://ec.europa.eu/information_society/policy/ecomm/doc/implementation_enforcement/infringements/recent_case_law_upd_16_022012.pdf



En el apartado 1 del artículo 1 se dispone la creación de la CNMC como “*organismo público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997*”.

Actualmente, en la citada disposición adicional décima, además de otros organismos reguladores como esta Comisión, existen otros entes, como la Corporación RTVE, las Universidades o el Museo del Prado, con funciones muy dispares y alejadas de la regulación. Dichos organismos, aunque se les reconozca expresamente “*independencia funcional y una especial autonomía*” respecto de la Administración General del Estado, no presentan ninguna de las finalidades y funciones de la CNMC.

Por este motivo, se recomendaría dotar a la CNMC de un status jurídico específico y diferenciado del resto de organismos de la mencionada disposición adicional décima. De todos modos, dicha disposición aparece también expresamente citada en el apartado 3 del artículo 2 del Anteproyecto (régimen jurídico), por lo que se analizará más extensamente en Apartados posteriores al comentar el citado precepto.

Por otro lado, también sería recomendable especificar, con carácter general, que las competencias de regulación y supervisión atribuidas a la CNMC sobre los mercados deben tener efectos tanto reguladores o prospectivos (ex ante) como supervisores o correctivos (ex post). Avala esta necesaria complementación de efectos lo declarado por el Tribunal de Justicia de la UE en el apartado 92 de la STJUE de 14 de octubre de 2010⁴⁹:

“las normas relativas a la competencia previstas por el Tratado CE completan a este respecto, mediante el ejercicio de un control ex post, el marco regulador adoptado por el legislador de la Unión con el fin de regular ex ante los mercados de las telecomunicaciones (...).”

Por todo ello, se recomienda la siguiente redacción alternativa al apartado 1 del artículo 1:

“Se crea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como organismo regulador y supervisor de los mercados en España”.

Con relación a la delimitación del objeto del organismo contenido en el apartado 2, cabe señalar que, tanto el Tribunal Supremo, entre otras, en sus SSTs de 18 de enero de 2012⁵⁰ y de 8 de julio de 2008⁵¹ como el Tribunal de Justicia de la UE (véanse STJUE de 22 de mayo de 2003⁵² y 6 de marzo de 2008⁵³), exigen que el regulador del sector de las comunicaciones no solamente vele por la existencia de competencia en el citado mercado sino que ha de velar también para que esta última sea “*efectiva*”. Lo anterior está en consonancia con el apartado 4 del mismo artículo del Anteproyecto que incluye, la expresión “competencia efectiva”.

Por otro lado, en el apartado 2 se citan dos de los tres objetivos principales del artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva Marco)⁵⁴, pero se omite el tercero: de contribuir al desarrollo del mercado interior de la Unión Europea⁵⁵. Por estas razones, se aconseja la siguiente redacción modificada del apartado 2:

⁴⁹ C-280/08-P

⁵⁰ RJ 2012\200, Fdto 2º.

⁵¹ RJ 2008\4324.

⁵² C-462/99.

⁵³ C-82/07.

⁵⁴ Esto es, el fomento de la competencia efectiva y la protección de los consumidores y usuarios, de los apartados 2 y 4 del artículo 8 de la Directiva Marco.

⁵⁵ Véase apartado 3 del artículo 8 de la Directiva Marco.



*“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tendrá por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la libre **y efectiva competencia** ~~con~~de los mercados y sectores productivos, en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios, **contribuyendo al desarrollo del mercado interior de la Unión Europea.**”*

En cuanto al apartado 3, en el caso de que no se hubiera estimado conveniente la modificación del apartado 1 en los términos anteriormente señalados, se recomendaría incorporar entonces en el apartado 3 una referencia expresa a la actuación reguladora o ex ante y supervisora o ex post del organismo, de acuerdo con la distinción ya señalada y contenida en la STJUE de 14 de octubre de 2010 antes citada:

*“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá sus funciones en todo el territorio español y en relación con todos los mercados o sectores económicos, **actuando como regulador y supervisor de los mismos.**”*

El apartado 4 se refiere a la actuación del regulador ante los Tribunales frente a actos y disposiciones de las Administraciones públicas sujetos a Derecho Administrativo, omitiendo, sin embargo, dos aspectos importantes:

- La posibilidad de impugnar actos y disposiciones generales dictadas por otras Administraciones Públicas, que sin resultar contrarias a la efectiva competencia del mercado, puedan contravenir, sin embargo, disposiciones de derecho sectorial⁵⁶
- La facultad prevista en el artículo 15bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil⁵⁷, de participar como “*amicus curiae*” en los procedimientos de aplicación de la normativa de competencia por parte de los Juzgados y Tribunales civiles y mercantiles.

Por ello, se propone la siguiente versión ampliada del apartado 4:

*“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y las disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados **o que resulten contrarios al derecho sectorial aplicable.**”*

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia también está legitimada para intervenir en procesos civiles y con relación a cuestiones de derecho de la competencia, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”

⁵⁶ Vid. STS de 27 de diciembre de 2007, sobre impugnación de una orden de una Comunidad Autónoma por invadir las competencias del regulador en un sector –telecomunicaciones- RJ 2007\9167.

⁵⁷ Artículo 15 bis. Intervención en procesos de defensa de la competencia

1. La Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en el ámbito de sus competencias podrán intervenir, sin tener la condición de parte, por propia iniciativa o a instancia del órgano judicial, mediante la aportación de información o presentación de observaciones escritas sobre cuestiones relativas a la aplicación de los arts. 81 y 82 del Tratado de la Comunidad Europea o los arts. 1 y 2 de la Ley de Defensa de la Competencia. Con la venia del correspondiente órgano judicial, podrán presentar también observaciones verbales. A estos efectos, podrán solicitar al órgano jurisdiccional competente que les remita o haga remitir todos los documentos necesarios para realizar una valoración del asunto de que se trate. La aportación de información no alcanzará a los datos o documentos obtenidos en el ámbito de las circunstancias de aplicación de la exención o reducción del importe de las multas previstas en los arts. 65 y 66 de la Ley de Defensa de la Competencia.

2. La Comisión Europea, la Comisión Nacional de la Competencia y los órganos competentes de las Comunidades Autónomas aportarán la información o presentarán las observaciones previstas en el número anterior diez días antes de la celebración del acto del juicio a que se refiere el art. 433 de esta Ley o dentro del plazo de oposición o impugnación del recurso interpuesto.



IV.1.2. Artículo 2. Naturaleza y régimen jurídico.

En el apartado 1 se establece que la CNMC estará *“adscrita al Ministerio de Economía y competitividad, que ejercerá el control de eficacia sobre su actividad”*.

Consideramos que la *“adscripción”* al Ministerio así como la fijación de un sistema de *“control”* por parte de este órgano –aunque sea de eficacia- resulta abiertamente contrario al artículo 3 relativo a la independencia funcional del organismo y al antes citado apartado 3bis del artículo 3 de la Directiva Marco, donde se hace especial hincapié en que las ANRs:

“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.”

Los únicos controles admisibles son los controles *“constitucionales”* tal y como al respecto dispone el apartado 3bis del artículo 3 de la Directiva Marco. Desde esa perspectiva, el nuevo organismo, en su calidad de ANR independiente en materia de comunicaciones electrónicas, únicamente estaría sujeto a los controles ejercidos por órganos o instituciones de expresa previsión constitucional, es decir, a entender de esta Comisión, las Cortes, los Tribunales de Justicia y el Tribunal de Cuentas, sin que se pueda someter a control (de eficacia o de clase alguna) distinto de los ejercidos por dichos órganos constitucionales.

En este mismo sentido, se manifiesta la posición del legislador comunitario al momento de recoger en los considerandos de la Directiva 2010/13/UE de *“contenidos audiovisuales sin fronteras”* que *de acuerdo con los cometidos que les impone el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, los Estados miembros son responsables de la aplicación efectiva de la Directiva citada. Son libres de escoger los instrumentos convenientes de acuerdo con sus tradiciones jurídicas y las estructuras establecidas, y, en particular, **la forma de sus organismos reguladores independientes competentes, a fin de poder llevar a cabo su labor de aplicación de la presente Directiva de manera imparcial y transparente.***

Al respecto, resulta esclarecedora la posición que ha manifestado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea cuando, con ocasión de la interpretación del concepto de la independencia de las Autoridades Nacionales a las que el marco comunitario ha garantizado un status especial de independencia, ha tenido que manifestarse sobre distintas formas de escrutinio por parte del Estado sobre dichas Autoridades.

En tales ocasiones, el TJUE ha señalado que dichas autoridades *“han de disfrutar de la independencia que les permita ejercer sus funciones sin influencia externa. Esta independencia excluye no sólo cualquier influencia que pudieran ejercer los organismos sujetos a control, sino también toda orden o influencia externa, directa o indirecta, que pudiera poner en peligro el cumplimiento de la tarea que corresponde a dichas autoridades”*⁵⁸.

En este sentido, la referida sentencia de 9 de marzo de 2010 señala además en su apartado 30:

*“A este respecto, ha de señalarse que la tutela del Estado, **cualquiera que sea su naturaleza**, permite en principio al Gobierno del Land interesado o a un órgano de la administración dependiente de dicho Gobierno influir, directa o indirectamente, en las decisiones de las autoridades de control o, incluso, anular o sustituir estas decisiones”*.

Por ello, se recomienda la siguiente redacción alternativa:

⁵⁸ Sentencia de 9 de marzo de 2010, dictada en el asunto C-518/07, Comisión/República Federal de Alemania



*“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada. **Se relaciona con el Gobierno y la Administración General del Estado a través del titular del Ministerio de Economía y Competitividad**”*

Respecto al apartado 2, se aconseja que, por las mismas razones de respeto a la autonomía e imparcialidad del organismo regulador, se modifique su redacción, incluyendo expresamente el reconocimiento de su independencia con relación al Gobierno y a los agentes del mercado:

*“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actuará, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia **del Gobierno**, del resto de las Administraciones Públicas **y de los agentes del mercado**, **estando sometida únicamente** a los controles previstos en la Constitución.”*

En el apartado 3 se echa en falta una referencia expresa al ordenamiento sectorial aplicable, de defensa de la competencia así como al Derecho de la UE, cuyo marco regulador debe servir de referencia a la CNMC en la supervisión de cada uno de los mercados. Por ejemplo, en el caso de las comunicaciones electrónicas, el artículo 10.1 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones exige expresamente que el análisis de mercados se efectúe “*teniendo en cuenta las directrices de la Comisión Europea y del ORECE*”. Las referencias propuestas están en sintonía con el artículo 4 del Anteproyecto referente a “*cooperación institucional*”.

Se propone, por tanto, la siguiente redacción:

*“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se regirá por lo dispuesto en esta Ley y **por la normativa sectorial específica y la general de la competencia**, y, en su defecto, 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, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y por el resto del ordenamiento jurídico. **En su actuación, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tendrá en cuenta especialmente las normas, recomendaciones y directrices procedentes de la Unión Europea.**”*

En el apartado 4 se prevé, de acuerdo con lo previsto en el artículo 61.2 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE), que el Gobierno aprobará por Real Decreto el Estatuto Orgánico del Organismo. En cambio, en el apartado j) del artículo 17 del Anteproyecto se prevé únicamente la aprobación meramente “*facultativa*” de un Reglamento de Régimen Interior (RRI) por parte del propio organismo creado.

Una de las características principales de la autonomía orgánica y funcional a la que se refiere el apartado 2 del artículo del Anteproyecto es la capacidad de “autorregulación” o regulación *ad intra* de los organismos reguladores. Esto es, la facultad de un organismo de establecer *per se* sus propias normas y reglas de funcionamiento⁵⁹. Si la fijación de la totalidad de dichas normas se deja a la voluntad del Gobierno o de cualquier órgano de la

⁵⁹ Véase, por ejemplo, la S AP núm.192/2005, de 23 de marzo de 2005 (rec.200/2004).



Administración General del Estado distinto de la propia CNMC, se estaría vulnerando esta potestad “autorreguladora”. Por ello se recomienda la siguiente redacción alternativa del apartado 4, en la que se hace una especial referencia a la necesidad de que el organismo apruebe su Reglamento de Régimen Interior:

“El Gobierno aprobará por Real Decreto el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, con el contenido previsto en el artículo 62.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.”

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia aprobará el Reglamento de Régimen Interior del 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, seis miembros del Consejo.”

IV.1.3 Artículo 3. Independencia funcional y relación con las entidades públicas y privadas.

El apartado 2 incluye un inciso relativo a las “*facultades de dirección política general del Gobierno ejercidas a través de su capacidad normativa*”. Se estima correcta esta referencia a la potestad normativa del Gobierno, reconocida en el artículo 97 CE y regulada en el Título V de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, relativo a la “*iniciativa legislativa y potestad reglamentaria*”.

Sin embargo, debe considerarse que dicha potestad tiene que ejercitarse considerando el marco regulatorio de la Unión Europea en el que se inserta cada uno de los sectores económicos, de forma que la “*dirección política*” del Gobierno no puede vulnerar en ningún caso los principios fijados por dicho marco. Por ejemplo, en 2007 el Gobierno alemán, presentó una iniciativa legislativa sobre “*nuevos mercados*” de comunicaciones electrónicas que subordinaba los objetivos de libre competencia a la inversión en nuevas redes⁶⁰. Dicha iniciativa fue aprobada por el Parlamento alemán⁶¹ pero declarada contraria al Derecho de la UE por la STJUE de 3 de diciembre de 2009⁶².

IV.1.4. Artículo 4. Cooperación institucional.

En el párrafo 2 del artículo se hace mención a la obligación de “colaborar” con los organismos de la UE. Sin embargo el artículo 3.3bis de la Directiva Marco exige más que la existencia de una simple colaboración con tales organismos, ya que dicho precepto impone explícitamente al regulador la obligación de “*participar activamente*” en el Organismo de

⁶⁰ Por ello dicha iniciativa recibió la denominación de “vacaciones regulatorias”.

⁶¹ Artículos 3, apartado 12b, y 9a de la Ley de telecomunicaciones (Telekommunikationsgesetz), de 22 de junio de 2004 (BGBl. 2004 I, p. 1190), introducidos mediante la Ley por la que se modifican las disposiciones relativas a las telecomunicaciones (Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften), de 18 de febrero de 2007 (BGBl. 2007 I, p. 106).

⁶² C-424/07.



Reguladores Europeos de Comunicaciones Electrónicas (ORECE/BEREC), contando para ello con los recursos financieros y humanos suficientes.

Por otro lado, también se coopera con la Comisión Europea. En definitiva, el marco armonizado existente en el ámbito de la cooperación, en el que los poderes de la Comisión se incrementan a la vez que se establece un contrapeso al dotar de voz propia a las ANRs a nivel comunitario, debe reflejarse debidamente en el Anteproyecto.

Dentro de la cooperación con la Comisión Europea, por una parte, existe una obligación⁶³ para los organismos reguladores de notificar a dicho organismo, al ORECE y al resto de ANRs sus medidas sobre definición, análisis de mercados e imposición de obligaciones a los operadores designados con PSM y a las orientadas a garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios.

También la Comisión Europea podrá presentar una recomendación o decisión sobre la aplicación armonizada de lo dispuesto en el marco regulador europeo cuando constate divergencias en su aplicación por parte de los Estados miembros⁶⁴, como se ha plasmado en cuestiones tan relevantes como la regulación de las tarifas de terminación en redes móviles o el despliegue de las redes NGA. Los reguladores nacionales participan en este proceso a través de la formulación del dictamen por el ORECE, que habrá de ser tenido en cuenta en la mayor medida posible por la Comisión Europea antes de emitir su Recomendación.

Por otra parte, los organismos reguladores comunitarios deben participar en los trabajos del ORECE, cuyo papel es especialmente relevante en la armonización de la regulación y en la coherencia de su aplicación en la UE. Para ello, se le dota de tareas tales como la difusión de buenas prácticas reguladoras entre las ANRs, la asistencia a éstas en cuestiones de reglamentación, la elaboración de dictámenes sobre los proyectos de decisiones,

⁶³ Ver artículo 7 de la Directiva Marco.

⁶⁴ Ver artículo 19 de la Directiva Marco.

⁶⁵ En este sentido, se pueden mencionar los siguientes ejemplos:

- La necesidad de que no sólo la ANR sino también la Comisión Europea tengan que tener en cuenta en la mayor medida posible los dictámenes, las recomendaciones, las directrices, el asesoramiento y las buenas prácticas en materia de reglamentación adoptados por el ORECE. (Artículo 3 del Reglamento de ORECE)
- ORECE se constituye como órgano asesor del Parlamento Europeo y del Consejo. (Artículo 2 del Reglamento de ORECE)
- En el procedimiento de revisión de mercados, el artículo 7 de la Directiva Marco otorga un papel especialmente relevante al ORECE en el procedimiento de imposición de obligaciones, incluidas las de acceso e interconexión del artículo 5 de la Directiva de Acceso que de acuerdo con el anteproyecto pasaría a ser competencia de la SETSI.
- La CE tiene que tener en cuenta en la mayor medida posible el dictamen del ORECE a la hora de elaborar una recomendación o decisión sobre la aplicación armonizada del marco europeo de redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. (Artículo 19 de la Directiva Marco).

⁶⁶ Esto supone que en el ORECE la participación está limitada a los organismos reguladores independientes, al contrario de lo que ocurre para otros foros internacionales como la OCDE o la UIT, donde no existen restricciones. En el ámbito europeo puede señalarse, a modo de ejemplo, el caso del Comité de Comunicaciones y del Grupo de política del espectro radioeléctrico.

- El Comité de Comunicaciones (Cocom) creado por la Directiva Marco para instrumentar el control por parte de los Estados miembros del ejercicio de las competencias de ejecución en manos de la Comisión, permite de forma genérica en su Reglamento la participación de "representantes de los Estados miembros". Los representantes en el Cocom se definen en función del organismo con competencia en la materia.

- La Decisión que establece el Grupo de política del espectro radioeléctrico establece que el representante en este grupo ha de ser un experto del Ministerio. Sin embargo, al no existir ningún impedimento para la coordinación entre los distintos organismos del Estado, en la práctica esta disposición se ha interpretado de forma que los participantes en este grupo se deciden en función del organismo que ostente las competencias relevantes. Así, este año este organismo está presidido por el regulador italiano y otros 13 países⁶⁶ europeos tienen un representante del regulador en este grupo. En algunos casos, como Reino Unido o Portugal, el regulador es el único representante del país.



recomendaciones y directrices de la Comisión Europea o la asistencia en la difusión de buenas prácticas⁶⁵.

Tanto la Comisión Europea como las ANRs han de justificar cómo han tenido en cuenta en su regulación los dictámenes, las recomendaciones, las directrices, el asesoramiento y las buenas prácticas en materia de reglamentación adoptados por el ORECE. Las divergencias con las posiciones del ORECE tendrán que justificarse.

Es preciso notar asimismo que la participación en el ORECE se reserva a las ANRs cuya tarea primordial sea supervisar el funcionamiento cotidiano de los mercados de redes y servicios e comunicaciones electrónicas. Los miembros del ORECE no solicitarán ni aceptarán instrucciones de terceros (gobiernos, Comisión Europea o cualquier otra entidad pública o privada)⁶⁶.

Tal y como se ha indicado en el apartado [] anterior, el Anteproyecto implica disfunciones a la hora de realizar las funciones atribuidas a la ANR que participa en el ORECE, es decir, la CNMC. Con carácter más específico en el anexo I al presente informe, se detallan las actividades de los grupos de trabajo del ORECE, considerando que el Anteproyecto podría afectar de manera significativa a la participación de la CNMC en este foro. Debido a que gran parte de las competencias del ORECE estarían en el caso de España atribuidas subsidiariamente al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, la capacidad de la CNMC para participar activamente en el ORECE se vería seriamente limitada.

Éste sería el caso, por ejemplo, de grupos de trabajo en los que se comentan cuestiones como la delimitación de la banda ancha en el servicio universal, la neutralidad de la red, redes NGA o regulación sobre roaming, en algunos de los cuales la CMT ha venido desempeñando un papel muy activo. Y ello porque las cuestiones que desarrollará el ORECE en su plan de trabajo para 2012 no se abordan exclusivamente desde una perspectiva de mercados o de resolución de conflictos que constituyen la base competencial principal de la actuación de la CNMC o giran sobre cuestiones cuya competencia se atribuye de manera residual al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, como interconexión.

Derivada del reparto competencial que el Anteproyecto realiza entre la CNMC y el Ministerio de Industria, Energía y Turismo se producirían las siguientes situaciones:

- Sería el Ministerio de Industria, Energía y Turismo quien notificaría a la Comisión Europea medidas en aplicación de las Directivas que corresponderían a la CNMC y que ésta ha desarrollado hasta la fecha, como las relativas a acceso e interconexión para asegurar la interoperabilidad y la conexión extremo a extremo (artículo 5 de la Directiva de acceso). Este procedimiento sería, cuando menos, poco eficiente.

En este mismo contexto de adopción de medidas y teniendo en cuenta que será el ORECE el que revise y haga los comentarios a la medida que serán tenidos en cuenta por la Comisión Europea, se produciría la paradoja de que la CNMC estaría obligada, en aplicación de la normativa comunitaria, a participar en el examen de las medidas impuestas en otros países.

Sin embargo, a diferencia del resto de países europeos, España no tendría capacidad de explicar y defender frente a los organismos comunitarios su modelo regulatorio y las medidas nacionales que sea necesario adoptar.

- Se producirían similares inconvenientes a los indicados en el punto anterior en aquellos casos en que la Comisión Europea pida dictamen al ORECE a la hora de elaborar normativa comunitaria que se tendrá que aplicar en los Estados miembros.



Puesto que uno de los objetivos de este tipo de dictamen es considerar las diferentes situaciones nacionales a la hora de determinar cómo regular de manera armonizada, de no otorgarse las competencias necesarias al regulador, España estaría incapacitada para participar en la elaboración de este dictamen, lo que tendría un importante coste de oportunidad, eficacia y eficiencia.

Considerando que las últimas Recomendaciones comunitarias se refieren, por ejemplo, a la regulación de las redes NGAs, sería desacertado que la CNMC no pudiera participar en la elaboración del dictamen del ORECE, ya que es únicamente en este marco en el que se tiene en cuenta la opinión del regulador nacional por parte de la Comisión Europea.

Con carácter más general y fuera del ámbito estrictamente comunitario, debe considerarse que la imagen de España y la influencia de sus intereses y posiciones en el mundo globalizado de hoy en día confiere singular importancia a la cooperación internacional. La CMT ha venido estrechando lazos y aumentando la colaboración con reguladores de telecomunicaciones de América Latina, el área mediterránea y los nuevos mercados emergentes, tanto a nivel bilateral como multilateral. Al tratarse de reguladores o redes de reguladores, se trata de una función internacional que ningún otro organismo puede llevar a cabo.

En conclusión, dada la importancia de afianzar e incluso incrementar la presencia española en los foros y proyectos detallados, el Anteproyecto debería incluir, la colaboración de la CNMC con otros países y regiones. Ello es especialmente importante en el caso de América Latina, el este de Europa, el área mediterránea y los países de especial interés por la creciente importancia de su economía.

Por tanto, se recomienda la siguiente redacción alternativa del párrafo 2:

“Asimismo, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia mantendrá una colaboración regular y periódica con las instituciones y organismos de la Unión Europea (en particular con la Comisión Europea), con los foros de autoridades competentes de su ámbito de actuación, con los organismos de regulación de otros Estados miembros de la Unión Europea y de otras regiones”

IV.2 CAPÍTULO II. FUNCIONES

IV.2.1 Artículo 5. Funciones de regulación y control de los mercados⁶⁷

Las competencias de la CMT en materia de fomento y salvaguarda de la competencia están recogidas, principalmente, en el Título II de la LGTel (artículos 10 y siguientes), así como en el artículo 48.

El artículo 10 se refiere a las atribuciones de la CMT en relación con la definición de los mercados de referencia y la imposición de obligaciones a los operadores declarados con poder significativo de mercado (PSM). Las restantes disposiciones del Título II de la LGTel confieren a la CMT una serie de competencias adicionales, asociadas principalmente con el acceso a las redes y la interconexión.

⁶⁷ Como se ha indicado anteriormente, se propone hablar de “funciones de regulación” y no de “funciones de supervisión”, al capturar este concepto de manera más completa las funciones que actualmente asumen los reguladores sectoriales.



Por su parte, el artículo 48.3, con carácter más general, señala que la CMT tiene por objeto el establecimiento y supervisión de las obligaciones que hayan de cumplir los operadores de telecomunicaciones y el fomento de la competencia en los mercados de servicios audiovisuales. A estos efectos, el artículo 48.4 e) habilita a la CMT para adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta del servicio, el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas, la interconexión de redes y explotación de red en condiciones de red abierta, la política de precios y comercialización por los prestadores de servicios.

La lectura combinada de estos preceptos permite entender en gran medida las funciones que la CMT – al igual que otras ANRs – ha venido ejerciendo hasta la fecha en relación con el fomento y desarrollo de la competencia. Según estos artículos, corresponde de manera global al regulador sectorial el fomento de la competencia efectiva en los mercados de telecomunicaciones (no sólo mediante la regulación de mercados), interviniendo a estos efectos en las relaciones que se desarrollan entre los operadores de telecomunicaciones como se analizará posteriormente.

Ciertamente esta labor de fomento de la competencia no ha sido asignada con carácter exclusivo al regulador sectorial. Pero dicha labor está intrínsecamente ligada a la propia naturaleza y razón de ser del regulador, que es en última instancia contribuir a la mejora de los procesos competitivos en el sector de las telecomunicaciones y, por ende, de la economía. Como recoge el artículo 5 de la Directiva de acceso, las autoridades nacionales de reglamentación *“fomentarán y, en su caso, garantizarán, [...], la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, y ejercerán sus responsabilidades de tal modo que se promueva la eficiencia, la competencia sostenible, la innovación e inversión eficientes y el máximo beneficio para los usuarios finales”*.

No cabe por tanto duda de que las misiones encomendadas al regulador sectorial de telecomunicaciones van mucho más allá de la simple supervisión de los mercados⁶⁸. Los organismos sectoriales se crean dadas las especificidades de los sectores por cuyo desarrollo deben velar, siéndoles conferidas una serie de herramientas – incluyendo las normativas – que trascienden de las derivadas de la actividad de supervisión. Por ejemplo, en el sector de las telecomunicaciones, y de conformidad con las directivas comunitarias, las ANRs pueden dictar instrucciones u otras medidas de carácter general, regular de manera preventiva algunos mercados particularmente sensibles, establecer obligaciones o conferir derechos de forma vinculante a los operadores, promover o autorizar determinados comportamientos, etc. Estas actuaciones son además en muchos casos independientes de los comportamientos estratégicos que pueda adoptar un operador con poder significativo de mercado en un determinado mercado.

El Anteproyecto sometido a consulta ocasiona una quiebra fundamental en este esquema, al limitar en esencia la intervención de la ANR (en el futuro, la CNMC) a la pura regulación de mercados, que por su propia naturaleza debe tener un carácter excepcional.

El texto sometido a consulta obvia que la regulación de mercados es una herramienta más – fundamental, pero no única– dentro del catálogo de instrumentos que el derecho comunitario pone a disposición de las ANRs para, en última instancia, contribuir al desarrollo de la competencia y la consecución del mercado único. La reforma planteada impone una excesiva rigidez al sistema al limitar en esencia la actuación regulatoria a los procesos de

⁶⁸ No resultando por tanto adecuado el título del artículo 5, “Función de supervisión y control de los mercados regulados”, al ir la actividades de la autoridad sectorial más allá de las puras funciones de supervisión.



revisión de mercados, lo cual puede llevar, bien a la adopción de decisiones que en muchos casos resultarán excesivas para solventar los problemas detectados, o bien a la imposibilidad de actuar a pesar de la constatación de que existen problemas que deberían ser solucionados (y donde la aplicación directa de las normas de competencia también podría resultar insuficiente o no ser viable).

Incluso en relación con la regulación de mercados, el Anteproyecto limita en la práctica la eficacia del procedimiento de análisis de los mercados relevantes al privar a la ANR (la CNMC) de una serie de herramientas esenciales, tales como el registro de operadores o la asignación de numeración.

Las consideraciones expuestas en los párrafos precedentes permiten poner en su contexto las modificaciones que la CMT propone a lo largo del presente Informe en relación con determinados artículos del Anteproyecto. Dichas modificaciones se vertebran en torno a dos ejes fundamentales:

- garantizar que el nuevo organismo cuente con todas las herramientas que resultan necesarias para adoptar las decisiones relacionadas con los procesos de regulación de mercados;
- asegurar la eficacia en el funcionamiento del nuevo organismo, a través del reconocimiento de las funciones de salvaguarda de la competencia que hasta la fecha la CMT ha venido asumiendo, más allá de la pura regulación de mercados, y sobre cuya base ha intervenido en las relaciones entre operadores.

IV.2.1.1 Regulación de mercados

(i) Implementación de las obligaciones

En el apartado a) del artículo 5.1, se confiere a la CNMC la función de “definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de la LGTel”.

Corresponde por tanto a la CNMC la regulación preventiva de determinados mercados que, por la fragilidad de su estructura competitiva, requieren de un mayor nivel de control, siguiendo para ello los cauces de cooperación institucional previstos por el derecho comunitario. A estos efectos, la CNMC debe definir el mercado relevante, decidir sobre la existencia de uno o varios operadores con poder significativo de mercado en el citado mercado, e imponer las obligaciones que sean proporcionadas a los problemas encontrados.

Aún cuando el Anteproyecto no se refiere a esta cuestión expresamente, resulta innegable que la facultad de establecer determinadas obligaciones conlleva la posibilidad de asegurar la correcta implementación de éstas⁶⁹. En efecto, la implementación de las obligaciones así como el control de su cumplimiento son elementos tan o más importantes que la propia imposición de obligaciones, por lo que necesariamente deberá de ser la CNMC la autoridad

⁶⁹ Dicho en otras palabras, la imposición (por ejemplo) por la CNMC de obligaciones de transparencia y no discriminación concretas, como podría ser la publicación de una oferta de referencia o de determinados indicadores de calidad, o la decisión de orientar determinados precios en función de los costes de prestación, llevará indudablemente aparejada la adopción por parte de la CNMC de las medidas de ejecución necesarias para garantizar el cumplimiento de tales obligaciones, tales como la revisión y control de la oferta de referencia.



encargada de garantizarlas, algo que también redundará en la calidad del proceso de toma de decisiones (al poder evaluarse de manera directa la viabilidad de las obligaciones que fueron impuestas en aras del adecuado desarrollo del mercado).

En el mismo sentido, el ejercicio de las funciones relacionadas con la regulación de mercados requiere de la monitorización constante del funcionamiento de los mercados y sus principales variables (precios, cobertura, calidades, etc.). Para el cumplimiento de esta labor de monitorización de los aspectos críticos para el desarrollo de los mercados, se hace imprescindible la recogida y análisis de diferentes datos recabados del sector, ya sea a partir de la oferta (los propios operadores) o la demanda (encuestas y medios similares). Así por ejemplo, la CMT ha realizado recientemente estudios relacionados con el desarrollo de la competencia en el segmento empresarial, o la sustituibilidad fijo-móvil, que resultan fundamentales para el mejor entendimiento (en aras de su posible regulación) de mercados como el de banda ancha.

Nuevamente, en opinión de esta Comisión, el Anteproyecto sometido a consulta debería reflejar de manera más clara que la labor de regulación de mercados incluye las tareas relacionadas con el seguimiento de dichos mercados.

(ii) Elementos necesarios para realizar el análisis de los mercados de forma eficiente

Por otra parte, y de manera fundamental, algunas de las competencias que el Anteproyecto en su D.A.7ª transfiere a la SETSI y se consideran de carácter administrativo, no sólo afectarán a la capacidad material de la CNMC para realizar los análisis de los mercados pertinentes sino que, además, limitarán las posibilidades del organismo sectorial de adaptar las herramientas puestas a su disposición de forma consistente con los objetivos regulatorios que se persiguen.

En particular sin perjuicio de lo que señalará en los comentarios a la D.A.7ª, cabe hacer referencia a los siguientes elementos:

- Registro de operadores. La llevanza del registro de operadores es un elemento material imprescindible para que la ANR pueda realizar los análisis de los mercados relevantes. Efectivamente, el Registro de operadores permite tener conocimiento de los potenciales oferentes y demandantes en el mercado para, en su caso, requerir la información necesaria en aras a realizar el análisis de mercado.

Si bien el Anteproyecto prevé el acceso por parte de la futura CNMC a dicho registro, esta Comisión entiende que el uso intensivo que se requiere del registro y de la información aportada por los interesados para su inscripción en dicho registro justifica, por motivos de eficiencia, que la CNMC mantenga su llevanza.

Los motivos que aconsejan mantener dicha competencia en manos de la ANR competente van además más allá de los puramente materiales, dado que el control de los modos de inscripción de los operadores en el registro permite contar con valiosa información sobre la oferta y la demanda⁷⁰.

⁷⁰ En este sentido, por ejemplo, haber atendido a determinados criterios en la llevanza del registro de operadores permitió concluir que, en el caso de los mercados móviles, existía una elevada demanda insatisfecha, indicador de la existencia de PSM por los operadores de red.



- Control, gestión y asignación de numeración. Como en el caso anterior, el acceso por parte de la CNMC a los datos sobre los operadores que cuentan con numeración asignada es esencial en la medida en que, para algunos mercados pertinentes, la numeración determina la necesidad de su revisión y regulación⁷¹.

Por otra parte, los criterios de asignación de este recurso escaso afectan a la situación de competencia y, por tanto, influyen en el resultado del análisis de los mercados pertinentes.

En conclusión, esta Comisión considera que varios de los elementos que el Anteproyecto califica como procesos administrativos son, en realidad, un elemento esencial para la definición y el análisis de los mercados pertinentes.

A este respecto, los aspectos relativos a la llevanza de los registros y asignación de numeración, que en opinión de esta Comisión deberían revertir a la CNMC, son tratados en mayor nivel de detalle a lo largo del presente informe.

IV.2.1.2 Otras funciones relacionadas con la salvaguarda de la competencia

La regulación de mercados no puede constituirse como la única herramienta con que cuente la futura CNMC para garantizar y fomentar la competencia efectiva en los mismos. De otra forma, se correría el riesgo de que la regulación resultante no fuera eficaz para corregir los fallos de mercado identificados en ellos.

Esta Comisión considera que la futura CNMC debería contar con las competencias actualmente conferidas a la CMT en virtud de los artículos 12 y 13.2 de la LGTel, debiendo por otra parte detallarse de manera más precisa las facultades de que dispondrá el nuevo organismo para la resolución de conflictos entre operadores.

