



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA



**INFORME AL PROYECTO DE REAL
DECRETO POR EL QUE SE
REGULAN MECANISMOS DE
COORDINACIÓN EN MATERIA DE
AYUDAS PÚBLICAS AL
DESPLIEGUE DE REDES DE
BANDA ANCHA**

10 de diciembre 2013

Índice

I.	Antecedentes	4
II.	Contenido	4
III.	Observaciones	5
III.1	Consideraciones generales	6
III.1.1	Seguimiento, publicidad y coordinación de los proyectos de ayudas	6
III.1.2	Asesoramiento, supervisión y control de los proyectos de ayudas	7
III.2	Consideraciones particulares	15
III.3	Propuesta de redacción alternativa	20

INFORME AL PROYECTO DE REAL DECRETO POR EL QUE SE REGULAN MECANISMOS DE COORDINACIÓN EN MATERIA DE AYUDAS PÚBLICAS AL DESPLIEGUE DE REDES DE BANDA ANCHA

La Sala de Supervisión Regulatoria de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, en su reunión de 10 de diciembre de 2013, ha aprobado el presente informe, relativo al Proyecto de Real Decreto por el que se regulan mecanismos de coordinación en materia de ayudas públicas al despliegue de redes de banda ancha (en adelante, proyecto de Real Decreto).

La solicitud de informe preceptivo tuvo entrada en esta Comisión el 30 de octubre de 2013, por la Dirección General de Telecomunicaciones y Tecnologías de la Información de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información (en adelante, SETSI).

Este informe se aprueba en ejercicio de las competencias consultivas de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) en el proceso de elaboración de normas que afecten a su ámbito de competencias en los sectores sometidos a su supervisión, en aplicación del artículo 5.2 a) de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Asimismo, el artículo 6 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, dispone que la CNMC supervisará y controlará el correcto funcionamiento de los mercados de comunicaciones electrónicas. En particular, ejercerá las siguientes funciones:

«5. Realizar las funciones atribuidas por la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de las Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo».

En virtud de lo anterior, el artículo 48.4.h) de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (en lo sucesivo, LGTel), faculta a la CNMC para asesorar al Gobierno y al Ministro de Industria, Energía y Turismo (en adelante, MINETUR), 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.

I. ANTECEDENTES

La Comisión Europea (en adelante, CE) en el marco de la Agenda Digital Europea (en adelante, ADE)¹ se propuso alcanzar en 2020 el siguiente objetivo: i) que todos los europeos tengan acceso a Internet a velocidades muy superiores a 30 Mbps; ii) que el 50% o más de los hogares europeos estén abonados a conexiones a Internet superiores a 100 Mbps.

Para lograr los objetivos propuestos se necesitarán grandes inversiones que, en su mayor parte, provendrán del ámbito privado. No obstante, la Comisión Europea considera que los objetivos de la ADE no pueden alcanzarse sin el apoyo de fondos públicos. Por esta razón, será necesario recurrir a *“financiación pública en consonancia con las normas sobre ayudas estatales y de competencia de la UE”*, para responder a la cobertura, la velocidad y la asunción de objetivos definidos².

El Ministerio de Industria, Energía y Turismo (en adelante, MINETUR), siguiendo los objetivos de la ADE, aprobó en febrero de 2013 la Agenda Digital para España. Dentro de la línea 1, dirigida a *“fomentar el despliegue de redes y servicios para garantizar la conectividad digital”*, se incluyen medidas destinadas a colaborar con las Comunidades Autónomas en la creación de incentivos específicos o líneas de ayuda que contribuyan a alcanzar los objetivos de cobertura y adopción de banda ancha en función de la disponibilidad de fondos nacionales y europeos.

Es en este marco en el que el MINETUR dicta el proyecto de Real Decreto remitido para su informe. Con esta propuesta, el Gobierno trata de regular medidas de coordinación que contribuyan a una utilización más eficaz y eficiente de los recursos públicos que se destinen a la consecución de los objetivos establecidos en estas Agendas y que se ajusten a las previsiones comunitarias en materia de ayudas estatales.

II. CONTENIDO

El proyecto de Real Decreto consta de 4 artículos y tres disposiciones finales.