Limitar a la regulación de mercados la actividad de la CNMC reduciría la efectividad y proporcionalidad de las medidas que se puedan adoptar, y afectaría a importantes principios que deben inspirar la regulación:

- Proporcionalidad. Como se ha indicado, la imposición de obligaciones exclusivamente mediante el procedimiento de análisis de mercados podría dar lugar a una regulación excesiva, que podría ser evitada a través del uso de instrumentos más apropiados para resolver los problemas particulares⁷².

- Consistencia. La aplicación de los instrumentos puestos a disposición del organismo sectorial debe ser consistente con los resultados de los análisis de mercados, dado que, en numerosas ocasiones, complementan las obligaciones allí impuestas o deben aplicarse en mercados conexos a los mismos.

⁷¹ En los mercados de terminación fija y móvil (mercados 3 y 7 de la Recomendación de Mercados), la asignación de numeración es el elemento esencial para la definición de un mercado pertinente centrado en el operador que recibe numeración, su análisis y, en su caso, la imposición de obligaciones.

⁷² En esta línea ha actuado la CMT en aspectos como la determinación de los principios que deben regir la fijación de los precios de los SMS. El ORECE reconoce por su parte que el mecanismo de resolución de conflictos puede ser empleado por las ANRs para solventar algunos fallos de mercado, al ser una forma de actuación eficaz y flexible para atender a determinadas condiciones que se dan en el mercado (ver, por ejemplo, en relación con los servicios de valor añadido, http://berec.europa.eu/doc/berec/bor/bor11_68_srsreport.pdf).



Un ejemplo claro de esta complementariedad y, por tanto, de la necesaria consistencia en la actuación de la ANR, se da en la regulación adoptada en el marco de la transición hacia las redes NGA⁷³.

- Flexibilidad. El desarrollo de los mercados y el cambio tecnológico requieren del uso de herramientas flexibles por parte de la ANR, que le permitan afrontar estos retos. Así, la futura CNMC deberá posiblemente analizar acuerdos que afectan a mercados regulados, pero cuyo control mediante el procedimiento de revisión de mercados podría no verse justificado⁷⁴. Igualmente, el debate en torno a la neutralidad de la red podría requerir de actuaciones que son independientes y diferentes de la regulación de mercados⁷⁵.

En definitiva, el reparto de competencias entre la SETSI y el nuevo organismo previsto en el Anteproyecto puede reducir la capacidad de actuación de la futura CNMC, limitando *de facto* su actividad a la imposición de obligaciones en el marco del análisis de los mercados, lo que redundaría en una menor efectividad de las medidas que se puedan plantear.

A este respecto, los aspectos referentes a la resolución de conflictos, así como a las medidas que pueden adoptarse en virtud de los artículos 12 y 13.2 de la LGTel, son tratados en mayor nivel de detalle en el apartado siguiente del presente informe. Por otra parte, a continuación se analizan determinadas funciones que actualmente viene desarrollando la CMT y que deberán estar recogidas en el texto del Anteproyecto a fin de dejar claro que las mismas se asignarán a la CNMC, habida cuenta de su especial relación con la salvaguarda de la competencia de los mercados:

(i) Función general de salvaguarda de la competencia

Como se ha indicado con anterioridad, las actividades de fomento y salvaguarda de la competencia en los mercados de telecomunicaciones requieren de una intervención que va más allá de la mera imposición de obligaciones en un entorno de regulación de mercados. El alcance e importancia de esta misión de salvaguarda, interpretada de manera amplia, ha sido refrendada en diversos pronunciamientos judiciales. De particular importancia en este contexto es la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de diciembre de 2008 en el asunto *Conduit*⁷⁶, donde se señala que “[...] si bien la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones no tiene capacidad para declarar formalmente que una determinada conducta constituye una infracción de los citados preceptos [de la Ley de Defensa de la Competencia], sí puede en cambio apreciar que esa conducta tiene presumiblemente efectos contrarios a la libre competencia o abusivos de una posición de dominio, y esta

⁷³ La CMT identificó dos cuellos de botella que podrían limitar el despliegue de redes de nueva generación. Por una parte, el acceso mayorista a determinadas infraestructuras del operador designado con PSM, que fue objeto de regulación mediante el procedimiento de análisis *ex ante* de los mercados de referencia. Por otra parte, el despliegue de redes en el interior de los edificios, que podrían configurarse como monopolios locales. En este caso la CMT optó por imponer obligaciones simétricas a todos los operadores que aseguraran la compartición de dichas infraestructuras, sobre la base del artículo 13.2 de la LGTel.

⁷⁴ Así, la suscripción de acuerdos voluntarios en relación con la prestación de servicios mayoristas de desagregación, o el desarrollo de proyectos de coinversión en el marco de las redes de nueva generación, son claros ejemplos de que las condiciones cambiantes del mercado requieren del uso de un conjunto de instrumentos que van más allá de la regulación de mercados.

⁷⁵ http://berec.europa.eu/doc/berec/bor_10_42.pdf

⁷⁶ Recurso núm. 2530/2006, relativo al recurso interpuesto contra la Resolución de la CMT de 13 de noviembre de 2003 relativa a determinadas prácticas llevadas a cabo por Telefónica de España, S.A.U. en el suministro de los datos de sus abonados para la prestación de dichos servicios de directorios de abonados (OM 2003/525).



valoración se configura además como presupuesto imprescindible para poder fundamentar la adopción de medidas preventivas correctoras”.

Se propone a continuación una nueva redacción del artículo 5 del Anteproyecto, que recoja de manera más clara las funciones de la CNMC relacionadas con la salvaguarda de la competencia en el sector de las telecomunicaciones. La modificación propuesta permitiría alinear además las funciones de la CNMC en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual con sus funciones en el sector eléctrico y gas natural, donde se asigna a este organismo la función de supervisar el grado y la efectividad de la apertura del mercado y de competencia, tanto en el mercado mayorista como el minorista.

El artículo 5.1 contendría por tanto un nuevo apartado en cuya virtud

“xx) La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia podrá adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta, la transparencia, el acceso e interconexión de las redes de comunicaciones electrónicas y la explotación de red en condiciones de red abierta, así como la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios, imponiendo a los operadores obligaciones de hacer o no hacer tendentes a asegurar el desarrollo de la competencia y la igualdad de trato en los mercados que tutela”.

(ii) Adopción de Circulares

Las instrucciones generales, dirigidas al conjunto del sector de las telecomunicaciones, son una herramienta esencial para la correcta evolución del mercado.

Así, la CMT ha dictado diversas Circulares desde su creación, en diversas materias: conservación de la numeración o portabilidad numérica; preselección de operador; establecimiento de procedimientos para el suministro de datos para la prestación de servicios de directorio en régimen de competencia, etc. Las Circulares han permitido también la implementación de medidas para facilitar los procesos de migración y preselección a través del uso extendido del consentimiento verbal con verificación por tercero, y han contribuido a fijar las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas.

El Anteproyecto reconoce al Consejo de la CNMC la posibilidad de dictar *“circulares y comunicaciones de carácter general a los agentes del mercado objeto de regulación o supervisión en cada caso”* (art. 10). Sin embargo, el ámbito en el cual el Consejo de la CNMC podrá ejercer esta competencia no queda suficientemente delimitado. En particular, el artículo 1.5 del Anteproyecto se limita a señalar que la CNMC *“dictará las disposiciones de desarrollo y ejecución de las Leyes, Reales Decretos y Órdenes Ministeriales que se aprueben en relación con los sectores sometidos a su supervisión cuando le habiliten expresamente para ello”*.

A este respecto, y en relación con las funciones conferidas a la CNMC en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual (artículo 5.1 del Anteproyecto), se propone incluir un nuevo epígrafe en cuya virtud sería función de la CNMC:

“xx) dictar las circulares, dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, necesarias para



garantizar la libre competencia y la pluralidad de la oferta, el acceso y la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios”.

(iii) Explotación de redes/prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas (artículo 8.4 LGTel)

El número de entidades públicas que desarrollan proyectos de telecomunicaciones es muy significativo⁷⁷. La actividad de las Administraciones Públicas en este sector debe tener lugar en condiciones tales que no genere distorsiones en las condiciones competitivas; de ahí que, en consonancia con lo establecido en las directivas comunitarias, la LGTel someta la participación de las entidades públicas en el mercado tanto a las reglas generales como a condiciones específicas, recogidas en su artículo 8.4. Este precepto sujeta específicamente la explotación de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas, directamente o a través de sociedades en cuyo capital participen mayoritariamente, a lo dispuesto en la LGTel y sus normas de desarrollo.

La actuación de las Administraciones Públicas debe llevarse a cabo con sujeción a la debida separación de cuentas y con arreglo a los principios de neutralidad, transparencia y no discriminación. Asimismo, el artículo 8.4 de la LGTel prevé que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrá imponer condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia. Este precepto ha sido desarrollado por el artículo 4.1 del Reglamento de Servicios y por la Circular 1/2010, de 15 de junio, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas.

La aplicación de las previsiones del artículo 8.4 de la LGTel, en particular a raíz de la puesta en marcha de la Circular 1/2010, ha dado lugar a la aprobación de varias Resoluciones⁷⁸ y a la gestión y control de la información suministrada por decenas de entidades públicas. Junto con un mayor conocimiento y visibilidad de la normativa de telecomunicaciones, el control y ejecución de los postulados establecidos en el artículo 8.4 ha facilitado el ajuste de la actividad de las Administraciones Públicas a principios como el de inversor privado en una economía de mercado.

Por otra parte, la labor de asesoramiento, junto con la concreción de las obligaciones con las que minimizar la afectación a la competencia de las actuaciones llevadas a cabo por las Administraciones Públicas, ha sido abiertamente apoyada por la Comisión Europea, reconociéndose de forma adicional a la CMT competencias de supervisión en materia de precios y condiciones de acceso (ver por ejemplo Decisiones de la Comisión Europea en el asunto *N407/2009 – Fibra óptica en Cataluña, España (Xarxa Oberta)*⁷⁹ o en el asunto *N424/2010 – Banda Ancha y NGA – Galicia, España*)⁸⁰.

⁷⁷ El número de Administraciones Públicas y entidades participadas inscritas en el Registro de Operadores a día 8 de marzo de 2012 es de 630.

⁷⁸ Resoluciones de 18 de noviembre de 2010 (proyecto de la Xunta de Galicia); 13 de enero de 2011 (Generalitat Valenciana); 17 de marzo de 2011 (Comunidad Autónoma de la Rioja), 23 de junio de 2011 (imposición de condiciones a Telecom Castilla-La Mancha, S.L.), 18 de julio de 2011 (adopción de dos Resoluciones en relación con el proyecto Xarxa Oberta de la Generalitat de Cataluña); 8 de marzo de 2012 (Viladecans).

⁷⁹ párrafo 137.

⁸⁰ En el párrafo 14.g) y l). La cooperación entre las ANRs y la Comisión Europea en el marco de la concesión de ayudas de



De todo ello se desprende que las funciones contempladas en el artículo 8.4 de la LGTel constituyen una vía determinante para la consecución de los objetivos de fomento y salvaguarda de la competencia. Las mismas motivaciones justificaron la inclusión de un precepto similar en la D.A. 12 del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre, y conforme al cual la posible distorsión de competencia creada por la iniciativa pública en la extensión de cobertura debe ser valorada por la CMT.

A este respecto, esta Comisión entiende que es necesario que el texto sometido al presente informe clarifique de forma expresa la asunción de esta función por la CNMC.

Se propone por tanto incluir un nuevo epígrafe en el artículo 5.1 del Anteproyecto, que incorpore las previsiones del artículo 8.4 de la LGTel, y en cuya virtud corresponde a la CNMC

“xx) imponer las condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia, a que se refieren el artículo 8.4 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, así como la disposición adicional duodécima del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre”.

(iv) Otras funciones

Por último, y en aras de mantener las funciones asignadas por otros instrumentos normativos a la CMT, se propone incluir en la Ley de creación de la CNMC una serie de disposiciones adicionales:

En primer lugar, el artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes de intensificación de la competencia en mercados de bienes y servicios atribuye a la CMT la función de identificar los operadores principales a los efectos de lo previsto en la citada ley (limitación a la participación en más de un operador principal).

En segundo lugar, según la D.A. 13 de la Ley de Economía Sostenible (*“Régimen especial de las telecomunicaciones en Canarias”*), compete a la CMT analizar de forma anual los sobrecostos y circunstancias que concurren en Canarias, con objeto de analizar si existe un entorno de competencia efectiva así como posibles desviaciones en el comportamiento de las ofertas de servicios, proponiendo, en su caso, las medidas específicas que resulte conveniente adoptar por las distintas autoridades de reglamentación en sus respectivos ámbitos de competencia.

Se incluirían en definitiva dos nuevos epígrafe en el artículo 5.1 del Anteproyecto, conforme a los cuales es función de la CNMC

“xx) hacer público el listado de operadores principales a que se refiere el artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios”.



“xx) proponer, en su caso, las medidas específicas que puede resultar conveniente adoptar en relación con la prestación de servicios de telecomunicaciones en Canarias, según lo previsto en la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible”.

En tercer lugar, el Reglamento del Roaming atribuye a la CMT una serie de funciones en aras de asegurar la correcta implementación de los principios establecidos en dicho Reglamento. Se propone por tanto la inclusión de dichas funciones como parte de las competencias que la CNMC debería asumir en virtud del artículo 5:

“el control de las medidas relativas a las tarifas al por mayor y al por menor para llamadas itinerantes reguladas, y para SMS itinerantes regulados, así como las medidas de supervisión, observancia y resolución de conflictos previstas por el Reglamento (CE) nº 717/2007, de 27 de junio de 2007, relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad, incluyendo la aplicación de las sanciones que en su caso correspondan”.

IV.2.1.3. Artículo 5 y supervisión de las competencias previstas en el artículo 9 de la Ley General de Comunicación Audiovisual.

Dentro de las funciones que no están expresamente atribuidas a la futura Comisión Nacional de Mercados y de la Competencia (en adelante, CNMC) en el ámbito audiovisual, pero que se deben entender incluidas en su ámbito competencial, se encontraría la recogida en el artículo 9 de la Ley Audiovisual relativo al *“derecho de participación en el control de los contenidos audiovisuales”*.

Este artículo viene a recoger lo previsto en la anterior normativa relativo a la denominada *“acción de cesación”*⁸¹ que se configura como una mediación pre-procedimental en que la Autoridad Audiovisual, a petición de cualquier persona física o jurídica, puede solicitar al prestador de servicios de comunicación audiovisual la cesación de determinadas conductas, así como intimarle al cumplimiento del correspondiente código de conducta.

Si bien, dicha competencia se encuentra subsumida en el ámbito competencial de la CNMC en el sector audiovisual, pues de conformidad con el artículo 5.1.e), f) y h) del Anteproyecto le corresponde a este Organismo velar por el cumplimiento de la normativa en materia de comunicaciones comerciales así como del cumplimiento de los correspondientes códigos de conductas, sería recomendable, a efectos aclaratorios, que se especifique en el artículo 5 de dicho Anteproyecto dicha atribución como un apartado adicional.

Así, se propone incluir un nuevo apartado en el artículo 5.1 con la siguiente redacción:

“Ejercer las funciones previstas en el artículo 9 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de Comunicación Audiovisual”.

⁸¹ La acción de cesación se encontraba recogida en los artículos 21 y 22 de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.



IV.2.1.4 Artículo 5 y Disposición adicional Séptima: funciones relacionadas con el servicio universal

El artículo 5.1 b) del Anteproyecto señala que corresponderá a la CNMC “proponer al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a petición de éste, la cuantía que supone el coste neto del servicio universal a que se refiere el artículo 24.1 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones”.

Por otra parte, de conformidad con la D.A. 7ª, corresponderá a la SETSI:

“m) Determinar si la obligación de la prestación del servicio universal puede implicar una carga injustificada para los operadores obligados a su prestación, así como fijar las aportaciones que correspondan a cada uno de los operadores con obligaciones de contribución a la financiación del servicio universal, y gestionar el Fondo nacional del servicio universal, a que se refieren los artículos 24.1, 24.3 y 24.4 de la Ley 32/2003, General de telecomunicaciones.”

Con las anteriores disposiciones y la D.A. 3ª, se desapodera a la nueva CNMC de las competencias en el ámbito del servicio universal que venía desempeñando la CMT desde su creación, en 1996, con la excepción de la función de proponer al MIEyT, “a petición de éste”, la cuantía anual del coste neto del servicio universal. Ha de tenerse en consideración, más aun, que desde la creación de la CMT y hasta el año 2000, a este organismo le correspondía la tarea de controlar el cumplimiento de las obligaciones de servicio público que se impusieran a los operadores de comunicaciones electrónicas y de los medios para su financiación.

Para llevar a cabo esta modificación esencial en la regulación del servicio universal, la única justificación que ofrece el Anteproyecto se encuentra en su Exposición de motivos, como para otras funciones: el objetivo de la eficacia de la intervención pública y la recuperación para el MIEyT de “aquellas tareas de índole administrativa que venían ejerciendo los organismos reguladores, para cuyo desempeño no se requiere de una especial independencia”.

Pues bien, este organismo discrepa, como se señala en otras secciones del presente informe para otros aspectos, con que se trate a este tipo de funciones como tareas de índole administrativa. No obstante, dejando al margen la justificación que dé el Anteproyecto para este cambio en la distribución de competencias entre Administraciones, la CMT ve un grave riesgo en las consecuencias que pueda tener una modificación de este calado para la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas.

Por las razones que se exponen a continuación, la CMT propone al Gobierno que reconsidere el modelo de distribución de competencias que dibuja en el Anteproyecto y, encomendando a la CNMC las funciones más técnicas y de mercado relacionadas con el servicio universal, instrumentalice mayores mecanismos de coordinación o incluso de decisión conjunta entre la Administración territorial del Estado y el organismo público supervisor de la competencia de los mercados respectivos.

1. Ejercicio de funciones que lindan con la supervisión de la competencia en los mercados.



La técnica del servicio universal es un ámbito muy complejo en su configuración, pues se trata de obligaciones *de minimis* impuestas –o prestadas voluntariamente dependiendo del mecanismo de designación- para garantizar a todos los ciudadanos determinados servicios que define el Estado como elementos del servicio universal, en un sector económico dejado a la competencia o, más aun, donde se fomenta activamente que haya competencia. El servicio universal únicamente habrá de prestarse cuando *“las necesidades de los usuarios no se vean atendidas de manera satisfactoria por el mercado”* (artículo 20.1 de la LGTel).

El servicio universal –junto con otras obligaciones de servicio público previstas en la normativa- representa el reducto en las telecomunicaciones del servicio público, entendido tradicionalmente como ámbito reservado a la titularidad pública, y que ahora se articula de forma más amplia como un título de intervención pública que garantiza la prestación de aquellos elementos que el Estado considera que han ofrecerse a todos los usuarios con una calidad determinada y a un precio asequible.

Por tanto, es evidente que existe una tensión entre el servicio universal y la prestación de servicios en libre competencia. De ahí que a la CMT –además de la aprobación anual de la cuantía del coste neto y de la gestión del mecanismo de financiación del servicio universal- se le hayan otorgado por la normativa funciones tales como:

- informar sobre el carácter asequible de los precios de los servicios incluidos en el servicio universal (artículo 35 del RSU);
- informar sobre las zonas y los elementos cuya prestación no queda garantizada por el libre mercado, previamente a que el MIEyT determine estos elementos y designe a los operadores encargados de la prestación del servicio universal (artículo 36 del RSU);
- definir y revisar la metodología para determinar el coste neto, tanto en lo que respecta a la imputación de costes como a la atribución de ingresos, que deberá ser conforme con lo establecido en el RSU y basarse en procedimientos y criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionales y tener carácter público (artículo 40.2 del RSU);
- establecer el procedimiento para cuantificar los beneficios no monetarios obtenidos por el operador (artículo 40.3 del RSU);

Se entiende que la CNMC seguirá informando en aquellos supuestos que prevé la normativa, por aplicación del artículo 8.f) del Anteproyecto, pero no establecerá la metodología para determinar el coste neto ni el procedimiento para cuantificar los beneficios no monetarios (por aplicación de la D.A. 3ª).

Este organismo entiende que las funciones de ejecución de la política gubernamental de servicio universal y de control de su cumplimiento están muy relacionadas con la práctica de la CMT de supervisión de la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas. Por ello, es arriesgado prescindir del organismo encargado de supervisar el funcionamiento de los mercados y su competencia para valorar la evolución del cumplimiento de las obligaciones de servicio público. El momento actual es idóneo para aprovechar la experiencia que se tiene sobre la colaboración de la Administración General del Estado y la CMT e intentar mejorar los instrumentos de coordinación entre ambas.

En este sentido, como se ha reflejado en el apartado precedente sobre el análisis comparativo con otros países en el seno de la UE, la mayoría de las ANRs europeas tienen encomendado el bloque de funciones de ejecución de la política gubernamental en materia de servicio universal, incluyendo la supervisión del cumplimiento de las obligaciones.



Este organismo comparte que el MIEyT, como Administración General del Estado, se reserve la competencia sobre aspectos como la definición del servicio universal o la decisión última de cuándo ha de dejarse de prestar un servicio, previo informe de la CNMC -como hasta ahora venía informando la CMT-, como elementos integrantes de la política gubernamental en materia de telecomunicaciones. Se trata de elementos definitorios y decisorios básicos para la prestación de las obligaciones de servicio público.

Sin embargo, la CMT entiende que resulta conveniente la independencia del órgano que asuma las tareas de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de servicio público, respecto del órgano que elabora la normativa a aplicar, como se ha señalado en las Observaciones generales de este informe.

No obstante, podrían establecerse mayores mecanismos de coordinación entre Administraciones para aspectos tan relevantes como, por ejemplo, la determinación de la carga injustificada, o para poder garantizar el Estado que las políticas definidas por él son convenientemente supervisadas y ejecutadas.

2. Ejercicio de funciones similares en los distintos sectores económicos supervisados: coherencia.

En relación con lo sostenido en el subapartado anterior, llama bastante la atención que se hayan atribuido las funciones mencionadas a la CNMC en relación con los sectores postal y de comunicación audiovisual y no se haya hecho así con respecto a las comunicaciones electrónicas, cuando ésta era una función desempeñada por este organismo en el momento de su creación (fue modificada a través de la LGTel de 2003).

El artículo 5.4, letras a), c) y d), del Anteproyecto dispone que a la CNMC corresponderá velar por que se garantice el servicio postal universal, verificar la contabilidad del operador designado y el coste neto del servicio postal universal y determinar la cuantía de la carga financiera injusta y gestionar el Fondo de financiación del servicio postal universal.

Asimismo, a la CNMC se le encarga vigilar el cumplimiento de la misión de servicio público encomendada a los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual de ámbito estatal (artículo 5.1 g) del Anteproyecto).

A juicio de este organismo, como se señaló al inicio del presente informe, debería considerarse que la CNMC ha de tener un conjunto de funciones similares en aquellos sectores económicos cuya vigilancia se le encomienda, por motivos de coherencia de sus fines y de eficiencia de sus decisiones.

3. Coste neto y gestión del mecanismo de financiación: ejercicio de funciones ejecutivas eminentemente técnicas.

En particular para las dos funciones que se detraen en el Anteproyecto a la CNMC, la primera consideración que ha de hacerse es que el artículo 5.1 b) tiene una redacción poco afortunada, pues parece que deja la decisión de proponer la cuantía del coste neto a expensas de una petición discrecional del MIEyT, cuando probablemente el precepto quiera reflejar que dicha propuesta se hará cuando se solicite por el MIEyT. Aun así, se solicita que se aclare, ya que la CNMC no puede tener recursos disponibles destinados a esta tarea sin conocer si se le va a solicitar que cuantifique el coste neto.



En todo caso, sería más oportuno que la competencia para aprobar la metodología del coste neto y para cuantificarlo anualmente correspondiera a la futura CNMC.

Adicionalmente a las razones expuestas en los apartados anteriores, se trata de funciones muy técnicas. La determinación de la existencia y cuantía del coste neto es una tarea de gran complejidad técnica, que requiere del análisis y verificación de un elevado volumen de información contable y extra contable por parte de la ANR, y de un procedimiento con varios trámites. Para llevar a cabo esta tarea se tiene en cuenta la información obtenida a través de otras funciones regulatorias desempeñadas por el organismo. Así, la CMT utiliza su experiencia en el análisis de metodologías de costes para valorar el coste neto presentado por el operador. Más aun, la CMT tiene en cuenta la información de que dispone de la arquitectura de red del operador –información obtenida en su mayor medida por las obligaciones impuestas en las definiciones de mercados- para determinar qué servicios o actividades han de imputarse y de qué forma al coste neto del servicio universal.

La CMT tiene una experiencia solvente tanto en la definición de la metodología del coste neto como en la cuantificación anual de dicho coste. Con respecto a la metodología, esta se aprobó en el año 2000 y se ha aplicado desde entonces, consolidándose por la CMT una doctrina sobre diversos aspectos de la misma, encontrándose actualmente dicha metodología en revisión, tras la modificación del ámbito del servicio universal a una conexión que permita el servicio de banda ancha a 1 Mbit/s, para adecuar la información que se requiera para el cálculo del nuevo coste neto, como por ejemplo la definición del concepto de zona, elemento esencial y previo. Por la repercusión que pudiera tener la modificación de la metodología para la cuantificación del coste neto en las aportaciones de los operadores al mecanismo de financiación (Fondo), la propuesta de modificación de la metodología se someterá a trámite de información pública para conocimiento del sector.

Con respecto a la cuantificación anual del coste neto, de conformidad con el artículo 12.2 de la DSU y el artículo 45 del RSU, el procedimiento de determinación de coste neto se realiza para un ejercicio anual siguiendo la siguiente tramitación:

- Telefónica como operador obligado hasta la fecha, tiene que presentar antes de cada 31 de julio, los resultados de costes del ejercicio anterior, auditados por sus auditores externos, junto con la declaración anual del coste neto del servicio universal de ese año. A partir de dicha presentación, y dado que esos resultados son la base fundamental para la determinación del coste neto, se deben someter a un proceso de auditoría por parte de esta Comisión cuya duración puede variar entre 4 y 6 meses.
- Una vez realizada este ejercicio de auditoría de los costes globales del operador, comienza el procedimiento de auditoría de la declaración anual de coste neto del operador obligado, que suele requerir entre 1 y 2 meses adicionales.
- A partir de aquí, comienza el procedimiento por el cual la ANR determina si existe coste neto así como su cuantía.

En definitiva, las tareas anteriores son propias de un órgano muy técnico, en las que la CMT tiene una experiencia fundada, sin que esté justificado dividir la propuesta de la cuantía y la decisión sobre la misma en dos órganos distintos, ya que ralentizará la toma de decisiones, en un procedimiento que ya de por sí tiene una tramitación compleja.

Por otra parte, según la DSU, los principios de transparencia, distorsión mínima del mercado, no discriminación y proporcionalidad junto con el de objetividad son los que deben inspirar a los Estados Miembros en la definición e implementación de la política de servicio universal. El citado texto legal vuelve a hacer referencia a estos principios en relación con el



reparto del coste neto siempre que hay una carga injustificada y se debe articular un mecanismo de reparto. Así, el Anexo IV parte B señala que:

“La recuperación o financiación de los costes netos derivados de las obligaciones de servicio universal hace referencia a la necesidad de compensar a las empresas designadas que asumen tales obligaciones por los servicios que prestan en condiciones no conformes a las prácticas comerciales normales. Los Estados miembros velarán por que las transferencias de carácter financiero debidas a tal compensación se efectúen de manera objetiva, transparente, no discriminatoria y proporcionada. Lo anterior significa que las transferencias causen la menor distorsión posible tanto de la competencia como de la demanda por parte de los usuarios.

Con arreglo al apartado 3 del artículo 13, un mecanismo de reparto de los costes a través de un fondo ha de utilizar un sistema transparente y neutro de recaudación de contribuciones, que evite el peligro de la doble imposición de contribuciones sobre operaciones soportadas y repercutidas por las empresas [...]”

Siendo la futura CNMC la encargada de realizar el análisis de los mercados, será por tanto, quien conozca en primer término la situación competitiva en los mercados afectados por la obligación del servicio universal, y el organismo más adecuado para garantizar la objetividad, transparencia, no discriminación y proporcionalidad de la financiación o recuperación del coste neto

Por su parte, la determinación de los operadores obligados a financiar el coste neto debe respetar también ese principio de no discriminación y de no distorsión de la competencia, por lo que es preciso tener en cuenta la situación competitiva en el mercado para no causar una presión excesiva sobre los operadores alternativos.

Todas estas razones hacen necesario que el cálculo del coste neto, la determinación de la carga injustificada y las decisiones sobre el mecanismo de reparto residan en la futura CNMC, puesto que necesitan para su realización de una misma visión de conjunto al objeto de actuar con proporcionalidad, sin añadir distorsiones al mercado.

En consecuencia, se propone:

- (i) Modificar la redacción de la letra b) del apartado 1 del artículo 5 por la siguiente:
 - b) Ejercer las funciones que en relación con el servicio universal y su financiación le encomienda el título III de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y su reglamento de desarrollo”.
- (ii) Eliminar la letra m) de la Disposición adicional Séptima.

IV.2.2 Artículo 7. Funciones de arbitraje y resolución de conflictos versus Disposición adicional séptima

El artículo 7, apartado 1, del Anteproyecto reconoce a la CNMC la función para actuar como órgano arbitral, tanto de derecho como de equidad, para resolver las controversias que le



sean sometidas por los operadores de cada sector económico, de conformidad con la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Esta previsión no suscita comentarios a este organismo, al tratarse de la competencia que venía siendo ejercida en base al artículo 48.4.a) de la LGTel.

El que sí suscita comentarios es el apartado 2 de este precepto. En función de este apartado, en los mercados de comunicaciones electrónicas, la CNMC resolverá los conflictos que le sean planteados por los operadores económicos en los siguientes casos:

“i. Conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el Título II de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, así como en materias relacionadas con guías telefónicas.

ii. Desacuerdos entre operadores en relación con la forma de sufragar los costes que produzca la conservación de los números telefónicos a que se refiere el artículo 18 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

iii. Desacuerdos entre operadores en relación con las condiciones de uso compartido a que se refiere el artículo 30 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.”

En los tres supuestos se trata de funciones que ha ejercido hasta el momento la CMT. En particular, el subapartado (i) transcrito tiene una vocación muy general, toda vez que incluye todos los conflictos y procedimientos de intervención amparados por el Título II de la LGTel. Sin embargo, este precepto ha de interpretarse conjuntamente con la D.A. 7ª, que encomienda a la SETSI las siguientes funciones:

“(…) h) Intervenir en las relaciones entre operadores a que se refiere el artículo 11.4 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

i) Establecer determinadas condiciones técnicas u operativas en relación con el acceso, a que se refiere el artículo 12.1 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

j) imponer obligaciones a los operadores que controlen el acceso a los usuarios finales, a que se refiere el artículo 12.2 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

*k) Imponer obligaciones relativas al acceso o a la interconexión a operadores que no hayan sido declarados con poder significativo en el mercado a que se refiere el artículo 13.2 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.
(...)”*

Por lo que respecta a este ámbito competencial, el artículo 7 y la D.A. 7ª incurren en una contradicción que puede introducir confusión en el sector de las comunicaciones electrónicas, al producir un riesgo de solapamiento de las decisiones regulatorias que podría implicar una grave falta de seguridad jurídica y de previsibilidad regulatoria nada positiva para el funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas.



Ello es así en la medida en que se podría interpretar de las disposiciones transcritas que se está atribuyendo tanto a la CNMC como a la SETSI la misma competencia para intervenir en las relaciones entre operadores, aspecto que con toda seguridad está fuera de la voluntad del Gobierno, máxime cuando, como se ha señalado en los comentarios generales del presente informe y se verá a continuación, la normativa comunitaria blindas estas funciones atribuyéndoselas en exclusiva, a la ANR independiente –con las particularidades que se analizarán posteriormente en relación con el artículo 11.4 de la LGTel–.

De forma adicional, el Anteproyecto no menciona muchas de las funciones que en materia de intervención de las relaciones entre operadores y resolución de conflictos detenta en la actualidad la CMT, derogando expresamente –en su Disposición derogatoria única– el artículo 48 de la LGTel, que dispone de una letra m) en el apartado 4 que atribuye a la CMT *“cualquiera otras [funciones] que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Industria, Turismo y Comercio”*, y estableciendo, en su D.A. 3ª, que *“las competencias que la legislación vigente atribuía a los organismos reguladores extinguidos, y que la presente Ley no encomienda a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia serán ejercidas por los departamentos ministeriales a los que estuvieran adscritos, (...)”*.

Estas previsiones introducen confusión en la distribución competencial entre la CNMC y el MIEyT y parecen despojar a la CMT del ejercicio de otras funciones en materia de conflictos que venía desempeñando por atribución reglamentaria.

Por ello, a continuación procede recordar en primer término cuál es el fundamento comunitario de las competencias otorgadas a las ANRs para intervenir en las relaciones entre operadores y cómo se han distribuido estas competencias en el ordenamiento jurídico español. Esta intervención se lleva a cabo a través de multitud de instrumentos, entre ellos, la regulación de mercados y la aprobación de Circulares analizados en el apartado anterior. Asimismo, la interpretación de las obligaciones impuestas en la regulación de mercados y la imposición de obligaciones o condiciones técnicas adicionales se ha llevado a cabo tradicionalmente a través de conflictos de acceso a recursos o servicios entre operadores de comunicaciones electrónicas o de procedimientos administrativos de intervención en las relaciones entre operadores que se pueden iniciar de oficio.

En segundo lugar, se especificará cuál ha sido la práctica de la CMT hasta el momento para, finalmente, señalar los principios de actuación en que se basa este organismo y que están en riesgo con la reforma que a través del citado Anteproyecto parece estar proponiéndose por el Gobierno.

IV.2.2.1 Regulación comunitaria de las potestades de intervención de las ANRs

Como se señaló anteriormente, la Directiva 2009/140/CE –pendiente de transposición al ordenamiento jurídico español– pretende blindar o fortalecer la independencia de la que deben gozar las ANRs responsables de la regulación de mercados y de la solución de litigios entre empresas⁸². Recuérdese de forma adicional a este respecto que el Considerando 6 de la Directiva Acceso explicita que *“las ANRs han de estar facultadas para*

⁸² De conformidad con el Considerando 13 de la Directiva 2009/140/CE o el artículo 3.3 bis introducido *ex novo* en la Directiva Marco.



garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de servicios cuando fracasen las negociaciones comerciales entre empresas”, más aún en aquellos mercados en que todavía persisten fallos de mercado o importantes diferencias en el poder de negociación entre las partes. Para ello, las ANRs han de tener atribuido un conjunto bien definido de competencias.