El **artículo primero** (*Objeto*) concreta que por medio de esta norma se establecerán las actuaciones a realizar por las Autoridades Nacionales de Reglamentación (en lo sucesivo, ANR) para garantizar la adecuada coordinación de los programas de ayudas al despliegue de la banda ancha. Además, el proyecto persigue detallar los instrumentos necesarios que faciliten el cumplimiento de las Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de banda ancha publicadas en el año 2013 (2013/C 25/01) (en adelante, Directrices

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Una Agenda Digital para Europa, COM(2010) 245 final.

² Apartado 2.4, acción clave 8 de la ADE.

comunitarias) por parte de las Administraciones Públicas que pretendan conceder ayudas.

Por su parte, el **artículo 2** (*Coordinación de las medidas de concesión de ayudas al despliegue de redes de banda ancha*) regula: (i) la elaboración por parte del MINETUR de unas orientaciones para las Administraciones que pretendan conceder ayudas que incluirán referencias a las condiciones y tarifas de acceso mayorista (art. 2.1); (ii) la elaboración por SETSI del mapa de cobertura de banda ancha que facilite el diseño de los regímenes de ayudas (art. 2.2); (iii) la emisión de un informe por parte de la SETSI para examinar la compatibilidad de las ayudas que pretendan concederse (art. 2.3); y (iv) la posibilidad de que el MINETUR fije unos umbrales por población o importe de la ayuda por debajo de los cuales no será necesario solicitar el informe previsto en el apartado anterior (artículo 2.4).

El **artículo 3** (*Publicación de información e informes de seguimiento*) prevé la información sobre proyectos de ayudas que publicará la SETSI en Internet.

El **artículo 4** (*Resolución de conflictos de acceso*) establece que la CNMC aprobará un procedimiento ágil de resolución de conflictos en relación con el acceso por terceros operadores a la infraestructura desplegada con ayudas públicas.

Por último, el proyecto de Real Decreto consta de tres disposiciones finales, la primera relativa al título constitucional (art. 149.1.21º Const. 1978), la segunda al desarrollo reglamentario (habilitación del MINETUR) y aplicación y la tercera a la entrada en vigor (al día siguiente de publicación en el BOE).

III. OBSERVACIONES

El proyecto de Real Decreto se justifica como un elemento que contribuirá a la consecución de los objetivos señalados en la ADE y en la Agenda Digital para España. El proyecto persigue garantizar que todas las ayudas al despliegue de infraestructuras de comunicaciones electrónicas que se otorguen para dar cumplimiento a los objetivos de las Agendas digitales europea y para España resulten compatibles con la normativa sectorial de telecomunicaciones y con los planes de banda ancha, así como coherentes con los objetivos de cobertura comprometidos por los operadores móviles.

El control de la compatibilidad de las ayudas al despliegue de redes de banda ancha con el mercado interior corresponde a la CE de conformidad con el artículo 108 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. En desarrollo de esta disposición, la CE elaboró las Directrices comunitarias. Se han publicado dos directrices: las primeras, en el año 2009, y las vigentes, ya citadas, en 2013.

El proyecto de Real Decreto trata de incorporar al derecho interno las distintas funciones que las Directrices comunitarias de 2013 atribuyen a las ANR, tales

como la elaboración de unas directrices generales, la elaboración de informes sobre las condiciones de precios mayoristas o la publicidad de las actuaciones de las Administraciones que otorguen ayudas.

III.1 CONSIDERACIONES GENERALES

El proyecto de Real Decreto incide en dos tipos de funciones a desempeñar por las ANR en relación con los proyectos de despliegue de redes de banda ancha que reciben ayudas públicas:

1. Actividades de seguimiento, publicidad y coordinación.
2. Actividades de asesoramiento, supervisión y control.

III.1.1 Seguimiento, publicidad y coordinación de los proyectos de ayudas

El proyecto de Real Decreto atribuye al MINETUR determinadas funciones de seguimiento y coordinación de proyectos de ayudas, que están ligadas a la planificación y gestión de los proyectos de ayudas públicas al despliegue de redes. El MINETUR, a través de la SETSI, tiene un relevante papel en materia de coordinación y seguimiento de las políticas de ayudas al despliegue de redes por parte de las Administraciones Públicas, así como de publicitar los proyectos aprobados, garantizando una mayor transparencia, a través de:

1. La aprobación de planes de carácter nacional (programas marco) en los que se recojan las condiciones de las ayudas –previo informe de la CNMC y notificación a la CE- a los que podrán adscribirse las distintas Comunidades Autónomas y demás administraciones territoriales sin necesidad de nuevas notificaciones individuales a la CE³.
2. Asimismo, los artículos 1 y 4 del Real Decreto 344/2012 de 10 de febrero, por el que se desarrolla la estructura orgánica básica del MINETUR, establecen que la SETSI ejecutará la política del Gobierno en materia de telecomunicaciones. Bajo esta previsión, el Gobierno podría establecer medidas para evitar el solapamiento de las distintas actuaciones llevadas a cabo por las diferentes Administraciones y evitar duplicidades.
3. Publicación en su página de Internet de las licitaciones en curso y de las características de los proyectos aprobados.
4. Remisión a la CE, cada dos años, del informe sobre el grado de desarrollo de los programas aprobados por el MINETUR o coordinados dentro de un programa marco.

³ Vid apartado 41 de las Directrices comunitarias, en el que se señala que los regímenes marco nacionales para el desarrollo de la banda ancha deben velar por la coherencia en el uso de los fondos públicos, reducir la carga administrativa sobre las pequeñas autoridades que conceden las ayudas y acelerar la aplicación de las medidas individuales de ayuda.

Algunas de estas funciones aparecen recogidas en el artículo 3 del proyecto de Real Decreto. A este respecto, esta Comisión valora positivamente las medidas que incorporan estas funciones y cualquier iniciativa encaminada a la consecución de estos objetivos de mayor coordinación y transparencia de las actuaciones.

III.1.2 Asesoramiento, supervisión y control de los proyectos de ayudas

A través del proyecto de Real Decreto quedan afectadas, sin embargo, las funciones de supervisión y control de las condiciones de explotación a nivel mayorista de las redes de telecomunicaciones, propias de la CNMC. Estas funciones persiguen minimizar el impacto negativo de los proyectos desarrollados con ayudas públicas en la competencia general de los mercados de comunicaciones electrónicas. Así, el proyecto de Real Decreto, bajo el título de coordinación en materia de ayudas públicas, desapodera a la CNMC del ejercicio directo de sus funciones en materia de asesoramiento, supervisión y control de las condiciones de competencia de los mercados.

Por otra parte, el proyecto de Real Decreto no tiene en cuenta que la CNMC tiene atribuidas funciones más amplias en materia de ayudas públicas en virtud del artículo 5.1.e) de la Ley CNMC, en relación con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, sobre todo tipo de sectores y mercados. Así, su competencia no se limita a la supervisión de los precios y condiciones de acceso mayoristas.

Sobre la normativa y directrices comunitarias

La normativa comunitaria es clara sobre la competencia en materia de supervisión de precios y condiciones de acceso mayorista y de resolución de los litigios entre empresas. En concreto, el artículo 3.3 bis de la Directiva Marco⁴ exige que una ANR independiente decida sobre estas cuestiones, en los siguientes términos:

«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.»

Por lo que se refiere a las funciones de las ANR en relación con las ayudas estatales al despliegue de redes de banda ancha, la CE ha señalado en las Directrices comunitarias una serie de actividades a desarrollar por estas

⁴ 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)

entidades que contribuirían a una mejor planificación y gestión de los proyectos, así como a minimizar los efectos negativos que toda ayuda estatal produce en la competencia en el mercado.

No obstante, el papel de las ANR en el ámbito de las Ayudas de Estado no ha sido siempre igual, sino que la CE ha ido ampliando las funciones de estas entidades como consecuencia de una mayor experiencia tras las Directrices de 2009.

Así, en el año 2013, las Directrices comunitarias recogen un mayor elenco de funciones a llevar a cabo por las ANR:

- De un lado, funciones que vienen a garantizar una mayor transparencia de las actuaciones.
- De otro, funciones dirigidas a lograr un mejor diseño de los proyectos tanto:
 - Antes de su planificación, mediante la elaboración de orientaciones sobre precios y condiciones de acceso⁵.
 - Durante el diseño del programa concreto, entre las que se incluyen propuestas de creación de programas marco a nivel estatal, junto con funciones de asesoramiento caso a caso sobre cobertura, acceso y precios⁶.
 - Durante su puesta en marcha, supervisando precios y condiciones de acceso o remitiendo informes a la CE sobre la evolución de los proyectos⁷.

Las Directrices de 2013 asignan estas funciones a las ANR con carácter general. Sin embargo, la CE ha señalado la ANR responsable de las distintas funciones en las Decisiones individuales en relación con cada uno de los programas notificados, en las que la CE se pronuncia sobre su compatibilidad, de conformidad con el artículo 107 del TFUE.

Por lo que se refiere a España, la CE ha reconocido el asesoramiento por parte de la CMT (ahora CNMC) durante la planificación de los proyectos. A modo de ejemplo, en el último programa de ayudas notificado por el MINETUR, el programa de “Extensión de la banda ancha de alta velocidad en España (PEBA-NGA)”⁸ (en adelante, Programa PEBA-NGA), la CE, cuando se refiere al diseño del mapa de cobertura y de la medida en general, señala entre sus considerandos que:

⁵ Apartado 42 y 78.g) de las Directrices comunitarias.

⁶ Apartados 78.a), b), h) de las Directrices comunitarias.

⁷ Apartados 78.j) y k) de las Directrices comunitarias.

⁸ Ayuda estatal SA.35834 (2012/N) – España de 5 de julio de 2013.

«(10) (...) La Autoridad Nacional de Reglamentación (ANR) tiene conocimiento del régimen notificado desde el inicio de su planificación y expresó sus puntos de vista sobre el régimen original⁷(...).

Nota al pie 7: La ANR (Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones — CMT) emitió su dictamen favorable (sin objeciones) sobre la anterior medida el 1 de diciembre de 2010.».

Otro ejemplo del papel atribuido a la CNMC, en el ámbito del examen con carácter previo a la notificación de un proyecto a la CE, se recoge en la Decisión comunitaria de Xarxa Oberta⁹ en la se señala que:

«Por carta de 23 de marzo de 2010, la autoridad nacional reguladora en España, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (CMT), presentó a la Comisión datos de mercado sobre la disponibilidad en las zonas afectadas por la medida (es decir, en la región de Cataluña) de redes de acceso, operadores de banda ancha mediante bucle local desagregado, instalaciones de retorno e infraestructuras de fibra oscura.».

Por lo tanto, resulta claro que la CE reconoce que la CNMC debe tener conocimiento de los regímenes que se le notifiquen desde el inicio de la planificación.

Por lo que se refiere a la ejecución de los programas considerados compatibles por la CE, las autoridades comunitarias han indicado también en numerosas ocasiones que es la CNMC la que deberá supervisar los precios y las condiciones de acceso¹⁰. Así sucedió, por ejemplo, en el proyecto de Xarxa Oberta en el que, una vez notificado, la CE atribuyó a la CNMC funciones de supervisión de precios y condiciones mayoristas. En el ejercicio de esta función, la CNMC ha dictado varias resoluciones relativas a los precios del proyecto de Xarxa Oberta¹¹.

⁹ Ayuda de Estado n° N 407/2009 –Fibra óptica en Cataluña (Xarxa Oberta).

¹⁰ Por ejemplo: Ayuda de Estado n° N 407/2009 –Fibra óptica en Cataluña (Xarxa Oberta); Ayuda de Estado n° N 699/2009 – Desarrollo del programa de infraestructuras de telecomunicaciones en la Región de Murcia; Ayuda de Estado n° N424/2010 – Ayudas para el despliegue de infraestructuras de banda ancha en el marco del Plan Director de Banda Ancha de Galicia 2010–2013; Ayuda de Estado n° N 304/2010 – Programa Avanza Nuevas Infraestructuras de Telecomunicaciones; Ayuda de Estado n° SA.33099 – La banda ancha de alta velocidad en La Rioja y Ayuda estatal SA.35834 – Extensión de la banda ancha de alta velocidad en España (PEBA-NGA).

¹¹ Resolución de la CMT de 28 de julio de 2011 relativa al análisis y revisión de los precios de la Oferta de servicios mayoristas presentada por la Generalitat de Catalunya en el marco del proyecto “Xarxa Oberta” (MTZ 2011/302) y Resolución de la CMT de 17 de mayo de 2012 relativa al análisis y revisión del segundo catálogo de precios de la Oferta de servicios mayoristas presentada por la Generalitat de Catalunya en el marco del proyecto “Xarxa Oberta” (MTZ 2011/2666).