Las funciones básicas en materia de resolución de litigios entre empresas están contenidas en los artículos 20 y 21 de la Directiva Marco.

El artículo 20 de la Directiva Marco establece que *“en caso de producirse un litigio en relación con obligaciones existentes en virtud de la presente Directiva o de las Directivas específicas entre empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas de un Estado miembro, o entre dichas empresas y otras empresas en el Estado miembro que se benefician de las obligaciones de acceso o de interconexión impuestas en virtud de la presente Directiva o las Directivas específicas, la autoridad nacional de reglamentación afectada adoptará, a petición de cualquiera de las partes, y sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 2, una decisión vinculante para resolver el litigio lo antes posible o en todo caso en un plazo de cuatro meses, salvo en circunstancias excepcionales. (...)”* [el subrayado es nuestro]

El artículo siguiente (21) prevé la resolución de litigios transfronterizos, la necesidad de coordinar esfuerzos entre las ANRs implicadas y el derecho de consulta al ORECE.

Dos aspectos esenciales han de resaltarse por ahora de la redacción del artículo 20 de la Directiva Marco:

- a) La intervención para la resolución de litigios se producirá en relación con cualquiera de las obligaciones cuyo cumplimiento tenga que garantizar o que pueda imponer el Regulador independiente en virtud del conjunto de las Directivas integrantes del marco regulador europeo de las comunicaciones electrónicas.

Como establecen estos preceptos, la intervención que puede llevarse a cabo a través de la resolución de conflictos se detalla en la Directiva Marco y en las demás Directivas específicas del sector de las comunicaciones electrónicas.

Fundamentalmente, sin perjuicio de otras disposiciones existentes, para fomentar y garantizar la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios y la eficiencia, la competencia sostenible y la innovación e inversión eficientes y con el objeto de garantizar los objetivos generales del artículo 8 de la Directiva Marco –art. 3 de la LGTel-, las ANRs podrán imponer obligaciones en los siguientes casos (vid artículo 8 de la Directiva Acceso):

- Como consecuencia de los procedimientos de definición de mercados, a las empresas con poder significativo de mercado (entre otros, artículos 8 a 13 ter de la Directiva Acceso, transpuestos en los artículos 10 y 13 de la LGTel y vía reglamentaria);
- Asimismo, si fuera necesario para garantizar el funcionamiento normal de la red, como consecuencia de las obligaciones de acceso impuestas en estos procedimientos, se podrán imponer condiciones técnicas u operativas a satisfacer por el operador con PSM o por los beneficiarios de la obligación de acceso impuesta (artículo 12.3 de la Directiva Acceso, transpuesto vía artículo 12.1 de la LGTel).



- La obligación de interconexión, para garantizar la posibilidad de conexión de extremo a extremo, y las obligaciones de acceso que sean necesarias, para garantizar la interoperabilidad de servicios, a las empresas que controlen el acceso a los usuarios finales (artículo 5.1 a) y 5.1.a ter) de la Directiva Acceso, transpuesto en los artículos 12.2 y 11.4 de la LGTel y 23.3 c) del Reglamento de Mercados, y pendiente de transposición en lo que respecta al artículo 5.1.a ter) –garantía de la interoperabilidad de servicios-).
- Determinadas obligaciones, en la medida en que sea necesario para garantizar el acceso de los usuarios finales a los servicios digitales de radiodifusión y televisión (artículo 5.1.b) de la Directiva Acceso, transpuesto en el artículo 11.4 y en la Disposición adicional Séptima de la LGTel y en los artículos 23.d) y 24 del Reglamento de Mercados -obligaciones a los operadores que dispongan de guías electrónicas de programación (EGP) e interfaces de programas de aplicaciones (API), para facilitar el acceso a estos recursos.
- Obligaciones de coubicación y uso compartido de elementos y redes y recursos asociados (artículo 12 de la Directiva Marco, transpuesto en el artículo 30 de la LGTel –están pendientes de transposición las novedades del artículo 12 de la Directiva Marco⁸³).
- Obligaciones de las empresas con derechos exclusivos o especiales en otros sectores de llevar una contabilidad separada y una separación estructural de actividades (artículo 13 de la Directiva Marco, transpuesto a través del artículo 8.3 de la LGTel).
- Condiciones asociadas a los derechos de uso de radiofrecuencias (condición 7 de la sección B del anexo de la Directiva Autorización, véase el artículo 23.2.a) del Reglamento de Mercados).
- Otras: obligaciones de servicio universal –que tienen una regulación independiente-, obligaciones derivadas de los artículos 27, 28 y 29 de la Directiva de Servicio Universal⁸⁴; obligaciones derivadas de la Directiva sobre la intimidad y las comunicaciones electrónicas.
- Y obligaciones derivadas de la necesidad de respetar compromisos internacionales.

Como puede verse, el panorama de disposiciones comunitarias relativas a las obligaciones o condiciones que pueden imponerse a los operadores de redes y servicios de comunicaciones electrónicas es muy amplio.

- b) Por otra parte, el artículo 20 de la Directiva Marco, modificado por la reforma de 2009, introduce una ampliación del ámbito subjetivo y objetivo de actuación del Regulador, que está pendiente de transposición al ordenamiento jurídico español, al

⁸³ La posibilidad para imponer, a los operadores o a los propietarios de los correspondientes recursos, obligaciones relativas a la utilización compartida de los tramos finales de las redes de acceso que discurren por el interior de las edificaciones o a partir del primer punto de concentración o distribución si está ubicado en el exterior del edificio,

⁸⁴ Están asimismo pendiente de transposición al ordenamiento jurídico español las facultades de intervención que se prevén en el artículo 22 de la DSU modificada.



atribuirle la competencia para resolver los conflictos entre operadores y otras entidades que se beneficien del acceso y la interconexión.

Esta disposición tiene una gran relevancia pues persigue dotar a la ANR de facultades para garantizar el acceso adecuado a redes y recursos y servicios asociados para el suministro de servicios de la sociedad de la información y de comunicación audiovisual a los usuarios finales.

Es asimismo relevante recordar la ampliación del concepto de acceso en la Directiva Acceso, que introdujo la modificación del marco regulador⁸⁵ y cómo, entre los recursos asociados a una red a los que puede obligarse a dar acceso, se ha incluido a los “servicios asociados”, considerando como tales cualquier servicio que apoye el suministro de servicios de comunicaciones electrónicas o tenga potencial para ello – art. 2.e bis de la Directiva Marco)-.

En definitiva, frente al concepto de acceso a redes o recursos asociados al que se suele aludir, ha de recordarse que las condiciones y obligaciones en materia de acceso se imponen a los operadores para garantizar el acceso de los usuarios finales a cualquier servicio soportado por una red o servicio de comunicaciones electrónicas, pudiendo producirse el conflicto entre operadores de comunicaciones electrónicas y otras entidades que no tengan tal naturaleza pero proporcionen servicios de la sociedad de la información o de contenidos a usuarios finales y necesiten de cualquier funcionalidad o recurso asociado para prestar un servicio de calidad y con unas prestaciones determinadas.

Las anteriores consideraciones ilustran la variedad de obligaciones que pueden imponerse y de supuestos de intervención que puede haber con ocasión de dichas obligaciones. En función de la distribución competencial material que se perfile en cada ordenamiento jurídico nacional, existirán posibilidades de intervenir en las relaciones entre operadores distintas para cada ANR.

No obstante, la competencia para dirimir conflictos -debido a la solicitud de acceso a recursos o servicios de una empresa frente a otra, pero no únicamente a través de conflictos- que se pueden producir en las relaciones entre los operadores de comunicaciones electrónicas y entre estos y otras empresas que se benefician de un acceso a cualquier recurso o servicio asociado, ha de competir a una sola ANR, a la Autoridad independiente, de acuerdo con el marco comunitario europeo.

Adicionalmente, ha de considerarse que en estos procedimientos existe cada vez más una coordinación con la CE y con el ORECE.

Por una parte, las obligaciones y condiciones impuestas de conformidad con el artículo 5.1 de la Directiva Acceso –fuera del procedimiento de definición de mercados- se aplicarán de conformidad con los procedimientos de transparencia y consulta y de notificación a la CE y de relación con el ORECE de los artículos 6, 7 y 7 bis de la Directiva Marco (artículo 25 del Reglamento de Mercados), por lo que el legislador comunitario parece someter al mismo

⁸⁵ Acceso se define como “la puesta a disposición de otra empresa, en condiciones definidas y sobre una base exclusiva o no exclusiva, de recursos o servicios con fines de prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, incluyendo cuando se utilicen para el suministro de servicios de la sociedad de la información o de servicios de contenidos de radiodifusión. (...)”. [en subrayado lo añadido]



organismo, el encargado para la resolución de litigios, todas estas competencias, que se tienen que ejercer de forma integrada y racional.

Por otra parte, la normativa comunitaria prevé la relación que se tendrá que establecer con el ORECE para la resolución de litigios transfronterizos, que pueden producirse con ocasión de obligaciones impuestas a los operadores con PSM u otras (véase el artículo 14.2 de la LGTel). Así, el Considerando (50) y el artículo 21 de la Directiva Marco señalan que el ORECE tendrá que adoptar, cuando proceda, dictámenes en relación con los litigios transfronterizos, que habrán de ser tenidos en cuenta por las ANRs, se entiende, con competencias en la resolución de estos conflictos⁸⁶.

Finalmente, como se ha destacado anteriormente, la atribución a la Administración General del Estado de competencias para resolver conflictos entre operadores, además de no ser compatible con el marco comunitario europeo, generaría situaciones irresolubles en las relaciones con ORECE al notificar la SETSI medidas adoptadas en el seno de conflictos, al tener que ser la CNMC la ANR encargada de participar en dicho organismo.

IV.2.2.2 Distribución competencial en el ordenamiento jurídico español

La habilitación para arbitrar o intervenir en las relaciones entre operadores del sector y adoptar las medidas necesarias para salvaguardar el acceso a las redes, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios ha estado atribuida a esta Comisión desde la propia norma de creación de este organismo, esto es, el Real Decreto-ley 6/1996, de 7 de junio, de liberalización de las telecomunicaciones (convalidado por la Ley 12/1997, de 24 de abril).

Posteriormente, con la aprobación de la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones, esta competencia fue ampliada. Así, además de la capacidad de intervenir en las relaciones de acceso e interconexión entre operadores, se reconoció la facultad de esta Comisión de arbitrar en los conflictos entre operadores en materia de reparto de los costes derivados de la conservación de la numeración y de utilización compartida de bienes de propiedad pública o privada.

Asimismo, el Real Decreto 1736/1998, de 31 de julio, por el que se aprobó el Reglamento que desarrollaba el Título II de la LGTel en lo relativo al servicio universal de telecomunicaciones, otorgaba a esta Comisión la competencia de arbitrar en los conflictos entre operadores en materias relacionadas con la financiación del servicio universal.

En el momento actual, al amparo de la LGTel de 2003 y su normativa de desarrollo, la CMT tiene atribuidas las competencias citadas en el apartado anterior relativo al artículo 5 del Anteproyecto (entre otras, definición de mercados e imposición de obligaciones, adopción de medidas para salvaguarda y fomento de la competencia, o adopción de Circulares en el ámbito de sus competencias), las funciones para intervenir a través de conflictos de operadores que están recogidas en el artículo 7 del Anteproyecto y, de conformidad con el marco comunitario regulador de las comunicaciones electrónicas –que engloba de forma coherente estas funciones bajo una misma competencia- desarrolla también las funciones que ahora se atribuyen a la SETSI en la D.A. 7ª (apartados h), i), j) y k):

- La imposición de condiciones técnicas u operativas a los operadores con PSM o a los que se benefician del acceso, de conformidad con el artículo 12.1 de la LGTel;

⁸⁶ Como muestra de la cooperación creciente que se produce en estos aspectos, conviene señalar que se ha creado un grupo de expertos en el seno del ORECE –integrado por expertos de las ANRs- para establecer un protocolo común de actuación ante la existencia de litigios transfronterizos.



- La imposición de obligaciones de interconexión a los operadores para garantizar la conexión de extremo a extremo y la interoperabilidad de los servicios, de acuerdo con el artículo 12.2 de la LGTel⁸⁷;
- La imposición de obligaciones a operadores que no sean PSM en circunstancias excepcionales, de conformidad con el artículo 13.2 de la LGTel.

La imposición de obligaciones o condiciones técnicas u operativas atribuida a la CMT en los artículos 12.1, 12.2 o 13.2 de la LGTel se produce, cuando es necesario, tras la tramitación de un conflicto de acceso o interconexión o de procedimientos iniciados de oficio tras la denuncia de un operador, donde de forma contradictoria se determina la necesidad de imponer tales condiciones.

Con la reforma contenida en el Anteproyecto, parece que se estuviese vedando a la CMT la posibilidad de establecer obligaciones o condiciones si no es en aquellos mercados susceptibles de regulación *ex ante*, y esto, como se ha sostenido en el apartado relativo al artículo 5 del Anteproyecto, supondría implantar una visión muy reduccionista del papel del Regulador. Con esa visión, la competencia para dirimir conflictos podría quedar reducida a interpretar las obligaciones impuestas a los operadores con PSM, quedando vacía de contenido con respecto a otros operadores no dominantes.

Por otra parte, el artículo 11.4 de la LGTel habilita a la CMT para intervenir en las relaciones entre operadores. Dicho precepto tiene una vocación muy amplia, al tratarse de un título de intervención pública general que fundamenta el ejercicio de aquellas competencias materiales que atribuya la normativa a las ANRs de que se trate. Así, el artículo 11.4 habilita a este organismo para tramitar conflictos u otros procedimientos.

De esta forma, con la actual LGTel, sus Reglamentos de desarrollo, y otras disposiciones normativas, la CMT ha tenido hasta el momento presente, además de las competencias mencionadas en el Anteproyecto en los artículos 5 y 7 y las atribuidas a la SETSI (D.A. 7ª, apartados h), i), j) y k), las siguientes competencias a las que el Anteproyecto no se refiere por lo que, de conformidad con la D.A. 3ª del Anteproyecto, al no estar expresamente atribuida a la CNMC por esta norma, el ejercicio de las mismas correspondería al MIEyT:

- (i) Los conflictos que se produzcan entre prestadores de servicios de consulta telefónica y operadores de redes públicas telefónicas fijas, de acuerdo con la Orden CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado⁸⁸.
- (ii) Los conflictos que sobre la gestión del múltiple digital surjan entre los licenciarios de los servicios de comunicación audiovisual. Se recoge, para el ámbito local, en la D.A. 3ª, apartado 3, del Real Decreto 439/2004, de 12 de marzo, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital local y, para el ámbito superior al local, en la D.A. 6ª del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, que aprueba el Plan técnico nacional de televisión digital terrestre.

⁸⁷ Si bien falta transponer el artículo 5.1.a ter) de la Directiva Acceso; el enunciado del apartado 1 ya contemplaba la necesidad de garantizar la interoperabilidad de los servicios, pero ahora se recoge expresamente la posibilidad de imponer obligaciones.

⁸⁸ Ejemplos de esta intervención son, entre otras, la Resolución relativa al suministro de los datos de los abonados al servicio telefónico disponible al público (MTZ 2002/6537) y la Resolución por la que se resuelve el conflicto de acceso presentado por Editateide S.L. frente a Esto es ONO, S.A.U. sobre el acceso de los abonados de este último al servicio de consulta telefónica sobre números de abonado de Editateide, S.L. (RO 2006/717).



Esta función es fundamental para asegurar a todos los adjudicatarios una gestión eficiente de la capacidad que ofrece el múltiplex y optimizar el aprovechamiento de la capacidad de cada programa y de la frecuencia⁸⁹.

- (iii) Los conflictos que se produzcan por la puesta a disposición de los datos de localización del usuario llamante del servicio telefónico móvil a los servicios de atención de llamadas de emergencia⁹⁰ (Orden de 14 de septiembre de 1999 y Orden ITC/750/2010, de 17 de marzo).
- (iv) Los conflictos en materia de conservación de la numeración en procesos de cambio de operador y preselección –obligación de acceso impuesta en la regulación *ex ante*.

En esta materia son numerosos los supuestos en que la CMT ha tenido que intervenir para asegurar el cumplimiento de las Especificaciones técnicas de los procedimientos administrativos para la conservación de la numeración y, por tanto, el derecho reconocido al usuario de libre elección de su proveedor de servicios conservando su numeración en el plazo establecido (artículo 18 de la LGTel)⁹¹. Esta cuestión se analizará con más detalle en los comentarios a la D.A. 7ª del Anteproyecto.

- (v) Los conflictos que surjan sobre las condiciones en las que se ofertará el servicio mayorista de acceso a bandas de frecuencias de conformidad con el artículo 4.6 del Real Decreto 458/2011, de 1 de abril sobre actuaciones en materia de espectro radioeléctrico para el desarrollo de la sociedad digital.
- (vi) Los conflictos que se susciten entre operadores en materias relacionadas con el fondo nacional del servicio universal (artículo 50.3 del RSU).

La intervención en conflictos a través de las funciones mencionadas en éste y en el apartado precedente (que versa sobre el artículo 5 del Anteproyecto) ha sido ejercida hasta el momento por la CMT, utilizando como base normativa los artículos arriba mencionados y el artículo 11.4 de la LGTel, en función del caso.

De forma adicional, el artículo 11.4 de la LGTel establece que el MIEyT “*podrá actuar, en el ámbito de sus competencias, para conseguir los citados objetivos* [del artículo 3 de la LGTel]”. En efecto, la CMT no duda de la capacidad de intervención de la Administración General del Estado en esta materia, toda vez que es también una ANR con competencias relativas al acceso y la interconexión y con la responsabilidad de fomentar y cumplir los objetivos y principios del artículo 3 de la LGTel.

⁸⁹ Desde la Resolución de 14 de febrero de 2008 (dictada en el expediente RO 2006/1140), la CMT ha intervenido en varios conflictos relativos a esta materia.

⁹⁰ La información a suministrar y las condiciones de suministro serán objeto de convenio entre los operadores obligados y las autoridades prestadoras de los servicios de atención de llamadas de emergencia a través de los números a los que se refiere el artículo primero, correspondiendo a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones resolver las controversias que pudieran surgir.

⁹¹ Como, entre otros, reconocen el Parlamento Europeo y el Consejo de la Unión Europea, a través del Considerando 47 de la Directiva 2009/136/CE, la posibilidad de conservar la numeración es un factor clave que favorece la competencia efectiva en los mercados competitivos de comunicaciones electrónicas, siendo este uno de los principales objetivos que debe perseguir este organismo, de acuerdo con el artículo 3 de la LGTel.



En esa línea, el MIEyT tiene un ámbito competencial diseñado en la normativa vigente muy relevante, pudiendo ser más eficaz para el fomento de los objetivos citados, dada su posición, mediante el ejercicio de otros instrumentos. Como parte del Gobierno, tiene una función fundamental en la propuesta de dirección de la política del Estado, en el ejercicio de la función ejecutiva y de la potestad reglamentaria en las materias propias de su Departamento (principalmente, artículos 1 y 4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno), lo que incluye la definición de especificaciones o requisitos de calidad aplicables con carácter general, entre otros aspectos.

Por otra parte, en el ámbito particular que nos ocupa, de conformidad con el artículo 23.2 del actual Reglamento de Mercados, el MIEyT puede fijar obligaciones de acceso e interconexión a los operadores en tres supuestos: (i) en los procedimientos de licitación para la obtención de derechos de uso del espectro radioeléctrico; (ii) cuando se haga necesario para garantizar el cumplimiento de la normativa sobre datos personales y protección de la intimidad, y; (iii) con excepción de algunos supuestos atribuidos a la CMT, cuando resulte preciso para garantizar el cumplimiento de compromisos internacionales.

Esta atribución de competencias tiene sentido en el momento presente, en la medida en que permite al Ministerio, como ANR, la imposición de obligaciones de acceso e interconexión en aquellas materias que entran dentro de sus competencias⁹².

Por tanto, su competencia para intervenir vía artículo 11.4 de la LGTel, ya recogida en dicho precepto en el ámbito de sus competencias, debería ejercerse únicamente en las materias sobre las que se ha reservado la potestad de regulación⁹³.

De forma adicional, debería preverse la intervención en los conflictos que puedan derivarse de las distintas obligaciones de acceso impuestas a los operadores de telecomunicaciones y prestadores de servicios de comunicación audiovisual en virtud de los artículos 11 y 31 de la Ley Audiovisual.

Los artículos 11 y 31 de la Ley Audiovisual imponen, por un lado, una obligación a los operadores de comunicaciones electrónicas de garantizar el acceso a sus redes a los prestadores de servicios de comunicación audiovisual y, por otro lado, impone a los licenciatarios de servicios de comunicación audiovisual una obligación de facilitar la cesión de sus canales principales de televisión en abierto (artículo 31.3, párrafo segundo, de la Ley Audiovisual).

En ambos casos, la Ley Audiovisual estableció que los términos y condiciones de tal acceso serán libremente acordados entre las partes. Sin embargo, esta Ley no previó el organismo encargado de la resolución de los conflictos que pudieran derivarse de estas obligaciones.

A juicio de esta Comisión, la competencia para resolver los conflictos que pudieran surgir como consecuencia de estas obligaciones debería corresponder a la CNMC, y ello en base a las siguientes razones.

⁹² Sin perjuicio de que este organismo ha defendido en varias ocasiones que la gestión del espectro radioeléctrico, como recurso de red escaso al que afectan en gran medida las reglas de mercado y cuya disponibilidad y utilización influyen en la competencia en el sector, debería llevarse desde un Regulador independiente.

⁹³ Incluso en esas materias (como la gestión del espectro), tradicionalmente la resolución de conflictos entre operadores se ha encomendado al órgano encargado de la supervisión de las relaciones entre los mismos.



Respecto a la obligación de acceso impuesta a los operadores de comunicaciones electrónicas, porque, en primer lugar, tal y como se ha indicado, de conformidad con los artículos 3 bis –nuevo- y 20 –modificado- de la Directiva Marco, corresponde a la ANR encargada de la resolución de conflictos entre operadores, la intervención, asimismo, en las controversias que pudieran producirse entre las empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas y otras empresas que se benefician de las obligaciones de acceso.

Y, en segundo lugar, por la propia naturaleza convergente de la CNMC. En efecto, el nuevo órgano regulador convergente ejercerá las competencias correspondientes sobre los operadores de comunicaciones electrónicas y sobre los prestadores de servicios de comunicación audiovisual, por lo que lógicamente debería ser el órgano competente para conocer los conflictos que pudieran surgir entre ambos sujetos.

Respecto a la obligación impuesta a los licenciatarios de los servicios de comunicación audiovisual de ámbito estatal de facilitar la cesión de sus canales principales de televisión en abierto, dado que estos conflictos podrían surgir entre prestadores de servicios de comunicación audiovisual entre sí o entre prestadores de servicios de comunicación audiovisual y operadores de comunicaciones electrónicas, al igual que el caso anterior, parece lógico que el órgano encargado de resolver estos conflictos sea el nuevo órgano convergente.

IV.2.2.3 Práctica consolidada de la CMT en esta materia

En ejecución de la distribución competencial señalada anteriormente, la CMT ha venido ejerciendo su competencia en materia de intervención en las relaciones de acceso e interconexión y resolución de conflictos desde el año 1998 –y en algunos supuestos, por atribución normativa o reglamentaria posterior-, principalmente, de la siguiente forma.

Son numerosos los conflictos que ha tramitado esta Comisión con la finalidad de garantizar a los operadores: (i) el acceso a redes, servicios y recursos asociados en las condiciones reguladas, (ii) el derecho de los operadores entrantes en el sector de negociar la interconexión de sus redes, y (iii) la interoperabilidad de los servicios de comunicaciones electrónicas; todo ello con el objetivo último de beneficiar a los usuarios en el disfrute de los servicios de comunicaciones electrónicas.

En ejercicio de esta competencia, la CMT:

- Ha resuelto sobre los requisitos técnicos u operativos o las cláusulas económicas solicitadas en la negociación o establecidas en los acuerdos firmados entre los operadores con y sin PSM, para la prestación de sus servicios⁹⁴;
- Ha garantizado el pago de los servicios prestados entre los operadores;
- Ha garantizado el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los operadores declarados con PSM en cada mercado respectivo, entre otras, la prestación de

⁹⁴ I.e. Resolución, de 1 de febrero de 2007, del conflicto de acceso presentado por Tele2 Telecommunications services, S.L. frente a T-Online Telecommunications Spain, S.A.U. en relación con la prestación por este último de un servicio mayorista ADSL.



servicios y aplicación de precios de conformidad con lo dispuesto en sus ofertas de referencia, previamente aprobadas por la CMT.

- Ha autorizado la rescisión de los acuerdos de acceso e interconexión, la desconexión de las redes y la formalización de avales o sistemas de prepago;

En este sentido, desde principios de 2001⁹⁵ hasta el momento actual, la CMT ha aprobado en caso necesario procedimientos de suspensión del acceso o la interconexión hacia numeración de tarificación adicional o de otro tipo cuando se detectaban comportamientos irregulares -con la finalidad de evitar la perturbación de la integridad de las redes y evitar que se continuasen cursando tráficos irregulares o presuntamente fraudulentos-. Con la futura transposición del artículo 28.2 de la DSU, esta capacidad de intervención debería verse reforzada.

- Ha asegurado la continuidad de la interoperabilidad de los servicios y, por tanto, la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a los usuarios.⁹⁶
- Ha impuesto cautelarmente medidas a los operadores hasta la efectiva resolución de los conflictos o ha impuesto medios de ejecución forzosa –multas coercitivas- en casos estrictamente necesarios.

En esta práctica decisoria del organismo, son fundamentales su experiencia y conocimientos adquiridos estos años y la interrelación entre la regulación contenida en los mercados definidos por esta Comisión y las cuestiones prácticas por las que surgen las controversias concretas entre los operadores.

A título de ejemplo, para poder determinar sobre la adecuación y razonabilidad de las condiciones técnicas y económicas solicitadas o contratadas por las partes, de enorme complejidad en ocasiones, como se observa en las resoluciones aprobadas por la CMT relativas a conflictos relacionados con la interpretación de las ofertas mayoristas de acceso al bucle de abonado (OBA) o de interconexión (OIR) con la red de Telefónica de España, S.A., es necesario disponer de los conocimientos, práctica y recursos pertinentes en la materia, para poder actuar de manera eficaz y diligente y perseguir el objetivo principal de la promoción de la interoperabilidad de servicios en las mejores condiciones por el bien del usuario final o consumidor, y de garantizar y promover una competencia sostenible en el tiempo en redes y servicios de comunicaciones electrónicas, objetivos para los que es preciso la estabilidad del Regulador. Así, el conjunto de decisiones del Regulador ha generado una doctrina consolidada, que ha de ofrecer confianza a los operadores.

La relevancia que tiene esta práctica del organismo regulador actuante hasta el momento viene fundada no sólo en el volumen de conflictos entre operadores resueltos a lo largo de los años, sino en el continuo mantenimiento y actualización de conocimientos de los

⁹⁵ Resolución por la que se desestima la petición de Red Huelva instando a la intervención de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para que se garantice la interoperabilidad en el acceso a determinados números de red inteligente (906) (RO 2001/4834). Resolución por la que se autoriza a Telefónica Móviles España, S.A.U. a suspender la interconexión que permite el encaminamiento de las llamadas con origen en las tarjetas prepago movistar activa y destino en números 906. (RO 2001/5736).

⁹⁶ Resolución relativa al conflicto formulado por Euskaltel, S.A. frente a France Telecom España, S.A., por el que se solicita la transmisión de recursos de numeración y el acceso al servicio telefónico móvil y a elementos específicos de dicho servicio de la segunda entidad y Resolución relativa a la solicitud formulada por France Telecom España, S.A. en relación con los datos personales de determinados usuarios amparados por el acuerdo suscrito con Euskaltel, S.A. (expedientes MTZ 2006/1141 y MTZ 2006/1505).



recursos dedicados a tales funciones, que se benefician de las sinergias obtenidas por el conocimiento de la situación y evolución de los mercados de comunicaciones electrónicas al realizar los correspondientes análisis y del continuo suministro de información a este organismo por los agentes del sector, como consecuencia de distintas funciones desempeñadas (i.e. análisis de mercados, estudios sectoriales).

Esta experiencia se materializa asimismo en la especificación de condiciones técnicas detalladas para el funcionamiento de las redes y el acceso a las mismas que los operadores con PSM han debido incluir en sus ofertas de referencia, ya sea a nivel de acceso (OBA, NEBA, MARCo, ORLA, AMLT, ORAC) o de interconexión (OIR).

Asimismo, se han definido especificaciones de elevado nivel de detalle en relación con la portabilidad, tanto en relación con los procedimientos técnicos de encaminamiento de llamadas en la red, como a nivel de procedimientos operativos, velando por el cumplimiento de las mismas por todos los operadores fijos y móviles.

Por último, es esencial la detección de problemas que se lleva a cabo en los distintos foros celebrados con los operadores y/o través de consultas realizadas, que necesitan en bastantes ocasiones del conocimiento transversal en otras materias, como, por citar un ejemplo reciente, a la hora de resolver la sincronización de los procedimientos OBA/NEBA con la portabilidad.

Esta madurez en la definición de las condiciones técnicas y operativas y de los procedimientos incluidos en las ofertas de referencia son prueba evidente de la eficiencia que supone el que un único regulador, ya encargado de la imposición y supervisión de las obligaciones en los mercados de comunicaciones electrónicas, intervenga de forma completa en las relaciones de acceso e interconexión de redes y servicios. Así, como la propia Exposición de Motivos del Anteproyecto indica, la existencia de organismos reguladores independientes se justifica, entre otros motivos, en *“la necesidad de contar con autoridades cuyos criterios de actuación se perciban por los operadores como eminentemente técnicos y ajenos a cualquier otro tipo de motivación”*.

Por otra parte, es importante resaltar que existen actualmente cuestiones de extrema relevancia como la definición de la interconexión de voz en IP entre los operadores y sus mecanismos de facturación, la convergencia de servicios, las implicaciones de la neutralidad de red o la irrupción de servicios de comunicaciones electrónicas “en la nube”, que podrían resultar en el establecimiento de nuevas condiciones y obligaciones en el acceso e interconexión de las redes de los operadores y prestadores de servicios.

Estas cuestiones y otras que tendrán un mayor auge en el futuro no deberían ser olvidadas a la hora de evaluar los inconvenientes de repartir funciones relacionadas con este ámbito entre distintos organismos.

IV.2.2.4 En materia de consumidores y usuarios

El artículo 38 de la Ley 32/2003 General de Telecomunicaciones, recoge los derechos de los consumidores y usuarios finales de los servicios de comunicaciones electrónicas, de tal manera que se prevé la posibilidad de que los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas y los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales podrán someter las controversias que les enfrenten al conocimiento de las juntas arbitrales de consumo, de acuerdo con la legislación vigente sobre defensa de los consumidores y usuarios.



Ahora bien, para el supuesto de que no se sometan a las juntas arbitrales de consumo o que éstas no resulten competentes para la resolución del conflicto, la Ley prevé que el Ministerio de Ciencia y Tecnología (hoy MIEyT) establecerá reglamentariamente un procedimiento conforme al cual los usuarios finales podrán someterle dichas controversias. En cualquier caso, los procedimientos que se adopten deberán ser rápidos y gratuitos y establecerán el plazo máximo en el que deberá notificarse la resolución expresa, transcurrido el cual se podrá entender desestimada la reclamación por silencio administrativo. La resolución que se dicte podrá impugnarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

En este sentido el artículo 38.2 establece que “Las normas básicas de utilización de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público en general que determinarán los derechos de los consumidores que sean personas físicas y otros usuarios finales se aprobarán por real decreto que, entre otros extremos, regulará:

- a) La responsabilidad por los daños que se les produzcan.
- b) Los derechos de información de los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales, que deberá ser veraz, eficaz, suficiente, transparente y actualizada.
- c) Los plazos para la modificación de las ofertas.
- d) Los derechos de desconexión de determinados servicios, previa solicitud del usuario.
- e) El derecho a obtener una compensación por la interrupción del servicio.
- f) El derecho a celebrar contratos por parte de los consumidores que sean personas físicas y usuarios finales con los operadores que faciliten la conexión o el acceso a la red de telefonía pública, así como el contenido mínimo de dichos contratos.
- g) Los supuestos en que serán exigibles y el contenido mínimo de los contratos celebrados entre consumidores que sean personas físicas u otros usuarios finales y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas que no sean los que facilitan conexión o acceso a la red telefónica pública.
- h) El derecho a resolver anticipadamente y sin penalización el contrato, en los supuestos de propuestas de modificación de las condiciones contractuales por motivos válidos especificados en aquél y sin perjuicio de otras causas de resolución unilateral.
- i) Los supuestos de aprobación por parte del Ministerio de Ciencia y Tecnología de contratos tipo entre consumidores que sean personas físicas u otros tipos de usuarios finales y operadores que exploten redes o presten servicios de comunicaciones electrónicas con obligaciones de servicio público o con poder significativo en los mercados de referencia específicos correspondientes.
- j) El derecho a recibir información comparable, pertinente y actualizada sobre la calidad de los servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.
- k) El derecho a elegir un medio de pago para el abono de los correspondientes servicios entre los comúnmente utilizados en el tráfico comercial.



En el citado reglamento podrá ampliarse la aplicación del régimen de protección de consumidores y usuarios finales a otras categorías de usuarios.”

Junto a lo anterior, el número 3 de este artículo establece que los abonados a los servicios de comunicaciones electrónicas tendrán, entre otros, los siguientes derechos:

“a) A que se hagan anónimos o se cancelen sus datos de tráfico cuando ya no sean necesarios a los efectos de la transmisión de una comunicación. Los datos de tráfico necesarios a efectos de la facturación de los abonados y los pagos de las interconexiones podrán ser tratados únicamente hasta que haya expirado el plazo para la impugnación de la factura del servicio o para que el operador pueda exigir su pago.

b) A que sus datos de tráfico sean utilizados con fines comerciales o para la prestación de servicios de valor añadido únicamente cuando hubieran prestado su consentimiento informado para ello.

c) A recibir facturas no desglosadas cuando así lo solicitasen.

d) A que sólo se proceda al tratamiento de sus datos de localización distintos a los datos de tráfico cuando se hayan hecho anónimos o previo su consentimiento informado y únicamente en la medida y por el tiempo necesarios para la prestación, en su caso, de servicios de valor añadido, con conocimiento inequívoco de los datos que vayan a ser sometidos a tratamiento, la finalidad y duración del mismo y el servicio de valor añadido que vaya a ser prestado.

e) A detener el desvío automático de llamadas efectuado a su terminal por parte de un tercero.

f) A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de su línea en las llamadas que genere o la presentación de la identificación de su línea al usuario que le realice una llamada.

g) A impedir, mediante un procedimiento sencillo y gratuito, la presentación de la identificación de la línea de origen en las llamadas entrantes y a rechazar las llamadas entrantes en que dicha línea no aparezca identificada.

h) A no recibir llamadas automáticas sin intervención humana o mensajes de fax, con fines de venta directa sin haber prestado su consentimiento previo e informado para ello.”

Junto a lo anterior, este artículo recoge otra serie de especificidades, exclusiones y limitaciones al ejercicio de estos derechos por parte de los usuarios finales, en el caso de los servicios prestados en el ámbito del mercado de las comunicaciones electrónicas.

Así las cosas, habida cuenta de la función ya recogida en el texto del anteproyecto de Ley que aquí se informa, en materia de usuarios de servicios de comunicación audiovisual en el marco de la aplicación de los códigos de autorregulación de este sector, se debe entender como lo más eficiente que sea la CNMC la que resulte competente para ejercer de forma integrada las funciones en materia de protección de los derechos de los usuarios en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual.

En coherencia con el principio de eficiencia y racionalidad administrativa, se debiera entender que el ejercicio de las funciones no estrictamente administrativas, como es el caso



de las vinculadas a la protección de los derechos de los usuarios, debieran encontrarse en la CNMC, todo ello sin menoscabo de lo dispuesto en relación con esta materia en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico y sin perjuicio de la aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

IV.2.2.5 Propuesta de redacción alternativa

En consecuencia, no sería conveniente disociar en dos organismos diferentes, CNMC y SETSI, la responsabilidad de la intervención en las relaciones entre operadores en materia de acceso, interconexión e interoperabilidad de servicios de comunicaciones electrónicas y de comunicación audiovisual, ya que no sólo no resultaría eficiente desde el punto de vista de economía procesal y de recursos, como se ha señalado en los apartados anteriores, sino que también iría en contra del principio de seguridad jurídica y de “confianza institucional”, que pretende garantizar la norma ahora comentada, puesto que se podrían llegar a tramitar conflictos o litigios entre operadores relativos a materias de índole común, con distinto resultado en función del organismo que interviniese, lo que pudiera conducir a una incoherencia de las medidas adoptadas. Ambos principios se consiguen, según la Exposición de motivos del Anteproyecto, *“con normas claras, una arquitectura institucional seria y unos criterios de actuación conocidos y predecibles por todos los agentes económicos”*.

Si estos objetivos, y el de la “eficacia de la intervención pública” también citado, son los perseguidos por la norma, se propone que se atribuya a la CNMC la competencia para intervenir en base a los artículos 12.1, 12.2 y 13.2 de la LGTel, funciones que hasta ahora venía desempeñando la CMT. Para ello, habría que:

- (i) Incorporar al artículo 7.2.a) el siguiente apartado:

“iv. Conflictos que puedan derivarse de las obligaciones de acceso impuestas a los operadores de telecomunicaciones y prestadores de servicios de comunicación audiovisual en virtud de los artículos 11 y 31 de la Ley Audiovisual.”

- (ii) Incorporar al artículo 7.2.a un apartado con la siguiente redacción:

“v. Controversias que se susciten entre los usuarios y los consumidores de los servicios de comunicaciones electrónicas y audiovisuales y los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas o audiovisuales, en relación con los derechos recogidos en el artículo 38 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y de la Ley 7/2010, General de la Comunicación audiovisual.

Lo anterior se debe entender sin menoscabo de lo dispuesto en relación con esta materia en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico y sin perjuicio de la aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.”

- (iii) Incorporar al artículo 7.2.a) el siguiente apartado (cláusula similar a la letra m) del actual artículo 48 de la LGTel):



“vi. Cualesquiera otros conflictos o supuestos de intervención que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Industria, Energía y Turismo.”

(iv) Eliminar las letras h), i), j) y k) de la Disposición adicional séptima:

La letra h), porque esta función a favor de la SETSI y de la CMT –futura CNMC- ya está establecida, en el ámbito material de sus competencias, en el actual artículo 11.4 de la LGTel, que no se ve afectado por el Anteproyecto; y la misma, al estar incluida en el Título II de la Ley 32/2003, ya se encuentra subsumida en el apartado (i) del artículo 7. 2.a).

Las letras i), j) y k), por la atribución de estas competencias a la CMT a través del apartado (i) del artículo 7 del Anteproyecto, al estar incluidas en el Título II de la Ley 32/2003, en el caso de que se adopten en la tramitación de conflictos. En el caso de que se establezcan en procedimientos iniciados de oficio por la autoridad de reglamentación, se ha propuesto su inclusión en el artículo 5.1 del Anteproyecto.

IV.2.3 Artículo 8. Funciones consultivas y otras funciones

Bajo el título “*funciones consultivas y otras funciones*”, el artículo 8 establece en su primer párrafo que la CNMC actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas a la defensa de la competencia y sobre los mercados y sectores sobre los que ejerce su supervisión.

El análisis del artículo propuesto ha de efectuarse desde diversos aspectos:

desde el punto de vista subjetivo, en relación con los sujetos que pueden requerir o solicitar al nuevo organismo el ejercicio de funciones consultivas, y

desde el punto de vista objetivo, con respecto a las actuaciones concretas que se incluyen dentro de la competencia consultiva reconocida en dicho artículo.

IV.2.3.1 Sujetos que pueden requerir o solicitar a la CNMC el ejercicio de funciones consultivas

Se concreta en el artículo 8 a quién corresponde la iniciativa de efectuar las consultas: las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los distintos Departamentos ministeriales, las distintas Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio, las organizaciones empresariales y las organizaciones de consumidores y usuarios.

A este respecto, se observa en el Anteproyecto la inclusión de un listado *numerus clausus* que parece impedir que se lleven a cabo funciones consultivas a instancias de otras Administraciones Públicas, entidades o instituciones, públicas o privadas, así como de particulares.

Por lo que se refiere al sector de las telecomunicaciones, se reconoce actualmente en la normativa vigente la posibilidad de que se solicite asesoramiento de la CMT por parte de los siguientes sujetos y en los siguientes supuestos:



Gobierno y Ministerio de Industria.- Con carácter general, los artículos 48.4 de la LGTel y 25 del Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones atribuyen a la CMT el asesoramiento en temas relacionados con el mercado y la regulación de las comunicaciones electrónicas.

Asimismo, en diversas normas se prevé la realización por la CMT de informes específicos al Gobierno:

- “Artículo 20 LES: Informe económico sectorial al Congreso de los Diputados y al titular del departamento ministerial correspondiente, 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”.
- Artículo 4 LGTel: informe al Gobierno cuando éste asuma la gestión directa de los correspondientes servicios o de la explotación de las correspondientes redes de telecomunicaciones para garantizar los servicios de telecomunicaciones para la defensa nacional y la protección civil.
- Artículo 8.2 LGTel: informe al Gobierno en relación con la modificación de las condiciones generales para la explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.
- Artículo 25 LGTel: informe al Gobierno en relación con la imposición de otras obligaciones de servicio público a las que se refiere dicho proyecto.
- Artículo 39 LGTel: informe al Ministerio de Industria en materia de normalización técnica.
- Artículo 45 LGTel: informe al Ministerio de Industria en relación con la modificación de los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico.
- Disposición Transitoria 3ª LGTel: Informe a la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos en los expedientes de fijación de precios.
- Artículo 13.3 del Reglamento de Mercados: informe favorable al Ministerio en relación con la imposición de obligaciones en materia de selección de operador a operadores que exploten redes diferentes de la indicada en el apartado 1 de dicho precepto.
- Artículo 16.8 del Reglamento de Mercados: informe al Ministerio en los casos de regulación por orden de los procedimientos de provisión de la preselección, o de inhabilitación de ésta, que no requieran de solicitud escrita, aunque sí explícita, del abonado.
- Artículo 17.3 del Reglamento de Mercados: informe al Ministerio cuando éste considere que las condiciones de suministro del conjunto mínimo de líneas susceptibles de arrendamiento no responde adecuadamente a las necesidades de los usuarios y establezca por orden los objetivos mínimos apropiados en lo relativo a las condiciones de provisión.
- Disposición adicional tercera 2ª del Reglamento de Mercados: informe al Ministerio en el ejercicio de su función de garantizar la igualdad de trato en las condiciones de interconexión entre las redes de los operadores nacionales y las de los extranjeros.

En igual sentido, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, prevé la realización de informes específicos al Gobierno:



- Artículo 47.1.d: Informar el pliego de condiciones de los concursos de otorgamiento de licencias de comunicación audiovisual que convoque el órgano competente del Gobierno, y las distintas ofertas presentadas;
- Artículo 47.2.a: Emitir un informe previo sobre los proyectos y disposiciones que puedan afectar al sector audiovisual.
- Artículo 47.2.c: Remitir anualmente al Gobierno y a la Cortes Generales informe preceptivo sobre el sector audiovisual.
- Artículo 47.2.e: Informar preceptivamente en los procedimientos iniciados, por cualquier órgano regulador de ámbito estatal que afecten o puedan afectar al sector audiovisual.
- Artículo 47.2.f: Elaborar un informe anual sobre el nivel de alfabetización mediática, siguiendo los indicadores de medición utilizados por la Comisión Europea u otros indicadores que el propio Consejo Estatal de Medios Audiovisuales pueda considerar de interés.

CCAA, Corporaciones Locales (artículos 48.4 LGTel y 25 del Real Decreto Real Decreto 1994/1996): asesoramiento en relación con el ejercicio de competencias propias de dichas AAPP que entren en relación con la competencia estatal en materia de telecomunicaciones.

Administración General del Estado (artículos 48.4 LGTel, 24 y 25 del Real Decreto 1994/1996): informar preceptivamente en los procedimientos de elaboración de disposiciones normativas en materia de comunicaciones electrónicas y en los procedimientos de concurrencia competitiva para la adjudicación por la Administración General del Estado de títulos administrativos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicación, tanto de carácter concesional como de naturaleza autorizatoria, cuando así se lo solicite el órgano de contratación.

Operadores de telecomunicaciones y asociaciones de consumidores y usuarios (artículo 29.2 a) del Real Decreto 1994/1996): consultas que puedan formularle.

Agencia Estatal de Radiocomunicaciones (Artículo 48.4 k) de la LGTel): informe en los procedimientos iniciados como consecuencia de denuncia ante los servicios de inspección de telecomunicaciones de la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones.

ANRs de otros Estados miembros (Artículo 7 Directiva Marco): posibilidad de formular observaciones a otras ANRs en los procedimientos de definición y análisis de mercados, así como de imposición de obligaciones.

Al sector de telecomunicaciones en general (Artículo 11.6 b) del Reglamento de Mercados): informe relativo a la aplicación del sistema de contabilidad de costes empleado para calcular los precios tras cada auditoría anual.

Teniendo en cuenta lo anterior, actualmente la CMT puede resolver consultas y efectuar informes para otros sujetos o entidades no mencionados en el artículo 8 del Anteproyecto.

Por ello, si la normativa vigente permite que se realicen consultas y se efectúen informes por parte de estas entidades, resultaría conveniente incluir una enumeración abierta en los siguientes términos:



“La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas a la defensa de la competencia y sobre los mercados y sectores sobre los que ejerce su supervisión. En particular, podrá ser consultada por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los distintos Departamentos ministeriales, las distintas Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio, las organizaciones empresariales y de consumidores y usuarios, así como otras Administraciones Públicas, entidades o instituciones, públicas o privadas, y particulares, en los términos establecidos en la normativa vigente”.

IV.2.3.2 Con respecto a las actuaciones concretas que se incluyen dentro de la competencia consultiva reconocida en el artículo 8 del Anteproyecto

Por lo que respecta a las funciones consultivas citadas en el artículo 8, se observa errata en la sucesión de letras que corresponde a cada una de ellas -las letras h) y f) deberían ser d) y e)-.

Además, debe señalarse lo siguiente en relación con las que actuaciones que afectan a la CMT:

Letra a): participación, mediante informe, en el proceso de elaboración de disposiciones generales que afecten a los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico.

Se recomienda ampliar el término “disposiciones generales” por otro más amplio, dado que las disposiciones de carácter general tienen naturaleza reglamentaria y este organismo informa también otras normas jurídicas:

“Participar, mediante informe, en el proceso de elaboración de normas disposiciones generales que afecten a los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico”.

Letra h): promover y realizar a iniciativa propia estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales sobre sectores económicos.

En el caso de los sectores económicos también se considera necesario ampliar las facultades del organismo, de modo que no sólo pueda elaborar informes generales sino también estudios y trabajos de investigación:

“Promover y realizar a iniciativa propia estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales, estudios y trabajos de investigación sobre sectores económicos”.

Letra f): Cualesquiera otras cuestiones sobre las que deba informar, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente.

Teniendo en cuenta que no todos los informes que emite este organismo tienen carácter preceptivo, se recomienda incluir esta otra opción (informes potestativos) dentro de dicha letra:



“Cualesquiera otras cuestiones sobre las que pueda o deba informar, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente”.

Expuesto lo anterior sobre el texto del Anteproyecto, debe advertirse la omisión en el artículo 8 del Anteproyecto de otras facultades que se consideran de trascendencia para el nuevo organismo:

Realización de informes, análisis y estudios estadísticos de la nueva CNMC

Según el artículo 1.2 del Anteproyecto la CNMC tiene como objetivo el garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la libre concurrencia de los mercados. En particular, el artículo 5 del Anteproyecto atribuye, entre otras, a la CNMC la función de definir los mercados de comunicaciones electrónicas pertinentes para establecer obligaciones específicas.

Para cumplir con la mayor parte de sus tareas de forma efectiva es imprescindible contar con información y análisis de naturaleza estadística pertinente, imparcial y actual, la cual debe permitir la toma de decisiones informada de la Comisión así como la evaluación de las decisiones ya adoptadas.

- (1) Para la toma de decisiones en los procedimientos de análisis de mercados
- (2) Para el seguimiento de la evolución de la dinámica competitiva en el mercado y la supervisión de las obligaciones específicas impuestas a los operadores
- (3) Para garantizar la transparencia de las actuaciones de la CNMC
- (4) Para el suministro periódico de información del mercado a otras instituciones: Comisión Europea, ORECE/BEREC, OCDE, ITU, INE.

En efecto, según la Directiva Marco, las ANRs deben efectuar un análisis de los mercados de comunicaciones electrónicas periódico, con la finalidad de determinar si existen empresas con peso significativo de mercado y establecer obligaciones reglamentarias específicas.

Para ello, la CMT cuenta actualmente con una información estadística de gran fiabilidad, nutrida de una base de datos viva en base a requerimientos de información periódicos a los operadores del sector que se publican periódicamente (trimestrales y mensuales). El recabado de información con periodicidad menor a la anual permite por un lado, la supervisión constante de un sector caracterizado por un alto grado de dinamismo y para el que una mera recogida de datos bienal no bastaría para la detección de nuevas problemáticas y oportunidades de competencia en los mercados. Por otro lado, disponer de información histórica contrastada garantiza la máxima calidad de los datos, pudiendo así obtener una imagen fiel de la realidad para la toma de decisiones.

La información periódica recogida es utilizada además para la resolución de conflictos entre operadores. También permite hacer un seguimiento pormenorizado de las dinámicas competitivas en los mercados de comunicaciones electrónicas, así como de las obligaciones impuestas a los operadores con PSM.

Además, la publicación de información estadística por parte de la CMT, siempre atendiendo a los criterios de confidencialidad de los datos, es un ejercicio de fomento de la transparencia y de la competencia en el mercado al diseminar información relevante tanto para los usuarios como para instituciones (como la información sobre precios) y permitir al mismo tiempo a todos los operadores, independientemente de su tamaño obtener un mejor conocimiento de la dinámica de los mercados en los que actúan.



La CMT viene publicando en el sitio web gran parte de los datos del mercado en formatos abiertos para un uso fácil por parte de cualquier agente del mercado.

Por último, diversas instituciones internacionales solicitan datos periódicamente a la CMT para la elaboración de estadísticas y comparativas internacionales. Como ejemplos: la Comisión Europea (petición de datos del mercado semestral), OCDE (semestral), ITU (anual), ECTA (anual).

Teniendo en cuenta lo anterior, se considera imprescindible incluir en el artículo 8 una mención a la funciones estadísticas y de análisis de la CNMC, disponiendo para ello de la facultad de efectuar requerimientos de información en los términos planteados en el artículo 8 del Anteproyecto:

“(l) Efectuar análisis e informes estadísticos sobre los sectores económicos, para lo que podrá efectuar requerimientos de información en los términos expuestos en el artículo 23 y demás normas que resulten de aplicación”.

Asimismo, se considera más preciso que la referencia en el título del artículo 8 del Anteproyecto sea a *“funciones consultivas y otras funciones de asesoramiento, estadísticas y de análisis”*.

IV.2.4 DISPOSICIONES ADICIONALES SEXTA, SÉPTIMA Y TERCERA.

Por razones de coherencia del presente informe, se adelanta el análisis de las previsiones contenidas en las D.A. 3ª, 6ª y 7ª del Anteproyecto en relación con funciones que ejerce la CMT en la actualidad y no menciona el texto objeto de informe, otras competencias que se atribuyen expresamente tanto al MIEyT como a la SETSI. Por último, se mencionan otros aspectos procedentes del marco comunitario regulador de las comunicaciones electrónicas, pendientes de transposición al ordenamiento jurídico español.

IV.2.4.1 Disposición adicional Sexta: funciones que asume el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia audiovisual.

En esta Disposición Adicional se atribuye al MIEyT una serie de competencias en materia de audiovisual. La CMT considera que las competencias establecidas en las letras a), b), g) y h) deberían incluirse entre las competencias de la CNMC.

- *Apartados a) y b) Recibir las comunicaciones de inicio de actividad y la llevanza del Registro Audiovisual Estatal.*

La íntima conexión de las funciones a) y b) de esta D.A. 6ª con las funciones a), b), c) y d) de la D.A. 7ª, recomiendan un análisis conjunto de las mismas que se realizará en los comentarios a esta última.

- *Apartado g). Artículos 38 y 39 de la Ley Audiovisual sobre la libre recepción de los servicios de comunicación audiovisual prestados desde fuera de España.*

Este apartado g) atribuye al MIEyT el ejercicio de las competencias previstas en los artículos 38 y 39 de la Ley Audiovisual relativas a la libertad de recepción de los servicios de



comunicación audiovisual prestados fuera de España y aquellos que, estando fuera de nuestro territorio, se encuentren especialmente focalizados al mismo.

Los artículos 38 y 39 de la Ley Audiovisual incorporan a la normativa nacional las previsiones de los artículos 3 y 4 de la Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual⁹⁷. Estos artículos, tras declarar y garantizar la libertad de recepción de los servicios prestados dentro del Espacio Económico Español, prevén que la Autoridad Audiovisual pueda limitar dicha libertad de recepción cuando se infrinja de manera grave y reiterada la legislación en materia de protección de los menores, por orden, salud o seguridad pública, y que así lo pondrá de manifiesto a la Comisión Europea y al Estado miembro a cuya jurisdicción esté sometido el prestador.

La posibilidad de limitar la recepción de determinados servicios de comunicación audiovisual se justifica, por tanto, por el incumplimiento grave de las condiciones regulatorias nacionales de protección a los menores, de salud pública, etc., cuestiones que el propio Anteproyecto atribuye a la CNMC en su artículo 5.1.e) y f). Por ello, teniendo en cuenta que la CNMC será la Autoridad que velará por el cumplimiento de estas materias, tiene la misma lógica que sea esta Autoridad la que lleve a cabo no sólo este análisis, sino también la puesta en conocimiento de dichas actuaciones a la Comisión Europea y al Estado Miembro correspondiente.

Lo contrario obligaría a la CNMC a ponerse en contacto o remitir las actuaciones al MIEyT para que éste, a su vez, se las remita a la Comisión Europea y al correspondiente Estado Miembro, suponiendo ello una gestión poco eficaz.

Es más, cabe reseñar que la propia Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual en su artículo 30 prevé que los Estados miembros a la hora de tomar las medidas necesarias para intercambiar mutuamente y facilitar a la Comisión Europea la información necesaria para la aplicación de la Directiva -en concreto en relación con las competencias previstas en sus artículos 2, 3 y 4, (2, 38 y 39 de la Ley Audiovisual)-se realice "*en especial a través de sus organismos reguladores independientes*"⁹⁸.

De esta manera, teniendo en cuenta el ámbito material de las funciones, así como la especial previsión que la Directiva establece sobre las relaciones entre los organismos reguladores independientes y la Comisión Europea en este ámbito, es necesario que dichas funciones sean llevadas a cabo por la CNMC.

- *Apartado h) Carácter no publicitario de los anuncios de servicio público o de carácter benéfico.*

El apartado h) de la D.A. sexta atribuye al MIEyT la potestad de determinar el carácter no publicitario de aquellos anuncios de servicio público o de carácter benéfico, difundidos gratuitamente, que así lo soliciten a los efectos de excluirlos del cómputo cuantitativo publicitario previsto en el artículo 14.1 de la Ley Audiovisual.

⁹⁷ Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, codificada mediante la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de marzo de 2010 (Directiva de servicios de comunicación audiovisual),

⁹⁸ En este sentido, cabe reseñar que la CMT es miembro de EPRA (Plataforma Europea de Autoridades Reguladoras) desde el año 2000, foro de debate e intercambio de los reguladores del audiovisual europeos en el que representa a España desde entonces y en el que sólo los reguladores independientes pueden ser miembros.



Esta previsión ya estaba recogida en la Ley de Televisión Sin Fronteras⁹⁹ dentro del ámbito general relativo al *“tiempo de emisión dedicado a la publicidad y a la televenta”*. Es decir, la anterior normativa ya preveía que esta especialidad se incardinaba dentro de las cuestiones relativas al cómputo del tiempo publicitario que deben respetar los prestadores y que, a su vez, debía ser supervisado por la Autoridad Audiovisual competente. Ello es lógico, pues si un anuncio goza de dicha catalogación no será tenido en cuenta a la hora del análisis cuantitativo temporal previsto en el artículo 14.1 de la Ley Audiovisual, competencia que según el artículo 5.1.f) está atribuida a la CNMC.

Pues bien, esta atribución supone dejar en manos de dos autoridades distintas funciones íntimamente relacionadas. En efecto, de esta manera el MIEyT estaría encargado de determinar el carácter público o benéfico del anuncio para que la CNMC no lo compute dentro del límite máximo publicitario previsto en la Ley Audiovisual. La atribución de dichas competencias a Autoridades diferentes, aun cuando gocen de mecanismos de colaboración entre las mismas, no contribuye a la eficacia y celeridad que se persigue con este Anteproyecto. Es más, esta diferente atribución podría llegar a implicar una cierta descoordinación entre Autoridades que se podría evitar si las mismas estuviesen atribuidas a una sola, la CNMC, en tanto autoridad encargada de velar por el cumplimiento de las previsiones de la Ley Audiovisual en el ámbito publicitario.

En este sentido, la propia Directiva de Servicios de Comunicación Audiovisual¹⁰⁰, incluye esta facultad dentro del ámbito general de las comunicaciones comerciales, lo que denota la íntima conexión entre ambas funciones y hace aconsejable su tratamiento unitario por una sola Autoridad.

IV.2.4.2 Disposición adicional Séptima: nuevas funciones que asume la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia de telecomunicaciones.

IV.2.4.2.1 Gestión de los Registros.

Tal y como se ha indicado en el apartado anterior, se procede a continuación a realizar un análisis conjunto de las funciones recogidas en los apartados a) y b) de la D.A. 6ª y a), b), c) y d) de la D.A. 7ª. Dada la íntima conexión de las distintas funciones recogidas en estos apartados (llevar a cabo registros, recibir notificaciones, emitir certificaciones registrales, etc.) y con el objeto de facilitar su análisis, estas funciones se englobarán bajo el término *“actividad registral”*.

A juicio de la CMT debería ser la CNMC y no el MIEyT ni la SETSI, el órgano competente para realizar toda la actividad registral tanto en el ámbito de las telecomunicaciones como en el audiovisual. Las razones que justifican lo anterior se exponen a continuación:

En primer lugar, porque, a diferencia de lo indicado en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, la actividad registral no se puede encuadrar dentro de las *“tareas de índole administrativo que venían ejerciendo los organismos reguladores, para cuyo desempeño no*

⁹⁹ Artículo 13.4 *“A efectos del presente artículo, no tendrán la consideración de publicidad los anuncios de servicio público o de carácter benéfico, difundidos gratuitamente, ni los realizados por el operador de televisión en relación con sus propios programas”*.

¹⁰⁰ El Considerando (31) de la Directiva 2010/13/UE recoge que *“[d]ebe establecerse en la presente Directiva la definición amplia de comunicación comercial audiovisual, que, no obstante, no incluye los anuncios de servicio público ni de los llamamientos de organizaciones benéficas cuya emisión sea gratuita”*. (Subrayado añadido).



se requiere una especial independencia”, sino que supone una competencia esencial a partir y alrededor de la cual se desarrollan todas las demás funciones que ejercerá la CNMC. No en vano el artículo 48.4.l) de la LGTel establece que el Registro contendrá los datos registrales *“necesarios para que la Comisión [CMT] pueda ejercer las funciones que tiene atribuidas”*.

En efecto, la actividad registral no debe ser calificada como un mero trámite administrativo, sino que se trata de una competencia material a través de la cual se define lo que se ha de entender por actividades de comunicaciones electrónicas –explotación de redes y servicios- y por servicios de comunicación audiovisual.

La definición de estos servicios conlleva para las entidades presentes en los correspondientes registros la adquisición de un status jurídico que determina el sometimiento a una serie de derechos y obligaciones previstos en la normativa de aplicación.

En este sentido, es esencial tener en consideración que la actividad registral no es nada mecánica, debido a que no están regulados de forma tasada los títulos administrativos para llevar a cabo actividades de comunicaciones electrónicas o comunicación audiovisual, sino que existe una habilitación general ex lege para prestar servicios y, en función de la actividad que se notifique a la Administración, se lleva a cabo una inscripción bajo una modalidad u otra, recalificando en ocasiones la categorización que el interesado haya dado a su actividad.

No hay que olvidar, además, que se trata de sectores de gran innovación tecnológica, y de rápida aparición de nuevos servicios que requieren de una respuesta regulatoria ágil, lo que aconseja que sea un único organismo el encargado tanto de las funciones registrales como de la actividad regulatoria.

Ello es así porque concurre una importante interrelación entre las funciones regulatorias de este organismo y la actividad registral. A título de ejemplo, existen determinadas actividades sobre las que existen dudas sobre su naturaleza de servicio de comunicación electrónica y para dicha determinación es fundamental analizar aspectos tales como la relevancia económica del servicio, los acuerdos que tendrá que suscribir el notificante con otros operadores y la posibilidad del notificante de tener un control sobre recursos o servicios asociados a redes que pudieran ser esenciales para otros operadores.

Estos aspectos han de condicionar los criterios del organismo para controlar o no determinadas actividades, y será la CNMC la mejor posicionada para valorar en conjunto la evolución de las actividades de comunicaciones electrónicas y de comunicación audiovisual en virtud de las otras funciones que desempeñará.

Asimismo, en bastantes ocasiones, la CMT (en el futuro será la CNMC) ha contactado con otras ANRs -y actualmente participa en grupos de trabajo en el seno del ORECE- para determinar el tratamiento que se le da a determinados servicios. Para armonizar a nivel comunitario estos aspectos, la CNMC se encontrará en una posición idónea.

La actividad registral sirve igualmente para fiscalizar el desarrollo de actividades en los mercados correspondientes y permite el adecuado ejercicio de las funciones del órgano encargado de su llevanza. Así, por ejemplo, tal y como se ha indicado en los comentarios al apartado 5, en el ámbito de las telecomunicaciones, la llevanza del Registro de Operadores resulta esencial para realizar un correcto análisis de los mercados, al permitir, entre otras



cuestiones, conocer los potenciales oferentes y demandantes para, en su caso, requerir la información necesaria para realizar dichos análisis.

El uso intensivo que la CNMC hará de dichos registros en el ejercicio de sus funciones aconseja que sea ésta la encargada de toda la actividad registral, no resultando suficiente para garantizar el correcto desempeño de sus funciones el acceso a los Registros previsto en el artículo 23 del Anteproyecto. Así, ha de tenerse en consideración que a través de la actividad registral el organismo adquiere un conocimiento de las actividades que se notifican que no se traslada en su totalidad al Registro.

Dicho conocimiento es necesario, además de para la tarea de supervisión continua de los mercados y definición periódica de los mismos, ya citada, para preparar el Informe anual, para llevar a cabo otros estudios sectoriales y para liquidar la tasa general de operadores.

De hecho, la importancia de la actividad registral ha sido confirmada por la propia Audiencia Nacional en su Sentencia de 1 de septiembre de 2011, en la que señala lo siguiente:

“Acepta este Tribunal las consideraciones de la resolución impugnada cuando expresa que la comunicación fehaciente y la inscripción en el Registro de Operadores no es un mero formalismo o una irrazonable traba administrativa sino que constituye un instrumento para controlar el acceso al mercado, fiscalizar el desarrollo de actividades en dicho mercado y para que dicha Comisión pueda ejercer sus funciones. Recuerda además el órgano administrativo que el Registro le permite recabar y disponer de información acerca del número de empresas que operan en los distintos sectores y con qué extensión lo hacen. El Registro da fe pública y certeza jurídica de qué agentes económicos ostentan la condición de operadores, de las actividades que realizan y del ámbito de cobertura de su prestación, de tal manera que terceros operadores o usuarios puedan tener conocimiento de ello en aras a la consecución de los objetivos establecidos en el artículo 3 de la LGTel. Por otra parte se refiere la Comisión en aquellos razonamientos a sus labores de control de determinadas obligaciones de los operadores.

En suma, que el deber de comunicación previa y la correlativa inscripción en el Registro general de operadores de comunicaciones electrónicas tiene una finalidad de conocimiento por el Regulador, de naturaleza previa e independiente de que después existan efectivas afectaciones negativas a la competencia”.

En segundo lugar, no parece eficiente que toda la actividad registral que tradicionalmente llevaba la CMT se atribuya ahora al MIEyT y a la SETSI, y ello porque, por un lado, con el cambio previsto en el Anteproyecto se perdería la propia experiencia y agilidad de la CMT en la llevanza de estos registros; y, por otro lado, la naturaleza convergente del nuevo organismo le convierte en el mejor posicionado para llevar la actividad registral de dos sectores convergentes.

En tercer lugar, de conformidad con el Anteproyecto, en el ámbito postal y a diferencia de lo que ocurre con la actividad registral en telecomunicaciones y audiovisual, la CNMC conserva la competencia para otorgar las autorizaciones correspondientes y gestionar el Registro General de empresas prestadoras de servicios.



A juicio de esta CMT, las mismas razones que justifican la atribución a la CNMC de la actividad registral en el sector postal deberían aplicarse al sector de las telecomunicaciones y al audiovisual. Es más, parece lógico que el nuevo organismo regulador lleve a cabo la actividad registral de todos los sectores que regula y supervisa.

Por último, por aplicación de la D.A. tercera, se atribuyen a la SETSI las funciones de llevar el Registro público de numeración y el Registro de parámetros de la Televisión Digital Terrestre, encomendados hasta ahora a la CMT, por el artículo 63 del Reglamento de Mercados y la D.A. Novena del Real Decreto 944/2005. Los motivos expuestos con anterioridad aconsejan que la CNMC herede asimismo la gestión de estos dos Registros.

En primer lugar, como se ha señalado en apartados precedentes de este informe, la gestión y control de la numeración es una función de regulación ejecutiva que debería llevar la CNMC, al igual que el Registro de numeración, en cuya llevanza tiene la CMT una gran experiencia de gestión.

En segundo lugar, resultaría coherente que la CNMC heredase las funciones de la CMT de asignar los parámetros de información de los servicios de televisión digital terrestre y de gestionar el Registro de las entidades que tienen asignados tales parámetros. Dicho registro inscribe a las entidades responsables de las actividades de gestión de los múltiplex de TDT (cuyos conflictos dirime hasta la fecha la CMT), así como las entidades habilitadas para la prestación del servicio de difusión. Asimismo, recoge los parámetros técnicos que se les conceden para que lleven a cabo la difusión de los servicios correspondientes. Se trata, por tanto, de una actividad de supervisión de los actores del mercado audiovisual y de control de los recursos técnicos asignados que tendría sentido que se ejerciera por el organismo convergente encargado de la supervisión de los mercados de comunicaciones electrónicas y de comunicación audiovisual.

IV.2.4.2.2 Especificaciones técnicas para la conservación de la numeración.

La D.A. 7ª atribuye a la SETSI la siguiente función:

“l) Fijar los aspectos técnicos y administrativos para que se lleve a cabo la conservación de los números telefónicos por los abonados, a que se refiere al artículo 18 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones”.

A este respecto, cabe indicar que la conservación de la numeración es una facilidad que permite al usuario conservar su número telefónico o sus rangos de numeración fija, móvil o de servicios de tarificación especial cuando decide cambiar de operador para la provisión de sus servicios telefónicos

Este mecanismo, de enorme relevancia para el dinamismo competitivo al eliminar una de las barreras más importantes para el usuario cuando decide cambiar de proveedor de servicios, constituye una herramienta básica de competencia entre los operadores para captar clientes y asegurar que el proceso se lleva a cabo sin interrupción del servicio. Así lo avalan, por ejemplo, los altos volúmenes de portabilidad móvil existentes en España, con una media de 465.000 portabilidades mensuales a lo largo del 2011, una de las tasas más elevadas de Europa.

Pues bien, es de interés recordar que el uso de esta facilidad por los usuarios ha sido posible gracias a la implementación y correcto funcionamiento de los procesos técnicos y



administrativos necesarios para la conservación de la numeración entre los operadores, desde el año 2000 hasta la fecha.

La CMT ha sido la autoridad responsable de la definición y seguimiento de las Especificaciones técnicas para la conservación de la numeración desde 1999, lo que ha favorecido que el sistema de portabilidad evolucione de acuerdo con las necesidades del mercado, de forma eficiente y con total transparencia. Ello porque las Especificaciones técnicas han venido obligando a los operadores a implementar una arquitectura que garantiza un acceso en igualdad de condiciones a todos los actores del mercado y que permite llevar a cabo adecuadamente la función de supervisión atribuida a este organismo, a través de las interfaces con las Entidades de Referencia que centralizan los procesos de portabilidad¹⁰¹.