Esta misma función de supervisión *a posteriori* de condiciones de acceso y precios mayoristas ha sido reconocida por la CE en la mencionada Decisión sobre el Programa PEBA-NGA. En concreto, la Decisión señala:

«(27) El Ministerio controlará que los beneficiarios cumplan todos los requisitos para recibir ayuda. La medida notificada prevé la adopción de un régimen de control que permita capturar los costes de ejecución del proyecto subvencionado. Además, la CMT intervendrá durante un periodo de 7 años en todos los aspectos relacionados con el acceso mayorista (precios, características técnicas, plazos, etc.). En caso de que el operador no cumpla la obligación de acceso al por mayor, la CMT aplicará las sanciones (de hasta 5 veces el beneficio) previstas en la Ley General de Telecomunicaciones.»

En conclusión, **la CE considera que debe ser la ANR independiente**, a la que se refiere el artículo 3.3. bis de la Directiva Marco, **la que participe en el diseño de la medida y en la supervisión posterior de los precios y condiciones de acceso mayorista**. Para el caso español, la CE ha señalado expresamente en sus Decisiones de ayudas públicas a proyectos de despliegue de redes de banda ancha que es la CNMC la ANR encargada de estas funciones.

Sobre la normativa nacional

La legislación nacional también atribuye las competencias de supervisión y control de los precios y condiciones de acceso mayoristas a la CNMC. Así, de conformidad con el artículo 1.2 de la Ley CNMC, esta Comisión *“tiene por objeto garantizar, preservar y promover el correcto funcionamiento, la transparencia y la existencia de una competencia efectiva en todos los mercados y sectores productivos”*.

Esta función se desarrolla en el artículo 5 de la Ley CNMC, para cuyo ejercicio se atribuye a la CNMC la labor de *“supervisión y control de todos los mercados y sectores económicos”*, remitiéndose en el apartado 3 a los artículos 6 a 11 de la Ley para las funciones específicas en los mercados de comunicaciones electrónicas y comunicación audiovisual.

A este respecto, el artículo 6 de la Ley CNMC explicita el conjunto de funciones que contribuirán a la realización de este objeto en el sector de las telecomunicaciones, concretamente, la CNMC ejerce las siguientes funciones:

- Definir y analizar los mercados de referencia de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, identificar a los operadores que posean poder significativo de mercado en dichos mercados e imponer obligaciones específicas que correspondan a dichos operadores, para que los mercados se desarrollen en condiciones de competencia efectiva.

Entre ellas, le corresponde a la CNMC la fijación de los precios y condiciones de acceso mayorista (cuando regula mercados mayoristas).

- Resolver los conflictos en los mercados de comunicaciones electrónicas a los que se refiere el artículo 12.1ª) de la Ley, entre los que se encuentran los conflictos en materia de acceso e interconexión derivados de las obligaciones impuestas por la CNMC o de otras condiciones establecidas en la normativa sectorial de telecomunicaciones y los conflictos de compartición de infraestructuras (art. 30 de la LGTel).
- Realizar las funciones atribuidas por la LGTel.

La LGTel atribuye las siguientes funciones a la CNMC, adicionales a las ya mencionadas. En primer lugar, y en virtud de su artículo 11.4, la CNMC podrá intervenir en las relaciones entre operadores o entre operadores y otras entidades que se beneficien de las obligaciones de acceso e interconexión, a petición de cualquiera de las partes implicadas o de oficio cuando esté justificado, para garantizar la interconexión entre redes, la interoperabilidad de servicios y los objetivos del artículo 3 de la LGTel. Así, en virtud del art. 12.2 de la LGTel, la CNMC puede imponer obligaciones para garantizar la conexión de extremo a extremo y la interconexión de redes.

En segundo lugar, el artículo 48.4.e) de la LGTel atribuye a la CNMC la potestad de intervención para garantizar la pluralidad de la oferta, el acceso y la interconexión en condiciones de red abierta, función que constituye un instrumento relevante para una regulación eficaz del sector.

Finalmente, el artículo 8.4 de la LGTel faculta a la CNMC para imponer condiciones especiales a las Administraciones Públicas que actúen como operadores de comunicaciones electrónicas, en los supuestos en que se perciba que su actuación puede distorsionar la libre competencia.

En el desarrollo de estas funciones, la CNMC podrá adicionalmente dictar las disposiciones de desarrollo y ejecución de las leyes, reales decretos y órdenes ministeriales que se aprueben en los sectores sometidos a su supervisión cuando le habiliten expresamente para ello (art. 30 de la Ley CNMC). Estas disposiciones, que adoptan la forma de Circulares, tienen rango reglamentario, según ha declarado en ocasiones anteriores el Tribunal Supremo¹².