Esta supervisión de los procesos técnicos por la CMT permite disponer de datos objetivos como volúmenes de portabilidad, denegaciones, cancelaciones y retrasos en los procedimientos que pueden ser utilizados para la eficiente resolución de los conflictos de portabilidad que se suscitan entre los operadores. Ello justifica que sea el mismo organismo el que establezca las especificaciones técnicas para la conservación de la numeración e intervenga en los conflictos entre operadores que se susciten en relación con la citada materia.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que actualmente la comercialización de la banda ancha por los operadores conjuntamente con el servicio telefónico es ya hoy en día la modalidad más habitual de las ofertas de servicios de comunicaciones electrónicas. Es más, la migración tecnológica en curso de las redes desde la conmutación de circuitos a la conmutación de paquetes IP hace que, progresivamente, vaya siendo el servicio de banda ancha el que también soporte el servicio de telefonía (conocido como voz sobre IP o telefonía IP). Así, cuando un abonado/cliente de un operador quiera “cambiarse de operador” habitualmente no solo se cambiará para el servicio telefónico sino para, al menos, el conjunto de los servicios telefónico y acceso a Internet.

Por este motivo, las ofertas de referencia mayoristas de banda ancha de Telefónica (las conocidas como OBA¹⁰² y NEBA¹⁰³) contemplan los procesos de portabilidad fija para la coordinación de los trabajos sobre el bucle de abonado y sobre los sistemas que controlan el correcto encaminamiento de las llamadas telefónicas.

Como consecuencia, de la profunda interrelación y los impactos que tienen entre sí ambas medidas regulatorias (ofertas mayoristas citadas y procesos de portabilidad fija), se considera que el organismo regulador que aprueba las ofertas de referencia mayoristas sea el que esté habilitado también para establecer las especificaciones técnicas de la portabilidad. Ello por la necesidad de que exista un perfecto sincronismo entre los procesos técnicos que es necesario realizar para el efectivo cambio de prestador de servicios, ya que cualquier deficiencia puede llevar a una incorrecta provisión de los servicios.

¹⁰¹ La regulación vigente en materia de conservación de la numeración se encuentra recogida en la Circular 1/2008, de 19 de junio, sobre conservación y migración de numeración telefónica, en la Especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración fija en caso de cambio de operador (DT 2008/352) – actualmente en revisión- y en la Especificación técnica de los procedimientos administrativos para la conservación de numeración en caso de cambio de operador en redes móviles (DT 2009/1660).

¹⁰² Oferta de referencia del Bucle de Abonado

¹⁰³ Oferta de referencia del Nuevo servicio Ethernet de Banda Ancha.



Finalmente, en relación con la portabilidad móvil, es preciso señalar que el mercado de telefonía móvil se ha visto dinamizado por la presencia de los denominados operadores móviles virtuales que ofrecen sus servicios por medio de las redes de acceso móvil de Vodafone, Telefónica y Orange, en virtud de la obligación de acceso que impuso en 2006 la CMT¹⁰⁴ a los mismos.

Pues bien, con la finalidad de permitir a los operadores móviles virtuales poder cambiar de operador de acceso, la Especificación técnica de conservación de la numeración móvil no sólo incluye los procedimientos para el cambio de proveedor de servicios por parte del usuario final sino también los procedimientos para el cambio de operador de acceso (*host*) por parte de los operadores móviles virtuales (procedimiento de migración). Este procedimiento de cambio de operador de acceso de red, además de garantizar la continuidad del servicio al usuario, es un elemento esencial para el desarrollo de la competencia efectiva en el mercado móvil.

En consecuencia, tal y como se ha expuesto, los procesos de portabilidad regulados a través de las Especificaciones técnicas están íntimamente asociados con la regulación de los mercados de comunicaciones electrónicas así como con el cumplimiento de las obligaciones impuestas a los operadores en dichos mercados. Por ello, el organismo regulador que determine las ofertas mayoristas de acceso al bucle, salvaguarde la competencia efectiva en los mercados de comunicaciones electrónicas y asuma la habilitación de intervenir en las relaciones entre operadores en materia de conservación de la numeración deberá ser quien fije los aspectos técnicos y administrativos para que se lleve a cabo la conservación de los números telefónicos por los abonados, en aras de que el sector disponga de una regulación coherente que aporte seguridad jurídica al mismo.

En este sentido, es de interés señalar que en la mayoría de los países de nuestro entorno el regulador independiente es el encargado de prescribir a los operadores los procesos técnicos y administrativos de la portabilidad así como supervisar su cumplimiento, tal y como se indica en el apartado relativo al Marco normativo comunitario y Observaciones generales.

Por tanto, es conveniente que se atribuya a la CNMC la competencia de fijar los aspectos técnicos y administrativos para que se lleve a cabo la conservación de los números telefónicos por los abonados. Para ello, se propone modificar el artículo 5 del Anteproyecto en el sentido de incluir la citada competencia a favor de la CNMC, siendo necesario que se suprima dicha habilitación de la SETSI, recogida en la D.A. 7ª.

IV.2.4.2.3 Gestión y control de la numeración

La D.A. 7ª del Anteproyecto establece que la SETSI pasa a asumir, entre otras, las siguientes competencias:

La gestión y control de los planes de numeración, a que se refiere el artículo 16.4 de la LGTel.

El otorgamiento de derechos de uso de números, direcciones y nombres a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas, en condiciones objetivas, transparentes y no

¹⁰⁴ Resolución por la que se aprueba el proyecto de medida relativo a la definición y análisis del mercado de acceso y originación de llamadas en las redes públicas de telefonía móvil, la designación de los operadores con poder significativo de mercado y la imposición de obligaciones específicas y se acuerda su notificación a la comisión europea y a las autoridades nacionales de reglamentación (mercado 15).



discriminatorias, de acuerdo con lo establecido en la LGTel y su normativa de desarrollo, y la función de velar por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración, direccionamiento y denominación, cuyos derechos de uso se haya concedido. Asimismo, se atribuye a la SETSI la función de autorizar la transmisión de dichos recursos, estableciendo mediante resolución, las condiciones de aquélla.

El otorgamiento de derechos de uso de números a los usuarios finales, a que se refiere al artículo 16.7 de la LGTel.

Por consiguiente, nos hallamos ante un desapoderamiento de competencias de la CNMC en materia de numeración, pues las citadas funciones pasan a ser asumidas por el propio MIEyT, a través de la SETSI, basándose para ello, según se indica en la Exposición de motivos del Anteproyecto, en la eficacia de la intervención pública que ello supone. Concretamente se indica que *“Con esta reestructuración funcional, la Ley ha perseguido ante todo la eficacia de la intervención pública. En concreto, los Ministerios pasan a asumir todas aquellas tareas de índole administrativa que venían ejerciendo los organismos reguladores, para cuyo desempeño no se requiere una especial independencia. Ello permite que la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia concentre su actuación en las funciones que verdaderamente sirven a su objeto fundamental, velar por un funcionamiento correcto de los mercados y la libre competencia”*.

Antes de argumentar los motivos por los que se considera que las citadas competencias deben ser asumidas por la CNMC y no por la SETSI se procede a describir brevemente cuales son las competencias que hasta el momento han venido siendo ejercidas por esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cumpliendo así con las finalidades comprendidas en la normativa.

En la actualidad, la competencia en materia de numeración recae sobre dos autoridades nacionales de reglamentación, el MIEyT y la CMT cuyas funciones se recogen principalmente en los artículos 16 y 17 de la LGTel.

Concretamente, al MIEyT le corresponden aquellas funciones dirigidas a la elaboración de disposiciones de alcance general, el establecimiento de plazos y fórmulas generales a las que deben sujetarse los operadores para la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas. Mientras que a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones le corresponden las funciones de control y gestión de los planes nacionales de numeración y de códigos de puntos de señalización, así como el otorgamiento de derechos de uso de numeración a los operadores en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, velando en última instancia por la correcta utilización de los recursos públicos de numeración asignados.

Por ello, desde el punto de vista operativo el régimen de competencias ha consistido en que el MIEyT, en ejecución de su competencia en materia de desarrollo del Plan Nacional de Numeración, haya venido atribuyendo y adjudicando derechos de uso de numeración a servicios de comunicaciones electrónicas, y a la CMT le hayan correspondido competencias en materia de asignación de la numeración a los operadores y a los usuarios finales, así como el control y gestión de los planes nacionales de numeración, por criterios de mercado.

Las decisiones adoptadas por la CMT, en virtud de las competencias relativas a la gestión y control de los planes nacionales de numeración así como el otorgamiento de los derechos de uso de la numeración han permitido en primer lugar, delimitar los conceptos y establecer



criterios de uso de numeración tendentes a conseguir un mejor aprovechamiento y desarrollo en un entorno de competencia, y en segundo lugar, a analizar el impacto directo y relevante que supone las citadas funciones en el mercado de las telecomunicaciones, y en particular en los mercados regulados *ex ante*.

El primer motivo que justifica la necesidad de que las funciones relativas a la numeración deben de ser asumidas por la CNMC, y más concretamente, la de gestión, control de los planes nacionales de numeración y otorgamiento de uso de numeración es que las mismas pueden establecer o condicionar los modelos de negocio de los nuevos servicios. Asimismo, pueden incidir en el desarrollo del mercado de las telecomunicaciones, y en consecuencia afectar a la naturaleza de los operadores que van a existir en el mercado así como la forma de interactuar y relacionarse entre ellos. Por consiguiente, la futura CNMC tiene entre sus objetivos la salvaguarda del desarrollo de los procesos competitivos en el mercado, siendo la numeración uno de los elementos clave para el fomento de la misma y la innovación así como para la promoción de nuevos servicios.

Asimismo, las citadas competencias cobran mayor relevancia si cabe, con la tendencia a la convergencia entre redes y servicios que se vislumbra en el corto y medio plazo, convergencia en la que el aspecto relacionado con la numeración telefónica que utilizarán estos nuevos servicios definirá en gran medida el marco de competencia en los que concurrirán delimitando los nuevos modelos de negocio, sus características (interoperabilidad, precios de interconexión, tipologías de operadores, operadores en la nube, etc.).

El segundo de los motivos que sustenta la necesidad de que las competencias relativas a la gestión y control y el otorgamiento de la numeración deben ser asumidas por el nuevo organismo es que las mismas tienen un impacto directo y muy relevante en el mercado de las telecomunicaciones y en particular en los mercados regulados *ex ante*. Esta relevancia radica en el hecho de que la numeración telefónica constituye uno de los elementos esenciales en el análisis de los mercados regulados *ex ante*, puesto que existe una relación unívoca entre la numeración utilizada y el servicio prestado. Esta circunstancia, sin embargo, no concurre con otros recursos públicos, como por ejemplo los derechos de uso de nombres cuya asignación, debido a sus características, no suponen impacto alguno o su impacto es neutro en los mercados regulados. En este último caso y desde el punto de vista de los mercados regulados ciertamente se podrían considerar la otorgación de derechos de uso como una mera tarea administrativa, situación que no concurre en el caso de la numeración telefónica.

Esta íntima relación entre la numeración utilizada y el servicio prestado se pone de manifiesto por ejemplo, cuando un operador que dispone de derechos de uso de una numeración sea uno de los elementos determinantes para considerar que el mismo ostenta una posición significativa en el mercado de terminación (mercado 3: terminación de llamadas en las redes públicas individuales de cada operador de telefonía fija si el operador es asignatario de numeración fija o mercado 7: terminación de llamadas vocales en redes móviles individuales si el operador es asignatario de numeración móvil), hecho que conlleva, entre otras consecuencias, el cobro de los precios de terminación que corresponda.

Por tanto, la decisión de otorgar unos derechos de uso sobre una numeración del PNNT para prestar un tipo de servicios tiene unas implicaciones que van más allá de la mera asignación de la numeración al tener implicaciones directas en el análisis de los mercados *ex ante* y en su regulación.



En consecuencia y habida cuenta del impacto que conlleva la gestión y control de la numeración así como la potestad de otorgar derechos de uso en los mercados regulados *ex ante* es necesario que la misma entidad que realiza el análisis de los mercados sea la entidad encargada de la gestión, control y del otorgamiento de los derechos de usos de la numeración telefónica al objeto de evitar efectos indeseados o distorsiones en los mercados regulados.

Esta argumento es acorde con lo establecido en las Directivas pues consideran que los recursos de numeración son recursos esenciales para la capacidad de los operadores y proveedores de servicios de competir e innovar en el mercado, de manera que su disponibilidad en condiciones adecuadas constituye causa y efecto de la posición de los agentes en él y de la vitalidad en la oferta de nuevos servicios. La regulación de los mercados para garantizar la plena competencia en ellos tiene así en la numeración una herramienta esencial, de ahí que ambas, regulación y administración de la numeración para los servicios, deben abordarse desde una misma perspectiva, que sólo puede garantizarse con la adecuada atribución de dichas competencias de gestión plena a la Autoridad encargada de la regulación de los mercados.

De hecho, el regulador independiente es el encargado de dicha función en la mayoría de los países de nuestro entorno: AGCOM en Italia, ARCEP en Francia, OFCOM en el Reino Unido, BAKOM en Suiza, PTS en Suecia, ANACOM en Portugal, RTR en Austria, FICORA en Finlandia, EETT en Grecia, Comreg en Irlanda, BNetzA en Alemania, NPT en Noruega o IBPT en Bélgica.

Por tanto, es evidente que la funciones de gestión y control de los planes nacionales de numeración y el otorgamiento de derechos de uso de la numeración cumplen con la necesidad de salvaguardar el desarrollo de los procesos competitivos en el mercado y suponen un elemento consustancial en el análisis de mercados por lo que deberían ser asumidas por el nuevo organismo, la CNMC en aras a conseguir mejor eficacia y eficiencia, en línea con las directrices marcadas en las Directivas y la situación a nivel europeo.

Por todo lo anterior, esta Comisión propone que se integren expresamente las competencias recogidas en los artículos 16 y 17 de la LGTel en la CNMC, proponiendo que se añadan al artículo 5 del Anteproyecto:

“- La gestión y control de los planes de numeración, a que se refiere el artículo 16.4 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.

- El otorgamiento de derechos de uso de números, direcciones y nombres a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con lo establecido en la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, y su normativa de desarrollo; velar por la correcta utilización de los citados recursos públicos de numeración, direccionamiento y denominación cuyos derechos de uso haya concedido y autorizar la transmisión de dichos recursos, estableciendo mediante resolución, las condiciones de aquélla.

- El otorgamiento de derechos de uso de números a los usuarios finales, a que se refiere al artículo 16.7 de la Ley 32/2003”.



IV.2.4.3 Disposición adicional tercera: atribución de competencias a la Administración.

El párrafo primero de la D.A. 3ª establece la siguiente cláusula residual de atribución de competencias a determinados departamentos ministeriales:

“Sin perjuicio de lo dispuesto en la presente Ley, las competencias que la legislación atribuía a los organismos reguladores extinguidos, y que la presente Ley no encomienda a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia serán ejercidas por los departamentos ministeriales a los que estuvieran adscritos, y en el caso del Consejo Estatal de Medios Audiovisuales, al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo”.

A este respecto, cabe indicar, en primer lugar que, de conformidad con lo establecido en el Capítulo II de la LES, vigente hasta la aprobación del presente Anteproyecto, la CMT actualmente no se encuentra adscrita a departamento ministerial alguno, previendo la LES su relación con el MIEyT y actuando en el ámbito de sus competencias con plena independencia de las Administraciones Públicas.

Procede formular las siguientes consideraciones sobre algunas competencias adicionales no mencionadas en el Anteproyecto, que ejerce en la actualidad la CMT.

IV.2.4.3.1 Gestión de los datos de los abonados para la prestación de los servicios de guías y consulta telefónica sobre los números de abonado en libre competencia, así como para la prestación de los servicios de emergencia

El artículo 7.2.a) del Anteproyecto establece que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que se susciten *“en materias relacionadas con las guías telefónicas”*.

No obstante, además de la citada competencia relativa a la resolución de los conflictos en materia de guías telefónicas, actualmente esta Comisión desempeña otra serie de competencias, omitidas por el Anteproyecto, en materia de la elaboración y comercialización de las guías de abonados y la prestación de los servicios de consulta telefónica sobre números de abonado en régimen de libre competencia.

Dichas competencias se fundamentan en el cumplimiento del artículo 38.6 de la LGTel, que establece que las empresas que asignen números de teléfono a sus abonados deben “dar curso a todas las solicitudes razonables de suministro de información pertinente para la prestación de los servicios de información sobre números de abonados y guías accesibles al público, en un formato aprobado y en unas condiciones equitativas, objetivas, orientadas en función de los costes y no discriminatorias”, y se concretan en la realización por parte de esta Comisión de las siguientes funciones:

- Establecimiento, gestión y supervisión de un procedimiento¹⁰⁵ para que los operadores faciliten la información de sus abonados a las entidades con derecho a

¹⁰⁵ La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones es quién suministra gratuitamente a las entidades habilitadas los datos de los abonados de conformidad con los apartados decimocuarto y decimoquinto de la Orden Ministerial CTE/711/2002, de 26 de marzo, por la que se establecen las condiciones de prestación del servicio de consulta telefónica sobre números de abonado, y con el artículo 68 del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios aprobado mediante el Real Decreto 424/2005, de 15 de abril.



su obtención¹⁰⁶, facultando a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a dictar instrucciones a tal efecto:

En el ejercicio de esta competencia, mediante la Circular 2/2003, de 26 de septiembre, sobre el procedimiento de suministro de datos de los abonados para la prestación de servicios de directorio en competencia¹⁰⁷, esta Comisión constituyó el Sistema de Gestión de Datos de Abonado (SGDA) en respuesta a la necesidad de disponer de una herramienta informatizada para el intercambio de información entre los operadores obligados y las entidades habilitadas, capaz de almacenar, cargar y entregar de forma eficiente grandes volúmenes de información con un nivel adecuado de seguridad, así como de facilitar el acceso a la información de los abonados de forma ágil y flexible, favoreciendo la pluralidad de ofertas de servicios y, por tanto, la apertura a la competencia en el caso de los servicios de guías y consulta telefónica sobre números de abonado.

- Velar por el cumplimiento de las instrucciones dictadas por la Comisión en esta materia, así como de las condiciones relativas al suministro de los datos por parte de los operadores a esta Comisión, incluyendo expresamente la potestad sancionadora tanto por el incumplimiento de las Circulares aprobadas por esta Comisión¹⁰⁸ como de las condiciones mencionadas.
- Tramitar los procedimientos administrativos sobre las solicitudes de las entidades que deseen acceder a los datos de los abonados suministrados por los operadores, a través de Resoluciones motivadas del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones y previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos.
- Tramitar los procedimientos administrativos relativos a la revocación del suministro de los datos a aquellas entidades que incumplan las condiciones establecidas para la utilización de los datos facilitados, mediante Resoluciones motivadas del Secretario de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

En consecuencia, el ejercicio de estas funciones por esta Comisión forma parte de las garantías necesarias para que los servicios de guías telefónicas y de consulta telefónica sobre números de abonado puedan realizarse en régimen de libre competencia, tal y como establece el artículo 5 de la Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de

¹⁰⁶ Además de las mencionadas en el artículo 38.6 de la LGTel, se incluyen las entidades que prestan servicios de emergencia a través del número 112 en virtud de la Orden Ministerial de 14 de octubre de 1999 sobre condiciones de suministro de información relevante para la prestación del servicio de atención de llamadas a través del número 112; las que prestan servicios de emergencia a través de otros números cortos incluidos en la Resolución de 21 de noviembre de 2008 de la SETSI, por la que se identifican los servicios de atención de llamadas de emergencia a efectos de la obtención de los datos de los abonados al servicio telefónico disponible al público; y los agentes facultados para solicitar información previa o complementaria a la interceptación legal de las comunicaciones de conformidad con la Orden Ministerial ITC/110/2009, de 28 de enero, por la que se determinan los requisitos y las especificaciones técnicas que resultan necesarios para el desarrollo del capítulo II del título V del Reglamento sobre las condiciones para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el servicio universal y la protección de los usuarios.

¹⁰⁷ Actualmente en proceso de revisión.

¹⁰⁸ Resolución de fecha 14 de julio de 2011, de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se resuelve el procedimiento sancionador RO 2010/2177, incoado contra varios operadores por el presunto incumplimiento de la Circular 2/2003.



2002¹⁰⁹, por el cual *“los Estados miembros garantizarán la supresión de todos los derechos exclusivos y especiales relativos a la creación y prestación de servicios de guía telefónica en su territorio, incluidos la publicación de guías telefónicas y los correspondientes servicios de consulta”*.

Por su parte, debe recordarse el Considerando 38 de la Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009¹¹⁰, que además de incidir en la necesidad de la prestación de los servicios de consulta de números de abonado en competencia, prevé *“la posibilidad de que los Estados miembros creen un mecanismo centralizado que facilite información completa y agregada a los proveedores de servicios de guías y la provisión del acceso a la red en unas condiciones razonables y transparentes”*, de forma que los usuarios finales se beneficien plenamente de la competencia derivada del suministro de dichos datos.

Por este motivo, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones a través de la implantación de un mecanismo centralizado, el Sistema de Gestión de Datos de Abonado, viene garantizando el buen funcionamiento de estos servicios, fomentando la pluralidad de servicios y el desarrollo de la competencia.

A mayor abundamiento, la intermediación desempeñada por esta Comisión a través de la gestión del SGDA cobra relevancia para facilitar la labor no sólo de las entidades que prestan servicios de guías telefónicas y de consulta, sino también para los organismos que prestan los servicios de llamadas de emergencia y los denominados agentes facultados, de forma que el buen funcionamiento del SGDA a través de la supervisión continua del mismo por esta Comisión, repercute directamente tanto en la capacidad de estas entidades para desempeñar adecuadamente sus funciones -que en última instancia, afectan a toda la ciudadanía-, como en la prevención *“ex ante”* de los conflictos de distinta naturaleza que puedan surgir entre los operadores obligados al suministro de los datos y las entidades con derecho a la recepción de los mismos.

Por todo lo anterior, a pesar de que la disposición adicional tercera prevea que las competencias que la legislación vigente atribuía a los organismos reguladores extinguidos y que el Anteproyecto no encomiende a la CNMC pasen a ser ejercidas por los departamentos ministeriales a los que estén adscritos, no puede considerarse que las funciones omitidas en el Anteproyecto relativas a la gestión de los datos de los abonados para la prestación de los servicios de guías y consulta telefónica sobre números de abonado en libre competencia, así como para la prestación de los servicios de emergencia, sean meras tareas administrativas asumibles por la SETSI, dado que la supervisión continua realizada por esta Comisión en el ejercicio de estas funciones es lo que permite garantizar la libre competencia en estos servicios.

En consecuencia, esta Comisión propone que las funciones omitidas se atribuyan a la CNMC, de forma que se integren expresamente en el artículo 5 del Anteproyecto las

¹⁰⁹ Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

¹¹⁰ Directiva 2009/136/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, 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) nº 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.



siguientes competencias derivadas del artículo 38.6 de la LGTel hasta ahora asumidas por la CMT:

“ La CNMC deberá suministrar gratuitamente a las entidades que vayan a elaborar guías telefónicas de abonados, a las que presten el servicio de consulta telefónica sobre números de abonado y a las que presten los servicios de llamadas de emergencia, los datos que le faciliten los operadores, de conformidad con las instrucciones que, en su caso, dicte la CNMC.

- La CNMC velará por el cumplimiento de las instrucciones dictadas en esta materia, incluyendo expresamente la potestad sancionadora tanto por el incumplimiento de las Circulares aprobadas por esta Comisión como de las condiciones de suministro de datos a las que están sujetos los operadores.

- El suministro se realizará a solicitud expresa de la entidad interesada y previa resolución motivada de la CNMC, previo informe de la Agencia Española de Protección de Datos, en la que se reconozca que la entidad reúne los requisitos para acceder a los datos y se establezcan las condiciones de suministro y de utilización de los datos suministrados.

- La CNMC revocará mediante resolución motivada el suministro de los datos a aquellas entidades que incumplan las condiciones establecidas para la utilización de los datos facilitados”.

IV.2.4.3.2 La aportación de la Financiación de la Corporación Radio Televisión Española

Como se ha señalado anteriormente, el carácter expansivo y genérico de la Disposición adicional tercera del Anteproyecto conlleva que todas aquellas competencias que la legislación vigente atribuía a los organismos reguladores extinguidos y que no se asignen a la CNMC pasarán a ser ejercidas por los departamentos ministeriales a los que estuvieran adscritos.

Dentro de estas competencias se incluirían las labores de gestión, liquidación e inspección y recaudación de la aportación para la financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española (en adelante, CRTVE) previstas en la Ley 8/2009, de 28 de agosto de Financiación de RTVE (en adelante, LFCRTVE).

La gestión, en términos generales, de la aportación de la CRTVE está íntimamente ligada a las funciones propias que actualmente ostenta la CMT y que ostentará la CNMC, al ser los sujetos obligados los operadores de comunicaciones electrónicas y los prestadores de los servicios de comunicación audiovisual. En este sentido, teniendo en cuenta que la CNMC tiene atribuida la función de supervisar el *“funcionamiento de todos los mercados y servicios para garantizar la libre competencia, la transparencia y la pluralidad de la oferta”*¹¹¹, entre otros, en los sectores de comunicaciones electrónicas y audiovisual, sería lógico que la gestión de la citada aportación sea llevado a cabo por la CNMC, a los efectos de valorar y estimar el impacto competitivo que esta aportación tiene en los mercados sectoriales supervisados.

¹¹¹ Artículo 5 del Anteproyecto de Ley.



En este sentido, no sólo la experiencia acumulada por la CMT en el ejercicio de dichas funciones, sino también la íntima relación que la gestión de la aportación tiene con las funciones propias que la futura CNMC, justifican y recomiendan que estas labores sigan siendo ejercidas por el futuro Organismo convergente.

Así, se debería incluir dentro del ámbito competencial propio de la CNMC la gestión, liquidación e inspección y recaudación de la aportación de la CRTVE.

Se propone incluir un nuevo apartado en el artículo 5.1 con la siguiente redacción:

“Ejercer las funciones de gestión, liquidación, inspección y recaudación de las aportaciones establecidas en la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española”.

IV.2.4.4 Aspectos de las Directivas 2009/140/CE y 2009/136/CE pendientes de transposición al ordenamiento jurídico español

De forma adicional, cabe llamar la atención sobre la transitoriedad en la que se encuentra la vigente legislación sectorial en materia de telecomunicaciones debido a que próximamente deberá llevarse a cabo su revisión, al objeto de implementar las modificaciones introducidas por la normativa comunitaria en el paquete Telecom de 2002.

En consecuencia, se considera necesario reflejar en el presente informe las pautas generales que, a juicio de este organismo, deberían respetarse en dicha transposición en relación con las funciones que deberán ser asumidas por la nueva CNMC.

De este modo, y de conformidad con lo comentado en otros apartados de este informe, en la próxima revisión de la LGTel, debería preverse la atribución a la CNMC de las siguientes competencias:

El artículo 12.3 de la Directiva Marco establece la competencia de las ANRs para imponer obligaciones de uso compartido en el interior de los edificios cuando la duplicación de la red sea económicamente ineficiente o físicamente inviable. La facultad de imponer obligaciones que abarquen todos los elementos de red e infraestructura situados entre los operadores y el usuario final, permite a las ANRs disponer el escenario adecuado para que prospere la competencia en redes y servicios, y en consecuencia se produzca el desarrollo sostenible de los mercados de comunicaciones electrónicas.

Es por ello que, a la luz de lo previsto en las nuevas Directivas, resultaría beneficioso para el sector –y por tanto para los usuarios- que la entidad responsable de la regulación *ex ante* del mercado y de la resolución de los conflictos asuma también las competencias recogidas en el artículo 12.3 de la Directiva Marco, esto es, la CNMC.

El artículo 12.4 de la Directiva Marco establece la necesidad de que se garantice que las ANRs competentes puedan exigir a las empresas que suministren la información necesaria para que puedan elaborar, en colaboración con otras ANRs, un inventario detallado de la naturaleza, la disponibilidad y el emplazamiento geográfico de las instalaciones.

La disponibilidad de la información señalada resulta esencial para que la futura CNMC desarrolle sus funciones de órgano supervisor de la competencia, puesto que la disponibilidad de infraestructuras adecuadas para la ubicación de redes de telecomunicaciones resulta crucial para el desarrollo de la competencia.



El artículo 13 bis de la Directiva Marco está dedicado a la integridad y seguridad de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, y trata, entre otros aspectos, los mecanismos de supervisión del cumplimiento por los operadores de las obligaciones establecidas en materia de seguridad e integridad y de dictar instrucciones vinculantes en la materia.

En este sentido debe tenerse en cuenta que las medidas que se adopten en el marco de la seguridad e integridad de las redes pueden tener un gran impacto sobre la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a nivel mayorista y minorista. De hecho algunas de esas medidas podrían imposibilitar u obstaculizar la prestación de determinados servicios mayoristas en las ofertas de referencia aprobadas por la CMT en el marco de sus competencias. Actualmente estos riesgos son tenidos en cuenta continuamente por esta Comisión en sus funciones regulatorias, al ser la autoridad encargada de garantizar el acceso adecuado a redes y recursos asociados y de intervenir en caso necesario. Asimismo, la Comisión, cuando desarrolla las condiciones de acceso, fija las condiciones técnicas y operativas necesarias para garantizar el funcionamiento normal de la red del operador con PSM (artículo 12.1 LGTel).

Asimismo, una de las obligaciones contenidas en el citado artículo 13.bis de la Directiva Marco establece que los operadores explotadores de redes o prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas tengan la obligación de notificar a la ANR competente las violaciones de la seguridad o pérdidas de integridad que hayan tenido un impacto significativo en las redes o servicios. En este sentido, el objetivo perseguido por la Directiva es que se faciliten lo antes posible las actuaciones necesarias para hacer frente a dichas situaciones. Dado que las brechas de seguridad o problemas de integridad pueden afectar potencialmente a diversos operadores, la comunicación pronta de información se configura como uno de los mecanismos clave para contener en la medida de lo posible el alcance de dichas cuestiones.

En consecuencia, de cara a la próxima revisión de la LGTel, sería recomendable que el texto que operase la modificación previera la atribución de la competencia a la CNMC en lo que a integridad de las redes se refiere. En este sentido se consideraría adecuado que los operadores tuviesen que notificar tanto al MIEyT como a la CNMC, cuando afecten a servicios regulados, las violaciones de la seguridad o pérdidas de integridad que tuviesen un impacto significativo en la explotación de las redes o los servicios.

El artículo 20 de la Directiva Marco ha ampliado el ámbito subjetivo de actuación de las ANRs en sus funciones de resolución de conflictos de modo que, de conformidad con lo comentado en relación con el artículo 7 del presente Anteproyecto en materia de conflictos entre operadores, la CNMC podrá intervenir no sólo en las relaciones entre operadores de comunicaciones electrónicas, como reconoce el artículo 11.4 de la LGTel, sino también en conflictos con otras entidades que se benefician de las obligaciones de acceso e interconexión – i.e. prestadoras de servicios de comunicación audiovisual o de servicios de la sociedad de la información (relacionado con el debate de la neutralidad de la red).

Los apartados 1, 2 y 3 del artículo 22 de la DSU recogen aspectos relativos a la calidad de los servicios de comunicaciones electrónicas. Concretamente, el artículo 22.3 habilita a las ANRs para establecer requisitos mínimos de calidad del servicio para evitar la degradación del servicio y la obstaculización o ralentización del tráfico en las redes.

Esta disposición está íntimamente ligada al Considerando 34 de la Directiva 2009/136/CE, que establece:



“Con el fin de responder a los requisitos de calidad del servicio, los operadores pueden utilizar procedimientos para medir y controlar el tráfico en un enlace de red, con vistas a evitar agotar la capacidad del enlace o saturarlo, lo que podría desembocar en la congestión de la red y en un rendimiento escaso. Estos procedimientos deben estar sometidos al control de las autoridades nacionales de reglamentación, de conformidad con lo dispuesto en la Directiva marco y en las Directivas específicas, para garantizar que no restringen la competencia, centrándose en particular en el trato discriminatorio”.

Además, el citado artículo 22.3 prevé para la imposición de los requisitos mínimos de calidad a los operadores un procedimiento de colaboración con la Comisión Europea y el ORECE muy similar al implantado para la definición y revisión de los análisis de mercados de comunicaciones electrónicas que llevará a cabo la futura CNMC.

Pues bien, ha de recordarse que, tal y como es ahora la CMT, dicho Organismo será la única ANR española que puede formar parte del ORECE, en virtud de lo previsto en el Reglamento (CE) número 1211/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por el que se establece el ORECE y la Oficina y en la anterior Decisión de la Comisión Europea de 29 de julio de 2002 por el que se establece el Grupo de entidades reguladoras europeas de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

Asimismo, cabe señalar que la determinación de los niveles de calidad del servicio es un elemento esencial de la regulación de los mercados mayoristas. La CMT lleva a cabo el control de las condiciones en que se prestan los servicios mayoristas mediante el establecimiento de parámetros de calidad y requisitos de provisión de los servicios en las ofertas de referencia reguladas (OBA, NEBA, OIR, AMLT, MARCo, ORLA, ORAC). Asimismo, este organismo supervisa el cumplimiento de dichos parámetros mediante el control de indicadores de calidad mayoristas que periódicamente los operadores remiten a este organismo.

Por tanto, a la vista de lo expuesto, convendría tener en consideración, a la hora de realizar el reparto competencial que se derive de la implementación de la normativa comunitaria a la LGTel, que la futura CNMC podría ser la autoridad mejor posicionada para el establecimiento de los requisitos de calidad que deberán cumplir los operadores en la prestación de los servicios mayoristas y los procedimientos que deban implantar los operadores para el cumplimiento de los citados requisitos de calidad.

Finalmente el nuevo artículo 28.2 de la Directiva de Servicio Universal supone un reconocimiento específico a nivel comunitario de la necesidad de, en supuestos justificados, bloquear el acceso a determinada numeración o servicios, e incluso ordenar la retención de ingresos por interconexión u otros servicios.

Pues bien, tal y como se ha indicado en los cometarios al artículo 7 en relación con los conflictos entre operadores, esta es una competencia que se viene ejerciendo por la CMT desde el 2002, por lo que resulta razonable que la competencia que recoge el artículo 28.2 sea atribuida a la CNMC cuando el mismo sea transpuesto a nuestra legislación sectorial.

IV.3 CAPÍTULO III. ÓRGANOS DE GOBIERNO.

IV.3.1 CONSIDERACIONES GENERALES

El Capítulo III (Órganos de Gestión) comprende los artículos 9 a 20 y se refiere a la organización interna de la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.



La configuración del modelo organizativo interno del nuevo organismo reviste una cierta importancia por cuanto determinará el correcto funcionamiento y desempeño de la actividad encomendada al mismo por el Anteproyecto.