¹² Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de diciembre de 2004, en relación con el recurso de casación interpuesto por Telefónica de España, S.A.U. contra una Resolución de la Presidencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones de 4 de noviembre de 1999, sobre la implantación de la preasignación de operador por los operadores dominantes en el mercado de redes públicas de telecomunicaciones fijas.

En desarrollo de esta normativa, el 15 de junio de 2010 la CNMC dictó la Circular 1/2010¹³, que recoge determinados procedimientos a seguir por las AAPP en sus actividades en los mercados de comunicaciones electrónicas, con carácter previo a la notificación de sus proyectos de ayudas a la CE (art. 10 y disposición adicional primera) y determinados principios generales de actuación de las entidades públicas (art. 4).

Mediante carta de 14 de junio de 2010, la CE manifestó su conformidad con las funciones que la CNMC reguló en la Circular 1/2010. Así, la CE distinguía tres tipos de actuaciones que pueden llevar a cabo las ANR en el marco de las ayudas estatales al despliegue de banda ancha¹⁴:

«Primero, podrían intervenir ex-ante asesorando a las administraciones públicas en el diseño de medidas de banda ancha que sean compatibles con lo estipulado en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como en el proceso de notificación ante la Comisión. Segundo, y de acuerdo con lo dispuesto por las Directrices citadas, podrían supervisar y facilitar la implementación de la medida en los términos en que ha sido autorizada por la Comisión Europea. Y tercero, podrían coordinar las diversas iniciativas locales para evitar una avalancha de pequeños proyectos (...) definiendo una medida más general, incluso a nivel nacional, que sirviera de paraguas a las diversas administraciones para otorgar las ayudas y realizar los proyectos destinados a solventar un fallo de mercado.» (El subrayado es nuestro).».

De las tres funciones descritas por la CE, como se ha señalado anteriormente, es claro que le corresponde al MINETUR la coordinación de las iniciativas locales para evitar una avalancha de pequeños proyectos. Respecto del resto de las actividades, la competencia recae sobre la CNMC de conformidad con las Directivas de comunicaciones electrónicas, la normativa nacional, las Directrices comunitarias y las Decisiones individuales en las que la CE se ha pronunciado sobre los proyectos notificados.

La Circular 1/2010 se está modificando actualmente (procedimiento MTZ 2013/502, en tramitación). En dicha modificación se ha previsto incluir referencias a las condiciones de acceso y fijación de precios que servirán para que las AAPP orienten sus actuaciones a la hora de conceder ayudas al

¹³ Circular 1/2010, por la que se regulan las condiciones de explotación de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas (en adelante, Circular 1/2010).

¹⁴ Escrito de 14 de junio de 2010 dirigido a la CMT por la Dirección General de Competencia de la CE en relación con el proyecto que dio lugar a la aprobación de la Circular 1/2010.

despliegue de redes asumiendo el nuevo papel que las Directrices comunitarias de 2013 asignan a la CNMC¹⁵.

En conclusión, la publicación de directrices sobre el análisis de mercado y los productos de acceso mayorista y precios; la determinación de los precios y las condiciones de acceso mayoristas, y la resolución de los litigios entre los solicitantes de acceso y el gestor de la infraestructura subvencionada son funciones que corresponde realizar directamente a la CNMC, en el marco de su ámbito de autonomía e independencia.

Por último, el proyecto de LGTel que se encuentra actualmente en tramitación en el Congreso de los Diputados contiene una disposición adicional decimocuarta donde se prevé que:

«Por real decreto se identificarán los órganos competentes y se establecerán los procedimientos de coordinación entre Administraciones y Organismos públicos, en relación con las ayudas públicas a la banda ancha, cuya convocatoria y otorgamiento deberá respetar en todo caso el marco comunitario.».

Sin embargo, el proyecto de Ley todavía no se ha aprobado. Por ello, esta Comisión se cuestiona si se pretende aprobar el Real Decreto en la actualidad o si sufrirá modificaciones después de la aprobación de la LGTel –en cuyo caso sería conveniente conocer esas modificaciones-. Asimismo, la CNMC entiende que si el Real Decreto se aprobase en la actualidad podría considerarse que infringe el artículo 8.4 de la LGTel.

Sobre el procedimiento regulado en la Circular 1/2010

Como se ha señalado, ante la necesidad de implementar a nivel interno y de forma clara para el sector el procedimiento para el ejercicio de estas funciones de asesoramiento y supervisión, la CNMC aprobó la Circular 1/2010. En los artículos décimo y disposición adicional primera de esta norma, se regulan los procedimientos a seguir con carácter previo a la notificación a la CE con el fin

¹⁵ Estas orientaciones están previstas en las Directrices comunitarias, en el apartado 78.g). Concretamente, en la propuesta de modificación de la Circular 1/2010 sometida a información pública se preveía:

“4. Las actividades de comunicaciones electrónicas previstas en este artículo deberán realizarse conforme a las siguientes condiciones:

- a) Deberá facilitarse al resto de los operadores un acceso completo y no discriminatorio a la información sobre la infraestructura desplegada (incluidas conducciones, distribuidores en la calle, fibra, etc.) en el marco de la medida;*
- b) Deberá proporcionarse un acceso razonable a las infraestructuras que formen parte del proyecto;*
- c) Los precios de los servicios mayoristas deberán ajustarse a los establecidos en las ofertas de referencia aprobadas por la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones para esos servicios, en el caso de no existieran precios de referencia para un determinado producto, se tomarán como criterio los precios medios de ese producto en zonas más competitivas y en su defecto, se orientarán a costes.”*

Informe al proyecto de Real Decreto por el que se regulan mecanismos de coordinación en materia de ayudas públicas al despliegue de redes de banda ancha

de que la CNMC elabore el informe sobre el diseño de la ayuda y las medidas establecidas para garantizar la adecuación con la situación competitiva de la zona afectada.

En concreto, el artículo décimo se refiere al supuesto en el que una Administración Pública decide ejecutar directamente un proyecto e intervenir sin sujetarse al principio del inversor privado en una economía de mercado, esto es, que implique la existencia de una ayuda estatal. Por su parte, la disposición adicional primera se refiere a aquellos proyectos en los que el beneficiario de la ayuda estatal será un operador que actúa en el mercado.

En ambos casos, la Circular 1/2010 exige que se realice una consulta pública sobre la opinión de los operadores acerca del proyecto y de sus planes de inversión en la zona y que se notifique con anterioridad a la CNMC para la publicación de un enlace a la misma en la página de Internet de esta Comisión. Una vez realizada la consulta y elaborado el mapa de cobertura de los operadores existentes en la zona, la Administración deberá remitir a la CNMC el proyecto al que acompañará una serie de documentos¹⁶. A partir de ahí, la CNMC elabora el correspondiente informe que se notifica a la Administración Pública responsable del proyecto para que lo acompañe con el resto de la documentación que envía a la CE.

En su informe, la CNMC realizará un análisis de sustituibilidad de los servicios que se pretendan prestar a fin de estudiar cómo podría afectar el proyecto a la libre competencia. Si entiende que puede afectar negativamente, la CNMC dictará resolución estableciendo las condiciones a las que, en su opinión, habrá de sujetarse la Administración Pública para garantizar que no haya distorsión de la libre competencia – en virtud del artículo 8.4 de la LGTel-. En concreto, los informes realizados por la CNMC se han centrado en revisar el mapa de cobertura del proyecto, las condiciones de acceso mayorista y los precios, además de realizar observaciones acerca de si se han respetado el resto de las exigencias establecidas en las Directrices comunitarias tales como la neutralidad tecnológica, la convocatoria mediante licitación abierta, etc.¹⁷

¹⁶ Por ejemplo, el artículo 10 señala que se deberá remitir la siguiente documentación: a) Las condiciones técnicas de la red o de la prestación del servicio; b) el ámbito de cobertura del servicio o de la red, indicando si hay otros operadores que prestan servicios análogos en las zonas afectadas, y aportando un mapa detallado de todo ello; c) los requisitos que se establezcan por la Administración para ser beneficiario del servicio; d) el plan de negocio, en el que detallen, entre otros, los ingresos previstos y las fuentes de financiación; e) una memoria de competencia, y f) los resultados de la consulta pública.

¹⁷ Resoluciones aprobadas a proyectos con anterioridad a su notificación a la CE:

III.2 CONSIDERACIONES PARTICULARES

A continuación, se formulan algunas observaciones particulares sobre los artículos del proyecto de Real Decreto.