A partir del texto actual del Anteproyecto, la fusión de la autoridad de competencia con los organismos reguladores sectoriales plantea serios interrogantes en tanto que no queda claro cómo será el funcionamiento de los órganos de gobierno del futuro organismo. Este aspecto resulta tanto más inquietante cuanto que no parece viable que puedan transponerse al nuevo organismo los actuales esquemas de funcionamiento de la CMT, la CNE, la CNSP o la CNC, que además son diferentes entre sí. Por su importancia, también habría de prestarse especial atención al modelo de gestión del organismo que se plantea en el Anteproyecto.

Por ello, y sin perjuicio de las observaciones que se realizarán con ocasión del análisis los Capítulos IV y V del Anteproyecto, esta Comisión desea poner de manifiesto ciertos aspectos que podrían contribuir a una mejor configuración del organismo.

Según la Exposición de Motivos, los órganos rectores de la CMNC son únicamente dos: el Consejo y el Presidente de la Comisión. Los rasgos fundamentales de ambos órganos son similares a lo establecido para los organismos reguladores en la reforma realizada por la Ley de Economía Sostenible (LES) de 2011.

El Consejo se configura como el máximo órgano de gobierno de la CNMC al que se le atribuyen una serie de funciones indelegables. Se trata de un órgano colegiado de nueve miembros uno de los cuales es el Presidente. A éste se le atribuyen funciones ejecutivas muy amplias, configurándolo como el máximo ejecutivo de la institución sobre el que descansa la responsabilidad de la gestión de la institución. Pues bien, cabe plantearse si este esquema, consagrado en la LES para la CMT, la CNE, el CNSP y la CNC, resulta apropiado para un nuevo organismo que fusiona a todos ellos (con un personal conjunto de alrededor de 550 trabajadores) e integra las funciones de otros organismos que aún no han entrado en funcionamiento: el CEMA, el CRF, la CNJ y la CRA.

El adecuado funcionamiento, a medio y largo plazo, de los organismos reguladores depende de manera crucial de cómo se gestionen su patrimonio y sus recursos humanos y financieros. En el caso del nuevo organismo, esa tarea tendrá una dificultad muy superior a la que han venido enfrentando en el pasado la CMT, la CNE la CNC o la CNSP, por el mayor tamaño de la entidad y su mayor diversidad interna en términos de personal y del patrimonio.

El Anteproyecto parece reflejar estas mayores exigencias de gestión al establecer que el Estatuto Orgánico de la CNMC que aprobará el Gobierno mediante Real Decreto “podrá prever la existencia de una Comisión Ejecutiva.” Pero el Gobierno la podrá crear o no. Y en caso de que la cree, nada se dice en el Anteproyecto sobre su composición o funcionamiento.

Tanto el Banco de España como la CNMV cuentan con una comisión o comité ejecutivo entre sus órganos de Gobierno. Pero en ambos casos, la existencia de ese órgano ejecutivo, su composición y su funciones, están previstas en la Ley básica que regula cada uno de esos organismos: la Ley de Autonomía del Banco de España de 1994 y la Ley del Mercado de Valores de 1988, respectivamente. No parece apropiado que un rasgo tan importante en el diseño de la futura CNMC, como es la existencia, o no, de una comisión ejecutiva y, en su caso, su composición y funciones, pueda establecerse en un instrumento legal que no sea la propia Ley que establece su creación.



La idoneidad del modo de elección del Presidente de la CNMC previsto en el Anteproyecto y su carácter rotatorio, con un periodo de mandato de tan solo tres años plantea, también ciertas dudas. Máxime teniendo en cuenta el ámbito tan amplio de responsabilidades ejecutivas concentradas en este órgano, lo cual parecería requerir, en principio una mayor estabilidad del cargo. En este aspecto, el Anteproyecto se separa de lo establecido en la LES dado que el Presidente debe ser uno de los miembros del Consejo, siendo este órgano el que debe elegirlo por votación cada tres años.

El Anteproyecto, en su articulado, prevé un tercer órgano, el Vicepresidente (art. 14), separándose también en esto de la LES. El método para su elección es similar al del Presidente. En general, la figura del Vicepresidente suele justificarse como un contrapeso al poder del Presidente. Sin embargo, nada se dice en el Anteproyecto sobre las posibles funciones de este órgano, a diferencia también de los que ocurre con el Subgobernador del BE y el Vicepresidente de la CNMV, cuyas funciones quedan definidas en las respectivas leyes de ambos organismos.

En el Anteproyecto no se prevé que la futura Ley de creación de la CNMC establezca otros órganos además de los tres mencionados. Sin embargo, se contempla que en el Estatuto Orgánico sí pueda establecer otros órganos, incluyendo las llamadas “Comisiones Delegadas Sectoriales, en las que se delegarán funciones del Consejo, de ámbito general o relativas a un sector concreto de actividad siempre que no estén reservadas al Consejo en pleno en la presente Ley”. Pero no se va más allá en la delimitación de sus funciones, de su composición, de su funcionamiento como órgano colegiado ni de la determinación del Secretario del mismo. Dado que el Anteproyecto no considera indelegables la mayoría de las decisiones que vienen efectuando hasta el momento los Consejos de la CMT o la CNE, el poder decisorio de esos órganos, de crearse, sería muy amplio máxime cuando el propio Anteproyecto en su artículo 21.4 establece que sus decisiones no serán susceptibles de recurso ante el Consejo. Por ello, la futura Ley de creación de la CNMC debería delimitar con mayor precisión la composición y funcionamiento de estas comisiones delegadas y su articulación con el Consejo.

Uno de los aspectos de la independencia de los organismos reguladores y supervisores ha venido siendo la autonomía que las leyes de creación de los organismos les confieren en lo referente a la organización interna de la entidad una vez delimitados los rasgos básicos de sus órganos de gobierno. Esto se aplica a los organismos reguladores independientes de carácter no financiero (CMT, CNE y CNSP) como a los organismos supervisores del sector financiero (BE y CNMC). El anteproyecto, sin embargo, prevé que los rasgos esenciales que determinen la organización interna de la CNMC se fijen en el Estatuto Orgánico que apruebe el Gobierno. Tampoco se contempla en el Anteproyecto la existencia de los Comités Consultivos cuya creación se deja también para el Estatuto Orgánico.

En suma, el diseño de los órganos de gobierno y del esquema organizativo de la CNMC constituye un aspecto cuestionable de la reforma propuesta. La existencia y funciones de órganos clave como el Vicepresidente, la Comisión Ejecutiva, las Comisiones Delegadas Sectoriales o los Comités Consultivos deberían establecerse por Ley. Más aún, no queda claro que el modelo organizativo que se esboza en el Anteproyecto para el nuevo organismo resulte viable en la práctica. La Comisión Ejecutiva del Banco de España, órgano que adopta decisiones esenciales del organismo, se reúne semanalmente mientras que los Consejos de los respectivos organismos, se reúnen mensualmente.



En cambio, el Consejo de la CNMC, si no se quiere colapsar el ejercicio de las funciones que viene realizando el actual Consejo de la CNC, deberá reunirse semanalmente, ya que se han atribuido al Consejo de la CNMC como competencias indelegables las funciones esenciales que actualmente realiza el Consejo de la CNC. Sin embargo, el Anteproyecto plantea que los miembros del Consejo, o un parte de ellos, formen parte también de la Comisión Ejecutiva que debería reunirse con una frecuencia al menos de una vez por semana. Y más aún, también deberán formar parte de las Comisiones Delegadas Sectoriales, órganos que deberán adoptar las decisiones asociadas a las funciones de carácter regulatorio de los actuales organismos sectoriales la CMT, la CNE y la CNSP y las correspondientes a los sectores de audiovisual y transportes, funciones que el Anteproyecto considera funciones indelegables del Consejo.

Pero estas Comisiones Delegadas Sectoriales también deberían reunirse semanalmente, en la medida en que sus decisiones, en número, no serán inferiores a las que deben adoptar cada semana los actuales Consejos de la CMT, la CNE y el CNSP, a no ser que se previeran profundos cambios de funcionamiento que implicaran la delegación de decisiones de esas Comisiones Delegadas en otros órganos.

En suma, un modelo de funcionamiento de los órganos de gobierno de la CNMC como el que se esboza en el Anteproyecto no parece que pueda garantizar el adecuado cumplimiento de las funciones que actualmente realizan la CNC y los organismos sectoriales. A su vez, los órganos de gobierno del nuevo organismo, su composición y sus funciones, deberían establecerse en la Ley de creación del mismo, lo que no se hace en el Anteproyecto que es objeto de este informe.

Junto a estas consideraciones de carácter general sobre el modelo de gestión y gobierno interno, a nivel ya más particular, han de hacerse dos valoraciones concretas sobre la redacción del articulado que entiende esta Comisión podrían ser susceptibles de mejora.

Por un lado, el artículo 20 traslada a la CNMC las previsiones del artículo 19 de la LES, relativo a la obligación del Presidente (en esta ocasión, a diferencia de otros artículos, se le nombra aparte) los Consejeros, directivos y empleados de informar sobre sus relaciones profesionales con las empresas objeto de supervisión del nuevo organismo.

La redacción, no obstante, difiere al señalar que la obligación corresponderá a las personas vinculadas a la CNMC (orgánica o laboralmente) o “sus representantes”. Esta mención parece incorrecta, pues los trabajadores, directivos o consejeros de la CNMN no tienen representantes. Lo lógico (y así estaba redactada la LES) es que deba comunicarse la relación profesional con empresas supervisadas o con sus (de las empresas) representantes.

Por otro lado, los aspectos de los artículos derogados por la LES que el Anteproyecto informado no regula se encuentra la mención expresa que ésta tenía al personal no directivo de los organismos reguladores. Así, mientras que las antiguas referencias a los directivos se recogen en el nuevo artículo 23.1, el Anteproyecto no contiene referencia al personal no directivo de la CNMC. Tan sólo la Disposición Adicional Cuarta señala al respecto, por una parte, que el personal funcionario se integrará en el nuevo organismo o en el correspondiente Ministerio de acuerdo con los procedimientos de movilidad interna de aplicación. Por su parte, al personal laboral le serán de aplicación los procedimientos previstos en el ET para los supuestos de sucesión de empresa.

De esta manera, se diluyen o desaparecen las previsiones de la LES relativas a i) la obligación de desempeñar sus funciones con objetividad y profesionalidad, ii) la obligación de los organismos de diseñar una carrera profesional de su personal y iii) el régimen de



acceso, basado en criterios de igualdad, mérito y capacidad. No obstante, al menos las dos últimas menciones eran innecesarias a la vista de las previsiones que el ET contiene al respecto, así como el propio artículo 25 del Anteproyecto que más adelante se comentará.

IV.3.2 Artículo 16. Funciones del Presidente.

Esta Comisión no comparte la oportunidad de no atribuir expresamente la representación legal del organismo a su Presidente y de, tácitamente, atribuirla al Consejo por cuanto que ello supone un cambio organizativo y normativo sustancial que puede afectar seriamente al eficaz funcionamiento del futuro Organismo.

El artículo 11 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible establece, al hablar de la organización de los Organismos Reguladores, que “La representación legal del Organismo corresponderá a su Presidente”. Asimismo las normas de desarrollo reglamentario de los diferentes Organismos 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”.
- El Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, cuyo texto consolidado fue aprobado mediante la Resolución de su Consejo de 20 de diciembre de 2007, establece en su artículo 5.1.a) que el Presidente del Organismo ostentará 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 del Consejo de la nueva Comisión, 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 su Consejo ha sido diseñado para que se integre por expertos sectoriales y generales en



materia de regulación de mercados sectoriales y de defensa de la competencia, de acuerdo con un perfil altamente especializado orientado a la decisión regulatoria.

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 del Consejo, convirtiéndolo también en órgano de gestión administrativa interna. En la experiencia de esta Comisión, tal alteración no debería producirse debiéndose mantener su naturaleza actual de órgano altamente especializado 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 demás 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 expresa o tácitamente 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 la nueva Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a su Presidente.

En consecuencia, se propone la siguiente redacción alternativa de la letra a) del artículo 16 del texto del Anteproyecto:

“Corresponde al Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que también lo será de su Consejo:

*a) **Ostentar la representación legal e institucional de la Comisión. (...)**”*

IV.4 CAPÍTULO IV. ORGANIZACIÓN DE LA COMISIÓN NACIONAL DE LOS MERCADOS Y LA COMPETENCIA

IV.4.1 Artículo 21. Estatuto Orgánico

El artículo 21 merece una especial atención y se hacen oportunos comentarios al mismo, máxime cuando este artículo supone el apoyo legal sobre el cual se deriva todo el desarrollo del régimen orgánico del nuevo Organismo al Real Decreto que será aprobado por el Gobierno, incluida la posibilidad de que existan varias sedes de la CNMC. En el caso de la sede “principal” el anteproyecto prevé expresamente su ubicación en Madrid.

Al margen de ciertas observaciones particulares que se hacen a continuación al texto del artículo, ha de ponerse de manifiesto la minoración de rango normativo que supone confiar a un instrumento normativo inferior a la Ley (Real Decreto) la determinación de elementos esenciales en la configuración del organismo como son la existencia (potestativa) de una Comisión Ejecutiva, Comisiones Delegadas Sectoriales y Comités Consultivos, o la organización interna en áreas de responsabilidad.

Esta degradación normativa deja en manos del Gobierno la creación de órganos en la CNMC, la determinación de su número o la organización interna del propio organismo.

En un modelo aglutinador de los distintos sectores, que exigen un altísimo grado de especialización, la posibilidad de establecer estas Comisiones Delegadas se revela como un factor fundamental para la adecuada marcha de la actividad regulatoria. Otro tanto puede decirse de la existencia de una Comisión ejecutiva, en un organismo que, previsiblemente supere los 500 empleados, despliegue una importante actividad de contratación y deba hacer frente a retos materiales y personales de gran magnitud.



Desde esta perspectiva, la configuración propuesta por el Anteproyecto merma notablemente la independencia del organismo al privarle de una de las facultades asociadas a la misma: la capacidad de auto-organización. Con el modelo configurado en este artículo 21, la CNMC estaría a expensas de la decisión del Gobierno para poder contar con una Comisión Ejecutiva o con Comisiones Delegadas.

Dicha dependencia del Gobierno, si bien puede ser tolerable en otros ámbitos sectoriales, resulta antagónica con el status reconocido en las Directivas comunitarias a la ANR independiente, cualidad que, en todo caso ostentará la CNMC en su competencia de comunicaciones.

Junto a esa consideración más general, esta Comisión ha de hacer constar también dos comentarios de aspecto más particular sobre la redacción del artículo.

Habida cuenta de que la Comisión tendrá entre sus competencias el ejercicio de funciones regulatorias que cuentan con una abundante normativa comunitaria y determinadas peculiaridades que requieren una específica formación por parte de las personas que han de ejercer tales funciones, sería conveniente que se previera expresamente que, en estos casos, el Estatuto Orgánico debe contener la creación de direcciones especializadas u órganos similares, al efecto se propone agregar un segundo párrafo al apartado 2:

“En todo caso, se podrán crear Comisiones Delegadas Sectoriales cuando exista una normativa comunitaria sectorial específica para un determinado sector regulado.”

Sin perjuicio de lo anterior, especial consideración merece el hecho de que el Anteproyecto aclare de manera expresa que la sede principal del Organismo se ubicará en Madrid, pero abre la posibilidad de la existencia de otras sedes.

Dicha previsión arbitra un mecanismo idóneo para aprovechar el conocimiento y la experiencia del personal que presta servicios en los organismos que se extinguen y los medios materiales donde desarrollan sus labores. En el caso de la CMT, en los últimos seis años desde su implantación en la ciudad de Barcelona se ha venido trabajando para configurar un equipo de profesionales altamente cualificado para el ejercicio de las labores regulatorias que la normativa sectorial le tiene encomendadas, al mismo tiempo, se ha construido una sede adecuada para albergar al citado personal y dotada de todos los medios necesarios para la mejor consecución de sus objetivos.

En este sentido, es importante poner de manifiesto, la experiencia previa adquirida por la CMT en el proceso de deslocalización de la sede realizado en el año 2005 y su impacto en el desarrollo normal y eficiente de las funciones de dicho organismo como consecuencia del proceso mencionado.

Así, si no se articulan los instrumentos necesarios para que ello no ocurra, una situación de deslocalización de los puestos de trabajo del personal que está realizando sus labores en el ámbito de la regulación de las comunicaciones electrónicas, como el que se produjo en el año 2005, ocasionaría sin duda, tal como ocurrió en el pasado, la pérdida de una parte sustancial del conocimiento y la experiencia del personal al servicio del organismo en estas materias, lo que sin duda repercutiría muy negativamente en su normal funcionamiento.

Lo anterior tendría especial relevancia en el año 2012, al ser este, tal como se ha recogido en el Plan de Actuaciones de la CMT el año en el que se ha iniciado y se pretende completar casi en su totalidad la revisión de la tercera ronda del análisis de los mercados pertinentes. Ahora, como entonces, se producirían los perjuicios que sobre el sector se pusieron de manifiesto por parte de la Comisión Europea en su 11º Informe de Implementación.¹¹²



El aprovechamiento de todos esos medios materiales y humanos se configura como un instrumento totalmente idóneo para contribuir al objetivo de contención del gasto público en un entorno de austeridad en el que, como se reconoce en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, se encuentra inmersa la Administración Pública en donde no se deben desaprovechar las economías de escala y de alcance existentes.

Siendo lo anteriormente mencionado de suma importancia, no podemos dejar de referirnos a otra cuestión, que no es baladí porque está directamente relacionada con la afectación de los bienes provenientes de los organismos extinguidos, como es la problemática del destino de las tasas mediante la cuales han podido ser financiados, en todo o en parte, y para las que la normativa comunitaria establece condiciones muy estrictas. Es el caso de los bienes patrimoniales de la CMT, que han sido adquiridos con la recaudación de la Tasa General de Operadores. Para no caer en repeticiones innecesarias nos remitimos al respecto a lo que se dice en los comentarios que se hacen más adelante a los artículos 27, 28 y la Disposiciones adicionales segunda y decimotercera.

Sería, por tanto, necesario establecer de forma expresa las previsiones necesarias en la Ley que asegurasen que la sede del Organismo se ubicara en la ciudad de Barcelona y albergara, además de otros servicios generales o sectoriales, la Comisión Delegada Sectorial en su caso o la Dirección encargada de la gestión de las funciones relativas a los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual.

De esta forma, además de evitar la problemática de la afectación de las tasas sectoriales para sufragar gastos en contra de la normativa comunitaria y las evidentes repercusiones negativas sobre el normal funcionamiento del organismo, tal y como se produjo en un momento temporal anterior, se conseguirían evidentes ahorros en inversiones, tanto por el aprovechamiento del personal ya formado y que no tendría que abandonar el organismo por su deslocalización, como por el aprovechamiento de la infraestructura constituida por la actual sede de la CMT en Barcelona.

Además se estaría dando cumplimiento a las previsiones del artículo 3.3 de la Directiva Marco que señala que:

3. “Los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación ejerzan sus competencias con imparcialidad, transparencia y a su debido tiempo. Los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación dispongan de recursos financieros y humanos adecuados para desempeñar las tareas que se les hayan asignado”.

Se propone la siguiente redacción al apartado 5 de artículo 21:

“5. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tendrá su sede principal en Madrid. No obstante su Estatuto Orgánico podrá fijar la existencia de otras sedes aprovechando las infraestructuras que hayan sido incorporadas al patrimonio de la Comisión provenientes de los patrimonios de los organismos extinguidos. Asimismo, se deberá procurar que las infraestructuras que actualmente albergan al personal que realiza funciones sectoriales encomendadas por esta Ley a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se sigan destinado, al

¹¹² The Spanish government formally decided on 30 December 2004 to move the CMT to Barcelona. The CMT has completed its move by the end of 2005, as required by the relevant Royal Decree. The regulator has lost some of the valuable expertise acquired, since around half of the staff has not moved to the new location. This may have contributed to delays in the implementation of the revised regulatory framework, given that only three markets identified in the Commission Recommendation have been notified. Operators complain about the resulting legal uncertainty and possible impact on the performance of the CMT



menos, a las mismas funciones a las que se venían destinando por el organismo de procedencia.

En otro orden de cosas, el apartado 4 del artículo 21 prevé que todas las “decisiones administrativas” emanadas de los órganos de la CNMC distintos del Consejo y de las Comisiones Delegadas, serán susceptibles recurso administrativo ante el Consejo del Organismo.

Si bien el texto puede ser claro en su interpretación, sería conveniente una mejora en la redacción en relación al tipo de actuación que puede ser recurrida, por cuanto las “decisiones administrativas” a las que hace referencia es, a juicio de la CMT, un término demasiado indeterminado. En este sentido, sería más clarificador sustituir el término “decisiones administrativas” por “resoluciones y actos susceptibles de recurso”, que es, en puridad, la expresión más fidedigna a los términos empleados en la LRJPAC.

Según el artículo 107 de la LRJPAC, cabe recurso administrativo contra los siguientes actos:

“1. Contra las resoluciones y los actos de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos, podrán interponerse por los interesados los recursos de alzada y potestativo de reposición, que cabrá fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 62 y 63 de esta Ley”.

Entendemos, por tanto, que el Anteproyecto se está refiriendo a este tipo de actos que puedan ser dictados por Órganos distintos del Consejo y de las Comisiones Delegadas que no se hayan adoptado por delegación del propio Consejo o de la propia Comisión Delegada. En este último supuesto, la LRJPAC prevé que debe ser el Órgano Delegante quien resuelva los recursos que se interpongan contra los actos dictados por delegación.

Asimismo, hay que señalar que no todos los actos dictados por los órganos de la CNMC podrán ser recurridos ante el Consejo del Organismo o de la correspondiente Comisión Delegada. Si atendemos, por ejemplo, a la normativa reguladora de los contratos de las administraciones públicas, a la que se remite el artículo 26 del Anteproyecto, observamos que los recursos contra los actos dictados por el Órgano de Contratación, en este caso el Presidente de CNMC, deberán ser resueltos por él mismo, por lo que podría producirse un “choque” entre ambas leyes.

Por último, el número 6 de este artículo 21 del anteproyecto de Ley señala que *“El Real Decreto por el que se apruebe su Estatuto Orgánico podrá prever la creación de los comités consultivos necesarios para asegurar la participación de los agentes económicos y los consumidores en el asesoramiento a la Comisión”.*

La relevancia de garantizar canales institucionales que permitan la interlocución, participación y asesoramiento de los agentes económicos y de los consumidores y usuarios de los distintos servicios sobre los que la Comisión resulta competente a la vista de los distintos mercados regulados y supervisados por ella, conlleva, desde el punto de vista de la eficiencia económica y administrativa, que no sólo las competencias en materia de consumidores (sin menoscabo de las que se derivan de la legislación general en materia de consumo) se residencien en la Comisión y de forma sectorial en sus Comisiones Delegadas Sectoriales, sino que se asegure con rango de Ley, como ya nos encontramos en las legislaciones sectoriales de alguno de los mercados sobre los que resultaría competente la Comisión, y no como una mera previsión, la existencia de comités consultivos para cada uno



de los mercados y sectores regulados sobre los que la Comisión ejerce la función de supervisión y control.

Por ello se estima oportuno modificar el número 6, de tal manera que se garantice la existencia de estos Comités Consultivos para cada uno de los mercados y sectores regulados y supervisados, dada la especificidad y especialización de cada uno de ellos, de lo cual se deriva la presencia de agentes económicos y consumidores y usuarios diferenciados, tales como, según mercados, representantes de los operadores, sindicatos consumidores y usuarios, anunciantes, productores, etcétera. En este sentido se propone la siguiente redacción:

“6. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contará para cada uno de los sectores y mercados sobre los que ejerce sus funciones de regulación, supervisión y control, de Comités Consultivos sectoriales en materia de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, sector eléctrico y sector del gas natural, mercado postal, sector aeroportuario, y sector ferroviario. El Real Decreto por el que se apruebe su Estatuto Orgánico desarrollará lo previsto en esta Ley para asegurar la participación de los agentes económicos y los consumidores de cada uno de los sectores y mercados en el asesoramiento a la Comisión

Los Comités Consultivos son los órganos de participación ciudadana y de asesoramiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Los Comités Consultivos estarán presididos por el Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que no dispondrá de voto en relación con sus informes.

El número de miembros del Comité y la forma de su designación se determinará reglamentariamente. Los miembros serán designados en representación de los prestadores del servicio de cada uno de los sectores o mercados de ámbito estatal, de las organizaciones representativas de los distintos agentes de cada uno de los sectores intervinientes en cada mercado, de los sindicatos más representativos del sector a nivel estatal, de asociaciones de defensa de los usuarios de cada uno de los servicios de que se trate, con representación acreditada en ámbito estatal, así como del Consejo de Consumidores y Usuarios.

Los Comités Consultivos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia serán convocados cada cuatro meses al objeto de ser informados periódicamente por el Consejo de las actuaciones por él desarrolladas. En todo caso, los Comités Consultivos tendrán como facultades:

- a) Informar con carácter general sobre las orientaciones de la política de cada uno de los sectores o mercados, la situación del sector y la oferta de servicios de cada uno de ellos;*
- b) Ser consultado respecto de las propuestas de disposiciones del Consejo y sobre los criterios de interpretaciones y aplicación del régimen de infracciones y sanciones previstas en esta Ley.*
- c) Informar y asesorar a petición del Consejo sobre todos aquellos asuntos que les sean sometidos a su consideración;*
- d) Elevar al Consejo cualesquiera informes y propuestas que estime oportuno relacionados con el funcionamiento del sector o mercado de que se trate en su Comité Consultivo especializado.*



La condición de miembro del Comité Consultivo no exigirá dedicación exclusiva ni dará derecho a remuneración”.

IV.4.2 Artículo 22. Facultades de inspección.

Tanto la LGTel como el Anteproyecto atribuyen a este nuevo organismo competencias y facultades de supervisión y regulación de los mercados de comunicaciones electrónicas y audiovisuales. Para el ejercicio de las mismas, resulta indispensable estar facultado para llevar a cabo labores de inspección que permitan comprobar el funcionamiento de estos mercados para, en su caso, adoptar las decisiones sobre la base de información concreta y contrastada que refleje con exactitud la realidad de las situaciones objeto de análisis.

El artículo 22 del Anteproyecto regula las facultades de inspección. A continuación se comentarán algunos aspectos relativos al personal autorizado, las facultades de inspección y el Acta de inspección.

a) Personal autorizado

El artículo 22.1 del Anteproyecto atribuye la condición de agente de la CNMC a su personal sin hacer distinción del tipo de personal que queda habilitado para realizar esta función. Por su parte, el artículo 25.6 del Anteproyecto que comentamos más adelante remite a la relación de puestos de trabajo la delimitación de aquellos que deberán ser desempeñados en exclusiva por funcionarios públicos por consistir en el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas. Sin perjuicio de lo que manifestamos en nuestros comentarios al artículo 25 y a la Disposición adicional cuarta, el desempeño de funciones de inspección pudiera ser uno de los supuestos para los que se podría establecer la reserva a favor de los funcionarios sobre la base de que supondría el ejercicio de potestades públicas, reserva que ya adelantamos no nos parece jurídicamente necesaria, por lo que, nos parece adecuado que el artículo 22.1 se refiera de forma genérica al personal de la Comisión sin más adjetivos.

No obstante, con el objeto de evitar otras interpretaciones de este artículo, se propone añadir al artículo 22.1 *in fine* una previsión similar a la contenida en el artículo 50.6 de la LGTel que señale que: *“En el ejercicio de sus funciones inspectoras, tendrá la consideración de autoridad pública”.*

b) Facultades de inspección

Por lo que se refiere a las facultades de inspección, el artículo 22.2 del Anteproyecto solo parece idóneo para contrastar y obtener pruebas principalmente relacionadas con aspectos de carácter societario, económico y comercial de los inspeccionados. Pero, la actual redacción resulta incompleta para la comprobación del conjunto de actividades que pueden ser objeto de supervisión por la CNMC entre las que se incluyen el funcionamiento de las redes, la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y audiovisuales.

La inspección de actividades de comunicaciones electrónicas y audiovisuales exige no solo el acceso a locales o terrenos, sino también y más específicamente a los elementos afectos a los servicios o actividades que se realicen y a las redes que se instalen o exploten. En múltiples ocasiones, los inspectores también tienen que comprobar la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas y audiovisuales a través de llamadas telefónicas o



análisis del contenido de páginas web. Tal y como aparece redactado actualmente el Anteproyecto este tipo de inspecciones tienen difícil encaje.

Por este motivo, es aconsejable modificar la redacción actual para incluir nuevos elementos más acordes con las singularidades que caracterizan la labor inspectora en el ámbito de las comunicaciones electrónicas y audiovisuales. En consecuencia, se propone la siguiente modificación del artículo 22.2 del Anteproyecto:

“Artículo 22.2.a): *Acceder a cualquier local, instalación, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas. Asimismo podrán “controlar los elementos afectos a los servicios o actividades que los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere esta Ley, de las redes que instalen o exploten y de cuantos documentos están obligados a poseer o conservar.”*

Respecto del artículo 22.2.b) que incluye la verificación de los libros y otros documentos cualquiera que sea su soporte material, esta relación podría completarse con la referencia a Registros que incluiría los tráficos entre operadores, los programas informáticos (sistemas como el de gestión de operadores) y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase para eliminar cualquier duda al efecto. De esta forma el artículo tendría la siguiente redacción:

“Artículo 22.2.b): *Verificar los libros, registros y otros documentos relativos a la actividad de que se trate empresarial, cualquiera que sea su soporte material incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase.*”

Asimismo, la inspección de las actividades de comunicaciones electrónicas y audiovisuales descritas en párrafos anteriores no exige siempre el desplazamiento del inspector, puesto que en ocasiones bastará con realizarla en las dependencias de la CNMC, por ejemplo, llamadas telefónicas para comprobar las condiciones de prestación de los servicios o bien en las dependencias de otros operadores distintos del inspeccionado. Esta práctica ha sido validada por el Tribunal Supremo en la Sentencia de 27 de diciembre de 2010¹¹³, que confirma la de la Audiencia Nacional de 11 de diciembre de 2008, las cuales han considerado ajustada a derecho la inspección realizada en sede del operador denunciante considerando justificada dicha intervención y respetuosa con los derechos fundamentales de respeto a la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones.

Por esta razón, sería conveniente incluir una previsión sobre estos extremos en el sentido del artículo 50.6 de la LGTel. Se propone añadir un nuevo párrafo al final del apartado 2 del artículo 22 con la siguiente redacción:

“ Las actuaciones de comprobación o investigación llevadas a cabo por la Comisión Nacional de Mercados y Competencia en el ámbito de sus competencias podrán desarrollarse, a elección de sus servicios:

¹¹³ Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2010 en relación con el recurso que Telefónica de España, S.A.U. por el procedimiento de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales contra el Acta de Inspección de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones del 7 de marzo de 2008.



a. En cualquier despacho, oficina o dependencia de la persona o entidad inspeccionada, de quien las represente o de otros operadores con los que tenga relación comercial o técnica.

b. En los propios locales de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia.

Cuando las actuaciones de comprobación o investigación se desarrollen en los lugares señalados en el párrafo anterior, se observará la jornada laboral de los mismos, sin perjuicio de que pueda actuarse de común acuerdo en otras horas o días”

c) Acta de inspección

El Anteproyecto regula, asimismo, el contenido mínimo del Acta de inspección lo que contribuirá a dotar de una mayor seguridad jurídica a las actuaciones en este ámbito de la CNMC puesto que hasta el momento no existía ninguna regulación específica para telecomunicaciones y audiovisual. Sin embargo, el artículo se aparta de la práctica inspectora más habitual en estos ámbitos cuando en el artículo 22.5 establece que en el Acta habrá de constar:

“a) El nombre y apellidos de la persona a la que se extienda y el carácter o representación con que comparece.

b) La descripción de los hechos a los que afecte.

c) La conformidad o disconformidad del sujeto inspeccionado con los hechos que se le imputen”.

Mientras que en los procedimientos abiertos en materia de defensa de la competencia la inspección se realiza siempre en presencia y en las dependencias del denunciado para el ejercicio de potestades sancionadores, en telecomunicaciones la inspección no siempre se realiza en presencia del inspeccionado ni en sus dependencias ni tiene porqué tener siempre por objeto la acreditación de hechos presuntamente infractores. Por este motivo, no en todos los casos resultaría posible ni necesario identificar la persona a la que se le extienda ni su comparecencia, tampoco es siempre necesario dar traslado al inspeccionado de los hechos imputados puesto que no siempre existe tal imputación.

En todo caso, si el objeto de incluir esta mención en el Acta es evitar la indefensión del inspeccionado en los procedimientos sancionadores, el ordenamiento contiene herramientas para que no se produzca como la notificación de la apertura del procedimiento o el informe de audiencia a través de las que se da traslado al inspeccionado de los hechos que se le imputan.

Se propone que se eliminen del artículo 22.5 , los apartados a), b) y c). Por las razones anteriormente expuestas sobre el tipo de inspecciones que se llevan a cabo en el ámbito de las comunicaciones electrónicas y audiovisual, en el Acta, es suficiente con que se consignen el lugar y fecha de la inspección, la identificación de los inspectores y de los operadores inspeccionados, declaraciones efectuadas por los mismos, en su caso, hechos acaecidos y documentación obtenida en el transcurso de la inspección.

A nivel procedimental, si en la inspección intervienen otras personas además de los inspectores, el Acta se firma por todos los participantes, tanto inspectores como



inspeccionados. No obstante, en el caso de que las entidades inspeccionadas se negaren a firmar el Acta, se hará constar dicha circunstancia en la misma.

Todas estas particularidades en el ámbito de telecomunicaciones y audiovisual y las que, en su caso, pudieran existir en el resto de la esfera competencial de la CNMC, aconsejan que se modifique la redacción del apartado 5 del artículo 22 diferenciando ámbitos materiales o bien limitando la regulación del contenido del Acta a elementos comunes a todas las áreas que puedan ser objeto de inspección.

IV.4.3 Artículo 24. Procedimiento sancionador.

La potestad sancionadora de la CNMC se reconoce en los artículos 17.b) y 24. El primero atribuye al Consejo de la CNMC la competencia para resolver los procedimientos sancionadores previstos en la legislación sectorial y en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y sus normas de desarrollo cuando no correspondan a otros órganos de la Administración General del Estado. En el segundo, se contienen algunas previsiones relativas al procedimiento sancionador.

Por su parte, el apartado 2 de la Disposición adicional segunda del Anteproyecto remite cualquier referencia de la legislación vigente, incluida la legislación sectorial, a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones como realizada a la Comisión Nacional de Mercados y Competencia.

Una interpretación integradora de los artículos 17.b) y 24 del Anteproyecto y del precepto citado en el párrafo anterior permite concluir que se mantiene la regulación de la potestad sancionadora recogida en la LGTel y se atribuye a la CNMC.

El artículo 127 de la LRJPAC reserva a una norma con rango de Ley la atribución de la potestad sancionadora a las Administraciones Públicas. Las importantes consecuencias que conlleva el ejercicio de esta función exige el mayor grado de certeza en su regulación y atribución.

El artículo 24.1. del Anteproyecto atribuye a la CNMC la potestad sancionadora de forma expresa cuando establece que:

“La Comisión Nacional de Mercados y Competencia ejercerá su potestad sancionadora en relación con las infracciones previstas en las Leyes que regulan los diferentes mercados y sectores económicos”.

A pesar de que el Anteproyecto modifica la distribución de competencias en materia de telecomunicaciones entre la CNMC y el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, sin embargo, en el ámbito sancionador mantiene el reparto actual. Tal y como figura en la redacción del Anteproyecto, la competencia sancionadora sobre ámbitos materiales que en el nuevo texto corresponderán al Ministerio se mantendrá en la CNMC puesto que no se ha dado una nueva redacción al artículo 58 de la LGTel en el que se atribuyen las competencias sancionadoras a la CMT, la Agencia de Protección de Datos y la SETSI.

Una situación similar se presenta en materia audiovisual. Las funciones se distribuyen en el Anteproyecto entre el Ministerio y la CNMC pero con la redacción del artículo 24.1 la competencia sancionadora permanece en esta última.



En consecuencia, por razones de técnica legislativa, se propone la modificación del apartado a) del artículo 58 de la LGTel especificando las infracciones de los apartados de los artículos 53, 54 y 55 de la LGTel cuya competencia sancionadora se atribuye a la CNMC. Asimismo, debería introducirse una disposición similar en la LGCA en materia audiovisual.

Por otro lado, el artículo 24.3 que señala que “el procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora se regirá por lo establecido en la presente Ley y en las disposiciones reguladoras de los procedimientos sancionadores previstas en la legislación especial” para finalizar con una cláusula de cierre en la que se indica que “en concreto, el procedimiento sancionador en materia de defensa de la competencia se regirá por las disposiciones específicas previstas en la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia”.

La redacción actual no recoge todas las esferas en las que la CNMC ejercitará la potestad sancionadora, entre otras, las de comunicaciones electrónicas o audiovisual. Con el objeto de dotar al texto de una mayor concreción sería necesario modificar el artículo 24.3 en el que debería añadirse una referencia expresa a la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual y al resto de las disposiciones que contengan normas relativas al ejercicio de la potestad sancionadora.

IV.4.4 Artículo 25. Régimen jurídico del personal.

Con el nuevo régimen propuesto en el artículo 25 del Anteproyecto de Ley se establece una dualidad de regímenes de personal de la futura Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia:

- El personal de la Comisión será de régimen funcionarial o laboral, y reservando para los primeros determinadas funciones y puestos *“por consistir en el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas”* (Apartado 6).
- Esta dualidad afecta también al personal directivo de la Comisión, ya que establece que la norma general será que sea *“funcionario de carrera del Subgrupo A1”, aunque se prevé que “con carácter excepcional, se podrán cubrir dichos puestos en régimen laboral mediante contratos de alta dirección, siempre que no tengan atribuido el ejercicio de potestades o funciones públicas incluidas”* (Apartado 7).

Asimismo, en el artículo 12.2 se establece que *“El Consejo, a propuesta del Presidente, elegirá un Secretario no Consejero, que deberá ser un funcionario licenciado en Derecho, perteneciente a Cuerpos y Escalas del Grupo A1 al servicio de la Administración General del Estado (...)”*.

La reserva a funcionarios de puestos que impliquen el ejercicio de autoridad es una constante en la normativa de organización del sector público basado en la consideración del legislador de ser ésta una vía pertinente para garantizar la independencia e imparcialidad en la actuación de los entes del Sector Público.

En este sentido, dicha previsión coincide con lo establecido en el artículo 9, apartado 2, de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que señala que “el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las



Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la Ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca”.

Sin pretender cuestionar tal planteamiento, ha de señalarse que en la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones existe un régimen único de personal, el laboral, tanto para el personal de alta dirección como para el resto del personal. Hasta la fecha el personal laboral de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones viene desempeñado de manera eficiente y satisfactoria tanto labores propias de puestos directivos como puestos y funciones que impliquen ejercer potestades públicas (por ejemplo, las potestades de inspección y de aplicación del régimen sancionador establecidas en la vigente LGTel); asimismo la legislación vigente en materia de telecomunicaciones, y en concreto los artículos 50 a 58 de la LGTel permiten expresamente que el personal –laboral- de esta Comisión desempeñe tanto las funciones de inspección (artículo 50.6 de la citada Ley) como las de tramitación y aplicación del régimen sancionador (artículos 56 y 58 de la citada Ley); y en general, a juzgar por los resultados habidos hasta ahora, ese mismo el personal laboral han venido salvaguardando adecuadamente el interés general.

Para corroborar este extremo hay que destacar que el Tribunal Supremo ha fallado sobre muchos procedimientos sancionadores tramitados y resueltos por esta Comisión en los que se han practicado inspecciones, y en ninguna de las Sentencias se ha puesto en cuestión ni la habilitación del personal laboral para realizar las inspecciones ni para tramitar los procedimientos sancionadores, ni la calidad y eficacia de su trabajo en unas y otras tareas. Ver como ejemplos más recientes, las Sentencias de la Sala Tercera, Sección Tercera, del Tribunal Supremo de fechas 12 de julio de 2011 (Recurso de casación número 3261-2010), de 27 de diciembre de 2010 (Recurso de casación número 1783/2009), de 25 de febrero de 2009 (Recurso de casación número 232/2006), de 4 de marzo de 2009 (Recurso de casación número 3943/2006).

Por otro lado, la inexistencia de reserva de puestos a personal funcionario dota a la organización de una gran flexibilidad y eficiencia, así como la posibilidad de poder atraer a los mejores profesionales del sector privado, dispuestos a trabajar en el sector público y en concreto en el organismo regulador, posibilitando que profesionales expertos conocedores del mercado no funcionarios puedan ser asignados como efectivos a los puestos y funciones necesarias en cada momento, así como para la promoción profesional.

Por otra parte hay que señalar que esta dualidad de regímenes de personal propuesta en el texto del Anteproyecto puede redundar en una suerte de “doble escala profesional” dentro de un mismo Organismo. Dicha dualidad puede traer efectos negativos en el funcionamiento interno de la futura Comisión, así como ineficiencias, dificultades y complejidades añadidas en la gestión de sus recursos humanos:

- La gestión de los recursos humanos a nivel retributivo, de jornada laboral, vacaciones, permisos, negociación colectiva, etc., de dos colectivos de personal sujetos a regímenes jurídicos tan diferenciados (con procesos selectivos, jornadas laborales, escalas retributivas, normativa reguladora, etc. diferentes), va a ser muy compleja y menos eficiente, máxime cuando en algún Organismo a integrar en la nueva Comisión –La Comisión Nacional de Energía- existe además un Convenio Colectivo propio; y sin olvidar que se puede dar igualmente un posible sentimiento de agravio comparativo entre unos grupos y otros.
- Derivado de los comentarios anteriores, la elaboración y gestión de la relación de puestos de trabajo de la futura Comisión que establece el Apartado 6 será muy compleja y restará la necesaria eficiencia, flexibilidad y movilidad en la asignación de efectivos a las tareas y puestos necesarios en cada momento.



Por lo tanto, para evitar o minimizar los efectos negativos de la citada dualidad de regímenes de personal propuestos por el texto del Anteproyecto de Ley, convendría, o bien establecer un régimen único de personal laboral (con la posibilidad de que los funcionarios puedan integrarse en igualdad de condiciones, pasando a la situación de servicios en otras Administraciones Públicas, conforme al artículo 88 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público), o bien restringir la reserva establecida a favor de los funcionarios de carrera a aquellos puestos que de manera efectiva impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas y la salvaguarda de los intereses generales, manteniendo en todo caso lo señalado en la Disposición transitoria 5ª del Anteproyecto.

En todo caso esta Comisión no estima conveniente imponer el requisito de que el personal directivo deba ser necesariamente funcionario, pues ello privaría al nuevo organismo de la posibilidad de privar de la posibilidad de incorporar a su personal directivo a profesionales de contrastada valía.

Por ello, en cualesquiera de los casos, la redacción del artículo 25 y en concordancia la Disposición Adicional cuarta del anteproyecto, debería verse modificada en el sentido de los criterios anteriormente expuestos, y en especial el número 7, pues se evidencia por la experiencia acumulada desde 1996 hasta la fecha, que no sólo no se encuentra justificación a la exigencia de que el personal directivo deba tener la condición de funcionario público, como regla general, sino que ello privaría de la posibilidad de poder recabar para el organismo de regulación y supervisión del valioso aporte de profesionales (no necesariamente funcionarios públicos) que han desarrollado su actividad profesional en el sector privado y por tanto privilegiados conocedores de la realidad de los distintos mercados y sectores económicos, habitualmente distinta a la realidad de las Administraciones públicas y alejada de los mercados que se pretende regular y supervisar desde la CNMC.

IV.4.5 Artículo 27. Régimen económico-financiero y patrimonial.

La primera apreciación del artículo 27 del Anteproyecto es que el patrimonio que ha de integrarse en la CNMC proveniente de la CMT ve modificado su grado de afectación, ya que pasa de ser independiente del patrimonio del “Estado”, según la LGTel vigente, a ser independiente del patrimonio de la “Administración General del Estado”, según la redacción propuesta en el Anteproyecto informado.

Históricamente, desde su creación, a esta Comisión se le ha dotado de un patrimonio propio e independiente del patrimonio del Estado. Así, la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones establecía en su artículo 1.7 que:

“Siete. 1. La Comisión tendrá patrimonio propio, independiente del patrimonio del Estado.

2. Los recursos de la Comisión estarán integrados por:

a) Los bienes y valores que constituyan su patrimonio y los productos y rentas del mismo (...).”

De manera idéntica, el Real Decreto 1994/1996, de 6 de septiembre, que aprueba el Reglamento de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (aún hoy en vigor) regula en los mismos términos el régimen patrimonial de la Comisión en su artículo 46.



Asimismo, la Ley 32/2003, de 3 noviembre, General de Telecomunicaciones, recogía toda esta herencia patrimonial en el mismo sentido que lo habían hecho sus predecesoras. No obstante, con posterioridad, se aprobó la Ley 33/2003, de 3 de noviembre del Patrimonio de las Administraciones Públicas, que estableció en su Disposición Adicional Quinta, que el patrimonio de la CMT debía quedar integrado en el patrimonio del Estado, siéndole, por tanto, de aplicación la Ley Patrimonial.

Esta pérdida de independencia prevista en la Ley 33/2003, fue subsanada posteriormente con la aprobación de la Ley 56/2007, de Medidas de Impulso de la Sociedad de la Información, que en su Disposición Adicional Octava, modificó la LGTel, en los siguientes términos:

“La Comisión tendrá su sede en Barcelona y dispondrá de su propio patrimonio, independiente del patrimonio del Estado”.

Esta redacción mantiene su vigencia, por lo que hasta la fecha, el patrimonio de la CMT guarda total independencia con respecto al patrimonio del Estado.

Este grado de desafectación del patrimonio del Estado tiene su justificación en el origen del patrimonio de la CMT, ya que desde su creación se ha nutrido fundamentalmente de las tasas recaudadas a los operadores del sector de las telecomunicaciones, que de conformidad con las normativas comunitarias deben ser destinadas única y exclusivamente al eficaz y eficiente funcionamiento de la Autoridad Nacional de Reglamentación de los mercados de comunicaciones electrónicas. Así lo entiende la propia LGTel cuando señala que el patrimonio de la CMT estará integrado *“por los ingresos obtenidos por la liquidación de tasas devengadas por la realización de actividades de prestación de servicios y los derivados del ejercicio de las competencias y funciones a que se refiere el apartado 3 de este artículo”*.

Este artículo es una transposición clara del mandato contenido en la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), que en su artículo 12 señala que las tasas administrativas irán destinadas a cubrir *“en total solamente los gastos administrativos que ocasionen la gestión el control y la ejecución del régimen de autorización general, de los derechos de uso y de las obligaciones específicas a que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 6, pudiendo quedar incluidos gastos de cooperación internacional, armonización y normalización, análisis de mercado, respeto de las normas y otros controles de mercado, así como el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica de derecho derivado y de decisiones administrativas, como pueden ser decisiones sobre el acceso y la interconexión”*

En relación con la citada cuestión, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar la Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, al que la Directiva de Autorización vino a sustituir, ha señalado que las tasas impuestas a los operadores de redes y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas al amparo de esa norma sólo pueden destinarse para sufragar los gastos que originen las actividades de expedición, gestión, control y ejecución del régimen de autorización general previsto en la regulación. Este concepto debe entenderse en sentido amplio, al menos para incluir los denominados “gastos administrativos generales” (Sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2006, asuntos C-392/04 y C-22/04; “I-21 Germany” y “Arcor”, párrafo 32).

Por ello, ha sido voluntad del legislador comunitario y español que la CMT, desde su creación, tenga el patrimonio independiente no solo de la Administración General del



Estado, sino del propio Estado, para evitar precisamente un aprovechamiento de ese patrimonio que pudiera ser contrario a la normativa comunitaria, por destinarse a la satisfacción de objetivos generales de la Administración elementos patrimoniales que, por el origen de los fondos con los que fueron adquiridos, se hallan vinculados al cumplimiento de la función regulatoria.

Con la nueva Ley de creación de la CNMC, al considerar el patrimonio del nuevo Organismo, que integra el de la CMT, incluido en el patrimonio del Estado, podría interpretarse que se produce un nuevo cambio en el régimen patrimonial aplicable al mismo, cuyos efectos entre otros, es la posibilidad de destinar el patrimonio de la CMT, incluido el edificio, a otros fines distintos a la exclusiva regulación de los mercados de telecomunicaciones, cuestión que podría chocar frontalmente con las Directivas Comunitarias.

Asimismo, cabe indicar que, sin perjuicio de lo que luego se indicará al tratar el análisis de la Disposición Adicional 13ª, sería deseable que se incorporase expresamente en el articulado las concretas tasas que el nuevo Organismo gestionará y recaudará, y los elementos esenciales de las mismas, ya que éstos deben venir previstos en una norma con rango de Ley, y motivos de seguridad jurídica aconsejan que sea la Ley de creación de la CNMC la que prevea estos elementos de los tributos, evitando así una dispersión regulatoria en varias Leyes distintas. Esta inclusión específica comportaría la supresión de la Disposición Adicional 13ª.

Lo anterior además, ayudará a clarificar qué tasas serán susceptibles de generar ingresos para la CNMC y cuales otras irán destinadas al Tesoro Público. Así por ejemplo, en el caso de las tasas por numeración, son tasas exigidas en las Directivas Comunitarias, pero en cambio no suponen ingresos en el patrimonio de la CMT, ya que su destino último es el Tesoro Público, de conformidad con el apartado 4 del punto 2 del Anexo I de la LGTel.

IV.4.6 Artículo 28. Presupuesto, régimen de contabilidad y control económico y financiero.

El artículo 28 del Anteproyecto se refiere al régimen presupuestario de la CNMC.

En este aspecto, debe señalarse que el artículo 3.bis de la Directiva 2002/21/CE Marco exige que las autoridades nacionales de reglamentación dispongan de un presupuesto anual separado.

Lógicamente, las previsiones del anteproyecto respetan el contenido de la Directiva Marco en lo que se refiere a la CNMC. Ahora bien, de una parte, la realización de actividades por parte del nuevo organismo en los sectores regulados o supervisados complicará que las tasas que se giren a los operadores de telecomunicaciones puedan destinarse a las actividades propias de este sector y exigirá la debida separación contable si no quiere renunciarse a esos ingresos, como se expondrá más adelante.

Por otra parte, el reforzamiento de las competencias de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (SETSI) en materia de telecomunicaciones efectuado en el Anteproyecto y su condición de autoridad nacional de reglamentación exigirán la elaboración de un presupuesto separado y propio de dicho órgano. La transposición de las nuevas directivas al ordenamiento nacional interno, en especial la Directiva 2009/140/CE, de 25 de noviembre, deberá tener en cuenta este extremo. En este sentido, el Anteproyecto debería prever la posibilidad apuntada.

Todo lo anterior se señala sin perjuicio de las implicaciones, ya apuntadas y sobre las que más adelante se ahondará, relativas al destino de las tasas que se puedan liquidar a los



operadores de telecomunicaciones para sufragar las actividades de gestión, control y ejecución del régimen de autorización general.

Se propone añadir un nuevo párrafo al apartado 1, del siguiente tenor:

“El anteproyecto de presupuesto deberá contemplar las previsiones necesarias para asegurar que los ingresos obtenidos por aquellas tasas que conforme a la normativa comunitaria sólo puedan ser destinadas a la financiación de las funciones regulatorias sectoriales, se empleen exclusivamente para tal efecto.”

IV.4.7 Artículo 29. Asistencia Jurídica.

En lo que se refiere al apartado segundo del artículo 29, relativo a las controversias que se susciten entre la Administración General del Estado y la CNMC, el Anteproyecto remite las mismas a la solución de arbitraje prevista en la Disposición Adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de la Ley 60/2003.

Esta Disposición señala que las controversias jurídicas relevantes que se susciten entre la Administración General del Estado y cualquiera de los organismos públicos regulados en el título III y la disposición adicional novena de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de organización y funcionamiento de la Administración General del Estado, o las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social u otras entidades de Derecho público reguladas por su legislación específica que se determinen reglamentariamente, o entre dos o más de estos Entes, se resolverán por el procedimiento previsto en ese precepto, sin que pueda acudir a la vía administrativa ni jurisdiccional para resolver estas controversias.

- a) Se define como controversia relevante, aquella que puede generar un número elevado de reclamaciones, que tenga una cuantía económica de al menos 300.000 euros, o, que a juicio de una de las partes, sea de esencial relevancia para el interés público.
- b) Se constituye una Comisión Delegada del Gobierno para la resolución de controversias administrativas. Este organismo estará constituido por: El Ministro de la Presidencia, como presidente, el Ministro de Economía y Hacienda y el de Justicia, como vocales, correspondiendo al último la designación del órgano que ejerce la Secretaría de la Comisión. Cuando la controversia pueda afectar, en los términos que se determinen reglamentariamente, a otros ministerios, éstos integrarán la Comisión.
- c) Una vez recabados los informes técnicos y jurídicos necesarios para el mejor conocimiento de la cuestión debatida, la Secretaría de la Comisión elaborará una propuesta y la Comisión dictará resolución vinculante para las partes y adoptará las medidas para solucionar el conflicto.
- d) La resolución que dicte la Comisión delegada no será recurrible jurisdiccionalmente.
- e) La resolución no es aplicable a las cuestiones de naturaleza penal, de responsabilidad contable y a los conflictos de atribuciones entre órganos de una misma Administración Pública, ni a las cuestiones derivadas de las actuaciones efectuadas por la Intervención General de la Administración del Estado.

A juicio de esta Comisión, este precepto parece más pensado para regular controversias entre Administraciones públicas con un grado importante de vinculación o dependencia entre ellas, de tal manera que se establece una suerte de procedimiento similar al recurso de alzada, en el que resuelve el órgano superior, que en este caso es el Gobierno a través de su Comisión Delegada.

Fijémonos, por ejemplo, que en la Exposición de Motivos de la Ley, se señala que la ésta regula un cauce procedimental de carácter ordinario e institucional para resolver los



conflictos internos “entre la Administración General del Estado y sus Entes instrumentales”, lo que ya nos ofrece un idea clara del ámbito subjetivo que queda afecto al procedimiento de arbitraje previsto en esa norma.

Parece, por tanto, razonable que este procedimiento no pueda resultar aplicable y efectivo en el caso de la CNMC, por cuanto que ante una hipotética controversia entre la Administración General del Estado, como puede ser un Ministerio o un Secretaría de Estado, y un órgano independiente del Gobierno, como puede la CNMC, el Gobierno se convertiría en juez y parte, quedando en entredicho esa independencia y imparcialidad en la resolución de la controversia. Ya se ha citado al respecto la jurisprudencia comunitaria¹¹⁴ que proscribía la injerencia de la Administración en la actividad del regulador, incluyendo la adopción de decisiones que puedan afectar a la propia Administración General del Estado.

Asimismo, cabe entender que la imposibilidad de acudir a la vía jurisdiccional derivada de este artículo 29, podría entrar en contradicción con el apartado cuarto del artículo 1 del propio Anteproyecto, que confiere a la CNMC la legitimación para impugnar judicialmente “los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y disposiciones generales de rango inferior a la ley”.

IV.5 OTRAS DISPOSICIONES ADICIONALES

IV.5.1 Disposición adicional segunda. Extinción de organismos

Esta Disposición regula *ex lege* el destino del patrimonio actual del los Organismos a extinguir, de conformidad con el régimen comúnmente denominado de “sucesión de empresa”, y que en el seno de las Administraciones Públicas se regula de manera general en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas. En concreto la nueva Comisión adquirirá los bienes y derechos de los Organismos preexistentes al amparo de esta Disposición adicional y de acuerdo con lo previsto en el artículo 15.a) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas: “por atribución de Ley”.

Por razones de seguridad jurídica, se considera necesario concretar varios extremos del Anteproyecto que están redactados de forma ambigua o poco clara:

A) Sobre la recaudación de la Tasa General de Operadores mencionada en el Apartado 4, párrafo segundo, de la Disposición adicional, debería dejarse determinado el Organismo que será competente para recaudarla y el destino de lo recaudado, si la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información o la futura Comisión (ver artículo 27.2.b) y Disposición adicional decimotercera); no obstante hay que tener en cuenta lo siguiente:

- De acuerdo a lo establecido en el artículo 12.1.a) de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), las tasas “cubrirán en total solamente los gastos administrativos que ocasionen la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, de los derechos de uso y de las obligaciones específicas a que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 6, pudiendo quedar incluidos gastos de cooperación internacional, armonización y normalización, análisis de mercado, respeto de las normas y otros controles de mercado,

¹¹⁴ Sentencia de 9 de marzo de 2010, dictada en el asunto C-518/07, Comisión/República Federal de Alemania.



así como el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica de derecho derivado y de decisiones administrativas, como pueden ser decisiones sobre el acceso y la interconexión”.

- La jurisprudencia más reciente del Tribunal Supremo ha señalado que deberá justificarse adecuadamente por parte de la Administración los gastos regulatorios concretos que pueden financiarse con lo recaudado por la citada tasa, no pudiendo dedicarse la totalidad de lo recaudado para los gastos generales del Organismo. Es decir, que de cobrarse la Tasa General de Operadores por parte de la futura Comisión, deberá desglosar sus gastos y aplicar lo recaudado únicamente a financiar la parte de los gastos correspondientes a las actividades de regulación del sector de las telecomunicaciones señaladas expresamente en el citado artículo 12.1.a) de la Directiva 2002/20/CE.

En consecuencia, tanto si se decide que la Tasa General de Operadores la recaudará la futura Comisión como si se decide que la recaudará la citada Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información, se deberá prever que la recaudación de la tasa deberá aplicarse únicamente a financiar los gastos de esas funciones regulatorias señaladas en el artículo 12.1.a) de la Directiva 2002/20/CE.

B) Sobre la asunción de los medios materiales de los Organismos extinguidos mencionada en los Apartados 4 y 6 de la Disposición adicional, en el caso concreto de los inmuebles de los Organismos extinguidos, del tenor literal del precepto parece deducirse que la decisión sobre si el inmueble es necesario o innecesario para el ejercicio de las funciones de la futura decisión lo tomará de manera autónoma la propia Comisión, pero en la práctica esa decisión estará necesariamente vinculada a la decisión del Gobierno (mediante el Real Decreto de aprobación del Estatuto Orgánico de la Comisión) de crear otras sedes establecida en el artículo 21.5. (Ver comentarios a este artículo).

Es decir, en el fondo la decisión sobre los inmuebles que serán innecesarios y que se integrarán en el patrimonio del Estado se liga a la decisión política (mediante el citado Real Decreto) de crear o no otras sedes. Esta circunstancia condiciona y limita la autonomía de gestión sobre el patrimonio propio de la futura Comisión.

En atención a todo lo anterior, se propone la siguiente redacción a los apartados 5 y 6:

“5. Los Ministerios de Hacienda y Administraciones Públicas y Economía y Competitividad determinarán los saldos de tesorería y los activos financieros de los organismos que se extinguen que deban incorporarse a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, incorporando el resto al Tesoro. En ningún caso se podrán incorporar al Tesoro los saldos de tesorería y los activos financieros que provengan de la recaudación de tasas que según la normativa europea sólo puedan ser destinadas a la financiación de la actividad regulatoria

6. Los bienes inmuebles y derechos reales de titularidad de los organismos reguladores extinguidos que resulten innecesarios para el ejercicio de sus funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia se incorporarán al patrimonio de la Administración General del Estado. Esta incorporación no afectará a los casos en los que estos bienes hayan sido adquiridos con el resultado de tasas que según la normativa europea sólo puedan ser destinadas a la financiación del organismo regulador extinguido o su sucesor.

IV.5.2 Disposición adicional cuarta. Integración del personal de los Organismos Públicos que se extinguen en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia



En congruencia con los comentarios realizados al artículo 25 en los que se propone que todo el personal de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia quede ligado a ella por una relación de carácter laboral, se propone la siguiente redacción al apartado 1:

*“1. El personal funcionario que presta servicios en los Organismos que ahora se extinguen **podrá integrarse** en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, o bien **reingresar** en la Administración General del Estado.*

*El personal funcionario que se integre en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia lo hará **en el régimen laboral a todos los efectos, quedando en sus Cuerpos y escalas de origen en la situación de servicios en otras Administraciones Públicas, de conformidad con lo establecido en el artículo 88 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.***

*El personal funcionario que se integre en la Administración General del Estado como consecuencia de las competencias que ésta asuma de los extintos Organismos lo hará **en la situación de servicio activo en su correspondiente Cuerpo y Escala con los mismos derechos y obligaciones que hasta ese momento tuviera reconocidos.***”

Para el personal laboral el Apartado 2 prevé la aplicación del régimen de sucesión de empresa regulado en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores manteniendo los derechos y obligaciones laborales que viniera ostentando hasta este momento.

Esta previsión en principio garantizaría el mantenimiento de los derechos laborales ostentados hasta ahora por los trabajadores de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones cuando se produzca la mencionada sucesión de empresa y su integración en el personal laboral de la nueva Comisión.

No obstante lo anterior, habida cuenta que la integración afectará a un buen número de trabajadores, muchos de los cuales pueden ver sustancialmente modificadas sus condiciones laborales incluida la obligación de movilidad geográfica, se propone que se establezca expresamente en la Disposición adicional cuarta una previsión para que la nueva Comisión ofrezca a los trabajadores afectados unas condiciones adecuadas y no lesivas de sus derechos retributivos y de promoción profesional. Por lo tanto, se propone introducir en la Disposición adicional cuarta un nuevo apartado con este enunciado:

“4.La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ofrecerá a los trabajadores de los distintos Organismos extinguidos que se integren en ella unas condiciones de movilidad geográfica, funcional y organizativa adecuadas y no lesivas de sus derechos retributivos y de promoción profesional para efectuar los eventuales cambios geográficos, funcionales y organizativos derivados de la creación y de las necesidades del nuevo Organismo.”

IV.5.3 Disposición adicional decimotercera. Tasas

La Disposición adicional decimotercera remite a la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 la determinación de las tasas cuya liquidación corresponderá a la nueva CNMC “*de conformidad con lo establecido en la normativa comunitaria*”.

Al margen de ciertas observaciones de carácter particular que deben realizarse al contenido de la Disposición, esta Comisión ha de hacer una valoración genérica sobre el hecho de que el Anteproyecto remita a una ley diferente y que podría resultar aprobada antes que el propio Anteproyecto la determinación de las tasas que corresponderían a la CNMC.



Si ello quiere decir que se difiere a la Ley Presupuestos Generales del Estado para 2012, cuya aprobación puede ser anterior a la del propio Anteproyecto, la configuración de un régimen de tasas específicas para la CNMC, se daría la paradoja de que se estaría instituyendo una tasa para un organismo que, al momento de la redacción del presente Informe (y de la propia aprobación de la Ley de Presupuestos), aún no existiría. Con ello difícilmente podría satisfacerse la exigencia de una memoria económica que acompañe a la ley (requisito de validez absoluto de la tasa), al no hallarse definidos los perfiles del organismo ni sus atribuciones.

Si por el contrario la Disposición se limita a señalar qué tasas de las existentes actualmente han de atribuirse a la financiación del organismo, la Ley de Presupuestos habrá de prestar especial atención al hecho de que las referidas tasas ya no responden a su configuración originaria, dada la pérdida de competencias de las distintas ramas sectoriales respecto a las que actualmente tienen los distintos reguladores, siendo que esa falta de ajuste puede redundar en un vicio de anulabilidad de las liquidaciones que se practiquen.

Por ello, habrá de ser el propio Anteproyecto el que fije los elementos esenciales de la tasa que se cree o el que determine las tasas en concreto que hayan de financiar al organismo, conforme a la nueva atribución competencial.

Hecha esta consideración general, se han de hacer igualmente ligeras precisiones sobre el texto concreto propuesto.

En primer lugar, debe señalarse que la mención a la normativa comunitaria, al igual que la contenida en el artículo 27 del Anteproyecto, es imprecisa, por cuanto que las Directivas no determinan qué organismo debe liquidar o recaudar las tasas que pueden destinarse a sufragar las actividades de regulación, si bien es lógico pensar, por motivos de eficacia, que sea, como en el caso de España, la autoridad nacional de reglamentación independiente que realiza la mayor parte de esas tareas la que gestione y recaude en periodo voluntario la tasa.

En lo que respecta al régimen de las comunicaciones electrónicas, el Anteproyecto de ley informado se está remitiendo sin duda alguna a los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de Autorización), que se refieren a las tasas administrativas que pueden imponerse a los operadores al amparo de la autorización general y a los cánones por la asignación de numeración o el uso de radiofrecuencias, respectivamente, en los siguientes términos:

Artículo 12. Tasas administrativas

1. Las tasas administrativas que se impongan a las empresas que presten un servicio o suministren una red al amparo de la autorización general o a quienes se haya otorgado un derecho de uso:

a) cubrirán en total solamente los gastos administrativos que ocasionen la gestión, el control y la ejecución del régimen de autorización general, de los derechos de uso y de las obligaciones específicas a que se hace referencia en el apartado 2 del artículo 6, pudiendo quedar incluidos gastos de cooperación internacional, armonización y normalización, análisis de mercado, respeto de las normas y otros controles de mercado, así como el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica de derecho derivado y de decisiones administrativas, como pueden ser decisiones sobre el acceso y la interconexión; y



b) se impondrán a las empresas de una manera objetiva, transparente y proporcional, que minimice los costes administrativos adicionales y las cargas que se deriven de ellos.

2. Cuando las autoridades nacionales de reglamentación impongan tasas administrativas, publicarán un resumen anual de sus gastos administrativos y del importe total de las tasas recaudadas. A la vista de la diferencia entre la suma total de las tasas y los gastos administrativos, deberán introducirse los reajustes adecuados.

Artículo 13. Cánones por derechos de uso y derechos de instalar recursos.

Los Estados miembros podrán permitir a la autoridad pertinente la imposición de cánones por los derechos de uso de radiofrecuencias, números o derechos de instalación de recursos en una propiedad pública o privada, o por encima o por debajo de la misma, que reflejen la necesidad de garantizar el uso óptimo de estos recursos. Los Estados miembros garantizarán que estos cánones no sean discriminatorios, sean transparentes, estén justificados objetivamente, sean proporcionados al fin previsto y tengan en cuenta los objetivos del artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco).

Debe señalarse que la Directiva, 2002/20/CE contiene una definición más amplia que su antecesora, la Directiva 97/13/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de abril de 1997 relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, de los gastos que pueden sufragarse con las tasas. Basta, a tal efecto, comparar la redacción de los preceptos específicos de ambas.

Así, dice el artículo 6 de la Directiva 97/13/CE:

«1. Los Estados miembros garantizarán que todo canon impuesto a las empresas en el marco de los procedimientos de autorización tenga por único objetivo cubrir los gastos administrativos que ocasione la expedición, gestión, control y ejecución del régimen de licencias individuales aplicable. Los cánones por una licencia individual deberán ser proporcionados en relación con el trabajo que supongan y se publicarán de manera adecuada y suficientemente detallada, a fin de facilitar el acceso a la información relativa a los mismos.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando se trate de recursos escasos, los Estados miembros podrán autorizar a sus autoridades nacionales de reglamentación a imponer gravámenes que tengan en cuenta la necesidad de garantizar el uso óptimo de dichos recursos. Estos gravámenes no podrán ser discriminatorios y habrán de tener en cuenta, en especial, la necesidad de potenciar el desarrollo de servicios innovadores y de la competencia.»

Como ha indicado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea al interpretar la Directiva 97/13/CE que la Directiva de Autorización vino a sustituir, las tasas impuestas a los operadores de redes y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas al amparo de esa norma sólo pueden destinarse para sufragar los gastos que originen las actividades de expedición, gestión, control y ejecución del régimen de autorización general previsto en la regulación. Este concepto debe entenderse en sentido amplio, al menos para incluir los denominados “gastos administrativos generales” (Sentencia del TJUE de 19 de septiembre de 2006, asuntos C-392/04 y C-22/04; “I-21 Germany” y “Arcor”, párrafo 32).



Sin embargo, el cálculo de las tasas no puede incluir gastos correspondientes a otras tareas como la actividad general de vigilancia de la autoridad reguladora y, en particular, el control de los eventuales abusos de posición de dominio.

En el mismo sentido se ha pronunciado el TJUE en su Sentencia de fecha 21 de julio de 2011 (asunto C-284/10, “Telefónica de España”). Concretamente, señala en su párrafo 23:

Si bien tales tasas pueden cubrir los denominados gastos administrativos «generales», éstos han de estar exclusivamente relacionados con las cuatro actividades mencionadas en el apartado anterior, lo que excluye que las tasas abarquen gastos correspondientes a otras tareas, como la actividad general de vigilancia de la autoridad nacional de reglamentación y, en particular, el control de los eventuales abusos de posición dominante. Este tipo de control excede del trabajo que estrictamente genera la ejecución de autorizaciones generales (véase, por analogía, en lo que atañe a las tasas impuestas en virtud del artículo 11 de la Directiva 97/13, la sentencia de 19 de septiembre de 2006, i-21 Germany y Arcor, C-392/04 y C-422/04, Rec. p. I-8559, apartados 32, 34 y 35).

Interpretando el artículo 12 de la Directiva, el TJUE también ha aclarado que, aunque no debe existir una plena correlación entre el importe de la tasa de cada operador y los gastos en que haya incurrido la autoridad nacional competente en relación con ese operador durante el periodo determinado, el total de los ingresos obtenidos no puede exceder la suma de los costes correspondientes a las actividades de regulación.

Lo anterior supone que, de conformidad con las directivas comunitarias, no puede destinarse la recaudación de la tasa general de operadores a sufragar actividades diferentes de las propias del régimen de autorización general, entendiendo éstas en sentido amplio pero que, en ningún caso, comprenderán tareas como aplicación de la legislación sobre vigilancia de la competencia y, ni mucho menos, otro tipo de actividades que no estén relacionadas con la regulación o supervisión del sector.

Como puede apreciarse, la nueva redacción de la Directiva incluye un elenco más amplio de gastos que pueden ser sufragados con las tasas. Ya no se trata exclusivamente de los gastos de gestión, control y ejecución del régimen de autorización general (se elimina la referencia a la “expedición”), sino que se amplía la mención a la gestión de los derechos de uso y de las obligaciones específicas que pueden imponerse a los operadores declarados con poder significativo de mercado o a los obligados a prestar el servicio universal de telecomunicaciones. Se añade, incluso, que pueden incluir “gastos de cooperación internacional, armonización y normalización, análisis de mercado, respeto de las normas y otros controles de mercado, así como el trabajo de regulación relativo a la preparación y puesta en práctica de derecho derivado y de decisiones administrativas, como pueden ser decisiones sobre el acceso y la interconexión”.

De esta manera se ha ampliado el alcance de los conceptos de “expedición, control, gestión y ejecución” del régimen pasado y de sus correlativos que se encuentran en la regulación actual. Además esta ampliación ha venido a aclarar definitivamente el alcance de dichos conceptos, pues lo cierto es que el TJUE no ha rechazado que los gastos expresamente citados en la nueva redacción no pudieran ser sufragados con la anterior.

Este cambio en la directiva es fundamental para interpretar en sentido amplio las actividades de constante referencia, de manera que se evite una interpretación estricta que deje aparte gastos que son eminentemente resultado de las actividades de regulación. Ciertamente, el TJUE no había aclarado en sus sentencias el alcance de estas actividades, si bien la referencia a la posibilidad de sufragar los “gastos administrativos generales” permitía una interpretación amplia. En ese sentido, la “actividad general de vigilancia” a la que se refiere



el TJUE se excluiría de los gastos de la administración reguladora cuando se refiera al control del comportamiento competitivo de los operadores más allá del cumplimiento del marco regulatorio específico.

El anteproyecto informado parece prever, por un lado, los límites apuntados que se refieren al destino de la recaudación de la tasa general de operadores y, por el otro lado, un doble régimen de financiación configurado por i) asignaciones con cargo a los presupuestos del estado y ii) tasas cuya liquidación corresponderá a la CNMC.

Sin embargo, so pena de ver anuladas las liquidaciones giradas, la CNMC deberá llevar una exquisita separación contable que desglose los gastos en que incurra que estén relacionados directamente con la gestión, control y ejecución del régimen de autorizaciones generales de los operadores de comunicaciones electrónicas.

Asimismo, y teniendo en cuenta que el nuevo reparto competencial previsto en el Anteproyecto de Ley prevé que sea la SETSI la que asuma competencias que sin duda se refieren a la gestión, control y ejecución del régimen de autorización general (tal es el caso de la llevanza del registro de operadores) o del de los derechos de uso (como la gestión de la numeración), dichas actividades no podrán ser sufragadas por la tasa general de operadores, excepto en el caso de que también el Ministerio llevase una separación contable que permitiera conocer los gastos en que incurre por la realización de esas actividades concretas.

Debe señalarse que la nueva redacción de la Directiva de autorización permite concluir que los gastos en que incurra la autoridad nacional de reglamentación por la gestión, control y ejecución de los derechos de uso de la numeración o de la gestión del espectro radioeléctrico pueden sufragarse con la tasa general de operadores, sin perjuicio de la tasa por numeración (*canon*, en la Directiva), cuyo hecho imponible no es la realización de actividades administrativas de regulación, sino el provecho que la reserva de derechos sobre de recursos públicos limitados, como la numeración o el espectro radioeléctrico, obtiene su asignatario o concesionario y que tienen, además, el objetivo parafiscal de garantizar su óptimo uso. En efecto, no debe confundirse la tasa por reserva de numeración telefónica o la tasa por reserva del dominio público radioeléctrico, tributos cuyo hecho imponible consiste en la utilización privativa del dominio público, con la tasa general de operadores, cuyo hecho imponible no es otro que la realización de una actividad administrativa, como es la realizada para la gestión, control y ejecución de los derechos de uso de la numeración o el espectro.

De conformidad con la Directiva de acceso, las actividades de la SETSI relativas a la gestión, control y ejecución de los derechos de uso sobre el espectro, podrían haber sido sufragadas por la tasa general de operadores. De hecho, la propia LGTel/2003 ya prevé que el sobrante entre ingresos y gastos de la CMT se transfiriera a la Agencia Estatal de Radiocomunicaciones, organismo autónomo encargado de la ejecución de la gestión del dominio público radioeléctrico.

El modelo propuesto en el Anteproyecto de Ley, y excepto que se realice la separación contable de esas actividades en el seno del Ministerio de Industria, Energía y Turismo (lo que hasta ahora no ha ocurrido), supone la pérdida de la posibilidad de destinar la recaudación de la TGO a un amplio conjunto de tareas (las que pasan de la CMT a la SETSI) que indudablemente pueden ser sufragadas de esa manera. Por el contrario, de no replantearse el modelo de reparto de competencias y financiación de la CNMC, pasarán a ser sufragadas mediante tributos, al provenir los recursos de la SETSI de las transferencias previstas en los Presupuestos Generales del Estado.



El presente documento está firmado electrónicamente por el Secretario, Jorge Sánchez Vicente, con el Visto Bueno del Presidente, Bernardo Lorenzo Almendros.

Artículo 1 La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia:

1. Se crea la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, como organismo **regulador y supervisor de los mercados en España** público de los previstos en la disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.
 2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tendrá por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la libre y **efectiva competencia** ~~con~~conurrencia de los mercados y sectores productivos, en beneficio del conjunto del mercado y de los consumidores y usuarios, **contribuyendo al desarrollo del mercado interior de la Unión Europea**.
- En el caso de que no se hubiera estimado conveniente la modificación del apartado 1 en los términos anteriormente señalados, se recomendaría incorporar entonces en el apartado 3 una referencia expresa a la actuación reguladora o ex ante y supervisora o ex post del organismo, de acuerdo con la distinción ya señalada y contenida en la STJUE de 14 de octubre de 2010 antes citada:
3. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ejercerá sus funciones en todo el territorio español y en relación con todos los mercados o sectores económicos, **actuando como regulador y supervisor de los mismos**.
 4. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está legitimada para impugnar ante la jurisdicción competente los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo y las disposiciones generales de rango inferior a la ley de los que se

¹¹⁵ Se indican en subrayado y negrita las modificaciones propuestas al texto del articulado y tachadas las eliminaciones del texto del Anteproyecto.



deriven obstáculos al mantenimiento de una competencia efectiva en los mercados **o que resulten contrarios al derecho sectorial aplicable.**

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia también está legitimada para intervenir en procesos civiles y con relación a cuestiones de derecho de la competencia, de conformidad con lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Artículo 2. Naturaleza y régimen jurídico.

1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia está dotada de personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada, ~~adscrita al.~~ **Se relaciona con el Gobierno y la Administración General del Estado a través del titular del Ministerio de Economía y Competitividad, que ejercerá el control de eficacia sobre su actividad.**

2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actuará, en el desarrollo de su actividad y para el cumplimiento de sus fines, con autonomía orgánica y funcional y plena independencia **del Gobierno, del resto de las Administraciones Públicas y de los agentes del mercado,** Asimismo, estando sometida únicamente al **los controles previstos en la Constitución** parlamentario y judicial.

3. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se regirá por lo dispuesto en esta Ley y **por la normativa sectorial específica y la general de la competencia,** y, en su defecto, 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, por la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria, y por el resto del ordenamiento jurídico. **En su actuación, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tendrá en cuenta especialmente las normas, recomendaciones y directrices procedentes de la Unión Europea.**

4. El Gobierno aprobará por Real Decreto el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, **con el contenido previsto en el artículo 62.1 de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.**

El Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia aprobará el Reglamento de Régimen Interior del 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, seis miembros del Consejo.

Artículo 4. Cooperación institucional.

(...)

2. Asimismo, la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia mantendrá una colaboración regular y periódica con **las instituciones y organismos de la Unión Europea (en particular con la Comisión Europea),** y con **los foros de las autoridades competentes de su ámbito de actuación, con los organismos de regulación** de otros Estados



miembros de la Unión Europea y de otras regiones fomentando la coordinación de la actuaciones respectivas en los términos previstos en la legislación aplicable.

Artículo 5. ~~Función de supervisión~~ Funciones de regulación y control de los mercados regulados.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia supervisará el funcionamiento de todos los mercados y servicios para garantizar la libre competencia, la transparencia y la pluralidad de la oferta. Con carácter singular, ejercerá las siguientes funciones en los mercados y sectores que se relacionan a continuación:

1. En los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual

- a) Definir los mercados pertinentes para establecer obligaciones específicas conforme a lo previsto en el capítulo II del título II y en el artículo 13 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.
- b) ~~Proponer al Ministerio de Industria, Energía y Turismo, a petición de éste, la cuantía que supone el coste neto del servicio universal, a que se refiere el artículo 24.1 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.~~ **Ejercer las funciones que en relación con el servicio universal y su financiación le encomienda el título III de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y su reglamento de desarrollo.**
- c) Controlar el cumplimiento por los prestadores del servicio de comunicación televisiva de cobertura estatal, y por los demás prestadores a los que les sea de aplicación, de las obligaciones que les ha impuesto el artículo 5 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo de la Comunicación Audiovisual, para hacer efectivo el derecho a la diversidad cultural y lingüística y, en especial, ejercer las competencias que dicho artículo le confiere en relación con el cine.
- d) Controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por el artículo 6 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo de la Comunicación Audiovisual, para hacer efectivo el derecho a conocer la programación televisiva con una antelación suficiente.
- e) Controlar el cumplimiento de las obligaciones impuestas por los artículos 7 y 8 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo de la Comunicación Audiovisual, para hacer efectivos los derechos del menor y de las personas con discapacidad.
- f) Controlar el cumplimiento de las obligaciones, las prohibiciones y los límites impuestos por los artículos 13 a 18 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo de la Comunicación Audiovisual, al ejercicio del derecho a realizar comunicaciones comerciales audiovisuales.
- g) Vigilar el cumplimiento de la misión de servicio público encomendada a los prestadores del servicio público de comunicación audiovisual de ámbito estatal, así como la adecuación de los recursos públicos asignados para ello, en los términos de lo dispuesto en el Título IV de la Ley 7/2010, de 31 de marzo de la Comunicación Audiovisual.
- h) Velar por el cumplimiento de los códigos contemplados en el apartado 3 del artículo 12 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo de la Comunicación Audiovisual, y ejercer las funciones mencionadas en el apartado 4 del mismo artículo.
- i) **Adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la pluralidad de la oferta, la transparencia, el acceso e interconexión de las redes de comunicaciones electrónicas y la explotación de red en condiciones de red abierta, así como la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios, imponiendo a los operadores obligaciones de hacer o no hacer tendentes a**



asegurar el desarrollo de la competencia y la igualdad de trato en los mercados que tutela.

- j) Dictar las circulares, dirigidas a los operadores que actúen en el sector de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, necesarias para garantizar la libre competencia y la pluralidad de la oferta, el acceso y la interconexión de las redes y la explotación de red en condiciones de red abierta, y la política de precios y comercialización por los prestadores de los servicios.
- k) Imponer las condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la libre competencia, a que se refieren el artículo 8.4 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, así como la disposición adicional duodécima del Real Decreto 944/2005, de 29 de julio, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre.
- l) Hacer público el listado de operadores principales a que se refiere el artículo 34 del Real Decreto-ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios.
- m) Proponer, en su caso, las medidas específicas que puede resultar conveniente adoptar en relación con la prestación de servicios de telecomunicaciones en Canarias, según lo previsto en la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible.
- n) El control de las medidas relativas a las tarifas al por mayor y al por menor para llamadas itinerantes reguladas, y para SMS itinerantes regulados, así como las medidas de supervisión, observancia y resolución de conflictos previstas por el Reglamento (CE) nº 717/2007, de 27 de junio de 2007, relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad, incluyendo la aplicación de las sanciones que en su caso correspondan.
- o) La llevanza del Registro de operadores, en el que se inscribirán todos aquellos cuya actividad requiera la notificación a la que se refiere el artículo 6 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, y de las demás funciones relacionadas con dicho Registro señaladas en la normativa sectorial de aplicación. El registro contendrá los datos necesarios para que la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones pueda ejercer las funciones que tenga atribuidas.
- p) La gestión y control de los planes nacionales de numeración, a que se refiere el artículo 16.4 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.
- q) El otorgamiento de derechos de uso de números, direcciones y nombres a los operadores, para lo que dictará las resoluciones oportunas, en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias, de acuerdo con lo establecido en la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones, y su normativa de desarrollo; velar por la correcta utilización de los citados recursos públicos de numeración, direccionamiento y denominación cuyos derechos de uso haya concedido y autorizar la transmisión de dichos recursos, estableciendo mediante resolución, las condiciones de aquélla.
- r) El otorgamiento de derechos de uso de números a los usuarios finales, a que se refiere al artículo 16.7 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.
- s) La llevanza del registro público relativo al estado de los recursos públicos de numeración a que se refiere el artículo 63 del Real Decreto 2296/2004, de 10 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre mercados de comunicaciones electrónicas, acceso a las redes y numeración.
- t) La llevanza del registro de parámetros de información de los servicios de televisión digital terrestre, cuya gestión y asignación de parámetros corresponderá a la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, a que se refiere la Disposición adicional novena del Real Decreto 944/2005, de 29 de



julio, por el que se aprueba el Plan técnico nacional de la televisión digital terrestre.

- u) Establecer determinadas condiciones técnicas u operativas en relación con el acceso, a que se refiere el artículo 12.1 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.
- v) Imponer obligaciones a los operadores que controlen el acceso a los usuarios finales, a que se refiere el artículo 12.2 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.
- w) Imponer obligaciones relativas al acceso o a la interconexión a operadores que no hayan sido declarados con poder significativo en el mercado a que se refiere el artículo 13.2 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.
- x) Fijar los aspectos técnicos y administrativos para que se lleve a cabo la conservación de los números telefónicos por los abonados, a que se refiere el artículo 18 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones.
- y) Recibir las comunicaciones de inicio de actividad de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual.
- z) La llevanza del Registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual.
- aa) Ejercer las competencias previstas en los artículos 38 y 39 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en relación con los servicios de comunicación audiovisual desde fuera de España.
- bb) Resolver sobre el carácter no publicitario de los anuncios de servicio público o de carácter benéfico, previa solicitud de los interesados, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.
- cc) **Ejercer las funciones previstas en el artículo 9 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.**
- dd) **Ejercer las funciones de gestión, liquidación, inspección y recaudación de las aportaciones establecidas en la Ley 8/2009, de 28 de agosto, de Financiación de la Corporación de Radio y Televisión Española.**

Por otra parte, y como recoge el informe, esta Comisión entiende que se deberían atribuir a la CNMC diferentes aspectos relativos a la transposición de las Directivas 2009/140/CE y 2009/136/CE, y en particular (i) la competencia relativa a la imposición de obligaciones de uso compartido en el interior de los edificios cuando la duplicación de la red sea económicamente ineficiente o físicamente inviable (artículo 12.3 de la Directiva Marco); (ii) las competencias necesarias para la elaboración, con otras ANRs, de un inventario detallado de la naturaleza, disponibilidad y emplazamiento geográfico de las instalaciones (artículo 12.4 de la Directiva Marco); (iii) los aspectos relativos a la integridad y seguridad de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas (artículo 13 bis de la Directiva Marco); (iv) la ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de las funciones de resolución de conflictos, extendiéndose a conflictos con otras entidades que se benefician de las obligaciones de acceso e interconexión (artículo 20 de la Directiva Marco); (v) los aspectos relativos a la calidad de los servicios de comunicaciones electrónicas (artículo 22.3 de la Directiva de Servicio Universal); y (vi) las competencias relativas al bloqueo al acceso a determinada numeración o servicios (artículo 28.2 de la Directiva de Servicio Universal).

Artículo 7. Funciones de arbitraje y de resolución de conflictos.



1. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actuará como órgano arbitral, tanto de derecho como de equidad, para resolver las controversias que le sean sometidas por los operadores económicos de los sectores sometidos a su supervisión en aplicación de la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje, sin perjuicio de las competencias que correspondan a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas en sus ámbitos respectivos.

El ejercicio de esta función no tendrá carácter público. El procedimiento arbitral se establecerá mediante real decreto y se ajustará a los principios esenciales de audiencia, libertad de prueba, contradicción e igualdad, y será indisponible para las partes.

2. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia resolverá los conflictos que le sean planteados por los operadores económicos en los siguientes casos:

a) En los mercados de comunicaciones electrónicas:

i. Conflictos que se susciten entre los operadores en materia de acceso e interconexión de redes, en los términos que se establecen en el Título II de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, así como en materias relacionadas con las guías telefónicas.

ii. Desacuerdos entre operadores en relación con la forma de sufragar los costes que produzca la conservación de los números telefónicos a que se refiere el artículo 18 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

iii. Desacuerdos entre operadores en relación con las condiciones de uso compartido a que se refiere el artículo 30 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

iv. Conflictos que puedan derivarse de las obligaciones de acceso impuestas a los operadores de telecomunicaciones y prestadores de servicios de comunicación audiovisual en virtud de los artículos 11 y 31 de la Ley Audiovisual.

v. Controversias que se susciten entre los usuarios y los consumidores de los servicios de comunicaciones electrónicas y audiovisuales y los operadores que exploten redes o que presten servicios de comunicaciones electrónicas o audiovisuales, en relación con los derechos recogidos en el artículo 38 de la Ley 32/2003, General de Telecomunicaciones y de la Ley 7/2010, General de la Comunicación audiovisual.

Lo anterior se debe entender sin menoscabo de lo dispuesto en relación con esta materia en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico y sin perjuicio de la aplicación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

vi. Cualesquiera otros conflictos o supuestos de intervención que legal o reglamentariamente se le atribuyan o que le encomienden el Gobierno o el Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Artículo 8. Funciones consultivas y otras funciones.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia actuará como órgano consultivo sobre cuestiones relativas a la defensa de la competencia y sobre los mercados y sectores sobre los que ejerce su supervisión. En particular, podrá ser consultada por las Cámaras Legislativas, el Gobierno, los distintos Departamentos ministeriales, las distintas Comunidades Autónomas, las Corporaciones locales, los Colegios Profesionales, las Cámaras de Comercio, las organizaciones empresariales y de consumidores y usuarios, **así**



como otras Administraciones Públicas, entidades o instituciones, públicas o privadas, y particulares, en los términos establecidos en la normativa vigente.

En ejercicio de esta función, llevará a cabo las siguientes actuaciones:

- a) Participar, mediante informe, en el proceso de elaboración de disposiciones generales **normas** que afecten a los sectores sometidos a su supervisión, a la normativa de defensa de la competencia y a su régimen jurídico.
- b) Dictaminar sobre los criterios para la cuantificación de las indemnizaciones que los autores de las conductas previstas en los artículos 1, 2 y 3 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, deban satisfacer a los denunciantes y a terceros que hubiesen resultado perjudicados como consecuencia de aquéllas, cuando le sea requerido por el órgano judicial competente.
- c) Informar sobre todas las cuestiones a que se refiere el artículo 16 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia y el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea en cuanto a los mecanismos de cooperación con los órganos jurisdiccionales nacionales.
- d) Promover y realizar a iniciativa propia estudios y trabajos de investigación en materia de competencia, así como informes generales, **estudios y trabajos de investigación** sobre sectores económicos.
- e) **Efectuar análisis e informes estadísticos sobre los sectores económicos, para lo que podrá efectuar requerimientos de información en los términos expuestos en el artículo 23 y demás normas que resulten de aplicación.**
- f) Cualesquiera otras cuestiones sobre las que **pueda o deba** informar, de acuerdo con lo previsto en la normativa vigente.

Artículo 16. Funciones del Presidente.

Corresponde al Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, que también lo será de su Consejo:

- b) ~~Representar institucionalmente a~~ **Ostentar la representación legal e institucional de la Comisión. (...)**

Artículo 21.- Estatuto Orgánico.

(...)

2. El Estatuto Orgánico podrá prever la existencia de una Comisión Ejecutiva y de Comisiones Delegadas Sectoriales, en las que se delegarán funciones del Consejo, de ámbito general o relativas a un sector concreto de actividad, siempre que no estén reservadas al Consejo en pleno en la presente ley.

En todo caso, se podrán crear Comisiones Delegadas Sectoriales cuando exista una normativa comunitaria sectorial específica para un determinado sector regulado.

(...)

5. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia tendrá su sede principal en Madrid. **No obstante, El Real Decreto por el que se apruebe su Estatuto Orgánico podrá prever fijar** la existencia de otras sedes **aprovechando las infraestructuras que hayan**



sido incorporadas al patrimonio de la Comisión provenientes de los patrimonios de los organismos extinguidos. Asimismo, se deberá procurar que las infraestructuras que actualmente albergan al personal que realiza funciones sectoriales encomendadas por esta Ley a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, se sigan destinado, al menos, a las mismas funciones a las que se venían destinando por el organismo de procedencia.

6. El Real Decreto por el que se apruebe su Estatuto Orgánico podrá prever la creación de los comités consultivos necesarios para asegurar la participación de los agentes económicos y los consumidores en el asesoramiento a la Comisión. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia contará para cada uno de los sectores y mercados sobre los que ejerce sus funciones de regulación, supervisión y control, de Comités Consultivos sectoriales en materia de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual, sector eléctrico y sector del gas natural, mercado postal, sector aeroportuario, y sector ferroviario. El Real Decreto por el que se apruebe su Estatuto Orgánico desarrollará lo previsto en esta Ley para asegurar la participación de los agentes económicos y los consumidores de cada uno de los sectores y mercados en el asesoramiento a la Comisión

Los Comité Consultivos son los órganos de participación ciudadana y de asesoramiento de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Los Comités Consultivos estarán presididos por el Presidente de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que no dispondrá de voto en relación con sus informes.

El número de miembros del Comité y la forma de su designación se determinará reglamentariamente. Los miembros serán designados en representación de los prestadores del servicio de cada uno de los sectores o mercados de ámbito estatal, de las organizaciones representativas de los distintos agentes de cada uno de los sectores intervinientes en cada mercado, de los sindicatos más representativos del sector a nivel estatal, de asociaciones de defensa de los usuarios de cada uno de los servicios de que se trate, con representación acreditada en ámbito estatal, así como del Consejo de Consumidores y Usuarios.

Los Comités Consultivos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia serán convocados cada cuatro meses al objeto de ser informados periódicamente por el Consejo de las actuaciones por él desarrolladas. En todo caso, los Comités Consultivos tendrán como facultades:

- a) Informar con carácter general sobre las orientaciones de la política de cada uno de los sectores o mercados, la situación del sector y la oferta de servicios de cada uno de ellos;
- b) Ser consultado respecto de las propuestas de disposiciones del Consejo y sobre los criterios de interpretaciones y aplicación del régimen de infracciones y sanciones previstas en esta Ley.
- c) Informar y asesorar a petición del Consejo sobre todos aquellos asuntos que les sean sometidos a su consideración;
- d) Elevar al Consejo cualesquiera informes y propuestas que estime oportuno relacionados con el funcionamiento del sector o mercado de que se trate en su Comité Consultivo especializado.



La condición de miembro del Comité Consultivo no exigirá dedicación exclusiva ni dará derecho a remuneración”.

Artículo 22.- Facultades de inspección.

1. El personal de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia, debidamente autorizado por el personal directivo correspondiente, tendrá la condición de agente de la Comisión y podrá realizar cuantas inspecciones sean necesarias en las empresas y asociaciones de empresas para la debida aplicación de esta Ley. **En el ejercicio de sus funciones inspectoras, tendrá la consideración de autoridad pública.**

2. El personal habilitado a tal fin tendrá las siguientes facultades de inspección:

a) Acceder a cualquier local, **instalación**, terreno y medio de transporte de las empresas y asociaciones de empresas y al domicilio particular de los empresarios, administradores y otros miembros del personal de las empresas. **Asimismo podrán controlar los elementos afectos a los servicios o actividades que los operadores o quienes realicen las actividades a las que se refiere esta Ley, de las redes que instalen o exploten y de cuantos documentos están obligados a poseer o conservar.**

b) Verificar los libros, **registros** y otros documentos relativos a la actividad **de que se trate** empresarial, cualquiera que sea su soporte material **incluidos los programas informáticos y los archivos magnéticos, ópticos o de cualquier otra clase.**

c) Hacer u obtener copias o extractos, en cualquier formato, de dichos libros o documentos.

d) Retener por un plazo máximo de 10 días los libros o documentos mencionados en la letra b.

e) Precintar todos los locales, libros o documentos y demás bienes de la empresa durante el tiempo y en la medida en que sea necesario para la inspección.

f) Solicitar a cualquier representante o miembro del personal de la empresa o de la asociación de empresas explicaciones sobre hechos o documentos relacionados con el objeto y la finalidad de la inspección y guardar constancia de sus respuestas.

El ejercicio de las facultades descritas en las letras a) y e) requerirá el previo consentimiento expreso del afectado o, en su defecto la correspondiente autorización judicial.

Las actuaciones de comprobación o investigación llevadas a cabo por la Comisión Nacional de Mercados y Competencia en el ámbito de sus competencias podrán desarrollarse, a elección de sus servicios:

a. En cualquier despacho, oficina o dependencia de la persona o entidad inspeccionada, de quien las represente o de otros operadores con los que tenga relación comercial o técnica.



b. En los propios locales de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia.

Cuando las actuaciones de comprobación o investigación se desarrollen en los lugares señalados en el párrafo anterior, se observará la jornada laboral de los mismos, sin perjuicio de que pueda actuarse de común acuerdo en otras horas o días.

(...)

5. El personal encargado de la inspección levantará acta de sus actuaciones, ~~en la que habrá de constar:~~

- ~~a. El nombre y apellidos de la persona a la que se extienda y el carácter o representación con que comparece.~~
- ~~b. La descripción de los hechos a los que afecte.~~
- ~~c. La conformidad o disconformidad del sujeto inspeccionado con los hechos que se le imputen.~~

Las actas extendidas tendrán naturaleza de documentos públicos y harán prueba, salvo que se acredite lo contrario, de los hechos que motiven su formalización.

(...)

Artículo 27. Régimen económico-financiero y patrimonial.

Sería deseable que se incorporase expresamente en el articulado las concretas tasas que el nuevo Organismo gestionará y recaudará, y los elementos esenciales de las mismas, ya que éstos deben venir previstos en una norma con rango de Ley, y motivos de seguridad jurídica aconsejan que sea la Ley de creación de la CNMC la que prevea estos elementos de los tributos, evitando así una dispersión regulatoria en varias Leyes distintas. Esta inclusión específica comportaría la supresión de la Disposición Adicional 13ª.

Lo anterior además, ayudará a clarificar qué tasas serán susceptibles de generar ingresos para la CNMC y cuales otras irán destinadas al Tesoro Público. Así por ejemplo, en el caso de las tasas por numeración, son tasas exigidas en las Directivas Comunitarias, pero en cambio no suponen ingresos en el patrimonio de la CMT, ya que su destino último es el Tesoro Público, de conformidad con el apartado 4 del punto 2 del Anexo I de la LGTel.

Artículo 28. Presupuesto, Régimen de contabilidad y control económico y financiero.

28.1 [in fine]. **El anteproyecto de presupuesto deberá contemplar las previsiones necesarias para asegurar que los ingresos obtenidos por aquellas tasas que conforme a la normativa comunitaria sólo puedan ser destinadas a la financiación de las funciones regulatorias sectoriales, se empleen exclusivamente para tal efecto.**

Artículo 29. Asistencia Jurídica.

Se propone eliminar el apartado 2.

~~2. Las controversias jurídicas que se susciten entre la Administración General del Estado y la Comisión Nacional de Mercados y Competencia se resolverán por el procedimiento previsto en la Disposición adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, de reforma de~~



~~la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje y de Regulación del Arbitraje Institucional en la Administración General del Estado.~~

Disposición adicional segunda. Extinción de organismos

(...)

5. Los Ministerios de Hacienda y Administraciones Públicas y Economía y Competitividad determinarán los saldos de tesorería y los activos financieros de los organismos que se extinguen que deban incorporarse a la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, incorporándose el resto al Tesoro. **En ningún caso se podrán incorporar al Tesoro los saldos de tesorería y los activos financieros que provengan de la recaudación de tasas que según la normativa europea sólo puedan ser destinadas a la financiación de actividades regulatorias.**

6. Los bienes inmuebles y derechos reales de titularidad de los organismos reguladores extinguidos que resulten innecesarios para el ejercicio de sus funciones por la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia se incorporarán al patrimonio de la Administración General del Estado. **Esta incorporación no afectará a los casos en los que estos bienes hayan sido adquiridos con el resultado de tasas que según la normativa europea sólo puedan ser destinadas a la financiación del organismo regulador extinguido o su sucesor.**

Disposición adicional cuarta. Integración del personal de los Organismos Públicos que se extinguen en la Comisión Nacional de Mercados y Competencia

1. El personal funcionario que presta servicios en los Organismos que ahora se extinguen, se integrará **podrá integrarse** en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, o bien **reingresar** en la Administración General del Estado.

~~La integración se llevará a cabo en ambos supuestos de acuerdo con los procedimientos de movilidad establecidos en la legislación de función pública aplicable al personal funcionario de la Administración General del Estado.~~

~~El personal funcionario que se integre en la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia lo hará en la situación de servicio activo en su correspondiente Cuerpo y Escala, con los mismos derechos y obligaciones que hasta ese momento tuviera reconocidos **en el régimen laboral a todos los efectos, quedando en sus Cuerpos y escalas de origen en la situación de servicios en otras Administraciones Públicas, de conformidad con lo establecido en el artículo 88 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.**~~

El personal funcionario que se integre en la Administración General del Estado como consecuencia de las competencias que ésta asuma de los extintos Organismos lo hará en la situación de servicio activo en su correspondiente Cuerpo y Escala con los mismos derechos y obligaciones que hasta ese momento tuviera reconocidos.

~~Igual situación administrativa y garantías tendrán los funcionarios que pasen a prestar servicios en la Administración General del Estado como consecuencia de las competencias que ésta asuma de los extintos organismos.~~

(...)



4. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia ofrecerá a los trabajadores de los distintos Organismos extinguidos que se integren en ella unas condiciones de movilidad geográfica, funcional y organizativa adecuadas y no lesivas de sus derechos retributivos y de promoción profesional para efectuar los eventuales cambios geográficos, funcionales y organizativos derivados de la creación y de las necesidades del nuevo Organismo.

Disposición adicional sexta. Funciones que asume el Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia audiovisual.

En materia audiovisual de ámbito estatal, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo ejercerá, adicionalmente a las que ya tiene encomendadas, las siguientes funciones:

- a) ~~Recibir las comunicaciones de inicio de actividad de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual.~~
- b) ~~La llevanza del Registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual.~~
- c) Decidir sobre cualquier cuestión o incidente que afecte al ejercicio de los títulos habilitantes de servicios de comunicación audiovisual, tales como su duración, renovación, modificación, celebración de negocios jurídicos o extinción.
- d) Verificar las condiciones de los artículos 36 y 37 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en materia de limitación de adquisición de participaciones entre operadores del servicio de comunicación audiovisual.
- e) Certificar la emisión en cadena por parte de los prestadores del servicio de comunicación audiovisual radiofónica que así lo comunicasen, e instar su inscripción, cuando proceda, en el Registro estatal de prestadores de servicios de comunicación audiovisual.
- f) Controlar el cumplimiento de las obligaciones y los límites impuestos por los artículos 19 a 21 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, para la contratación en exclusiva de la emisión por televisión de contenidos audiovisuales.
- g) ~~Ejercer las competencias previstas en los artículos 38 y 39 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en relación con los servicios de comunicación audiovisual prestados desde fuera de España.~~
- h) ~~Resolver sobre el carácter no publicitario de los anuncios de servicio público o de carácter benéfico, previa solicitud de los interesados, de conformidad con lo establecido en la disposición adicional séptima de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual.~~

Disposición adicional séptima. Nuevas funciones que asume la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información del Ministerio de Industria, Energía y Turismo en materia de telecomunicaciones.

[Esta disposición quedaría vacía de contenido, al transferirse las funciones allí recogidas a la CNMC]



Disposición adicional decimotercera. Tasas

El Anteproyecto remite a una ley diferente y que podría resultar aprobada antes que el propio Anteproyecto la determinación de las tasas que corresponderían a la CNMC.

Si ello quiere decir que se defiere a la Ley Presupuestos Generales del Estado para 2012, cuya aprobación puede ser anterior a la del propio Anteproyecto, la configuración de un régimen de tasas específicas para la CNMC, se daría la paradoja de que se estaría instituyendo una tasa para un organismo que, al momento de la redacción del presente Informe (y de la propia aprobación de la Ley de Presupuestos), aún no existiría. Con ello difícilmente podría satisfacerse la exigencia de una memoria económica que acompañe a la ley (requisito de validez absoluto de la tasa), al no hallarse definidos los perfiles del organismo ni sus atribuciones.

Si por el contrario la Disposición se limita a señalar qué tasas de las existentes actualmente han de atribuirse a la financiación del organismo, la Ley de Presupuestos habrá de prestar especial atención al hecho de que las referidas tasas ya no responden a su configuración originaria, dada la pérdida de competencias de las distintas ramas sectoriales respecto a las que actualmente tienen los distintos reguladores, siendo que esa falta de ajuste puede redundar en un vicio de anulabilidad de las liquidaciones que se practiquen.

Por este motivo, y conforme al comentario al artículo 27 se propone la supresión de este precepto.

Alternativamente, se propone que sea el propio Anteproyecto el que fije los elementos esenciales de la tasa que se cree o el que determine las tasas en concreto que hayan de financiar al organismo, conforme a la nueva atribución competencial y conforme al régimen comunitario aplicable.