Artículo 2. *Coordinación de las medidas de concesión de ayudas al despliegue de redes de banda ancha*

El artículo 2 atribuye al MINETUR las funciones citadas anteriormente que actualmente desarrolla la CNMC en el ejercicio de sus competencias. De aprobarse esta norma, se entiende que gran parte de la Circular 1/2010 quedaría vacía de contenido y se produciría una situación de grave inseguridad jurídica, puesto que dicha Circular establece la regulación contenida en el proyecto de Real Decreto y éste no contempla la vigencia de la Circular -o su engarce con la nueva regulación del Real Decreto-.

De forma adicional al problema competencial ya apuntado en las Consideraciones generales, con este Real Decreto parece duplicarse la actividad de las ANR competentes. La creación de la CNMC respondió, entre otros motivos, a un objetivo de evitar duplicidades y aprovechar sinergias, por lo que no se comparte que una actividad que se está desarrollando de forma transparente con las AAPP y de forma eficiente se duplique a través de la disposición analizada.

Apartado 1

El artículo 2.1 del proyecto de Real Decreto establece que mediante Orden del MINETUR se aprobarán unas orientaciones a las Administraciones Públicas que pretendan conceder ayudas al despliegue de redes entre las que se incluirán unas directrices sobre los principios aplicables a la fijación de las condiciones y tarifas de acceso mayoristas. En relación con este último contenido, la CNMC aportará “una propuesta para incluir en esta Orden en relación con los principios aplicables a la fijación de las condiciones y tarifas de acceso mayorista”.

Teniendo en cuenta las funciones de la CNMC anteriormente mencionadas, las directrices sobre condiciones y precios mayoristas de la CNMC no han de estar sujetas a su posible inclusión en una Orden ministerial, cuando la propia CNMC tiene un instrumento de rango reglamentario precisamente establecido para dictar este tipo de directrices: las instrucciones o circulares.

El mecanismo de coordinación establecido en el artículo 2.1 del proyecto de Real Decreto –que prevé que la CNMC remitirá una propuesta sobre precios y acceso para incluir en esa Orden–, afecta a la independencia funcional y la autonomía en el ejercicio de sus funciones por diversos motivos:

- En primer lugar, una vez que los principios elaborados por la CNMC se incorporen a la Orden ministerial, la CNMC no podrá modificarlos

directamente, ni adaptarlos a las nuevas circunstancias que exijan los mercados.

- En segundo lugar, puesto que el proyecto de Real Decreto no establece claramente si el MIEyT incorporaría directamente las directrices de la CNMC en su totalidad o si, por el contrario, llevaría a cabo cambios que afecten a su contenido, si se produjese esta última circunstancia, supondría una intromisión grave en el ámbito de actuación propio de esta Comisión.

Por ello, ha de arbitrarse un mecanismo de actuación más coherente entre ambas ANR. En el presente informe, se incluye una propuesta de redacción de este apartado en la que se atribuye a la CNMC dictar las orientaciones en materia de precios y condiciones de acceso y, al MINETUR señalar las orientaciones sobre coordinación entre proyectos.

Por otro lado, a pesar de que en el proyecto de Real Decreto se citan expresamente las funciones de la CNMC en relación únicamente con los principios aplicables a la fijación de las condiciones y tarifas de acceso mayoristas, como se ha señalado con anterioridad, dicha mención en ningún caso puede entenderse como una descripción exhaustiva de las funciones que sobre ayudas públicas corresponden a la CNMC, en virtud del art. 5.1.e) de la Ley CNMC, que se extienden más allá del ámbito de los precios y las condiciones de acceso mayorista.

Apartado 2

El artículo 2.2 señala que la SETSI elaborará un mapa detallado de cobertura de banda ancha que facilite el diseño de regímenes de ayuda.

El apartado 78.a de las Directrices comunitarias prevé la colaboración de la ANR competente con la Administración concedente de la ayuda estatal para la identificación de las zonas geográficas objeto del proyecto. La delimitación de las zonas de actuación para su posterior clasificación como blancas, grises o negras en función del número de redes desplegadas en la zona incide en dos esferas de actuación. Para el MIEyT es una herramienta esencial que le permitirá ayudar y coordinar a las Administraciones Públicas para evitar el solapamiento de los ámbitos donde se realizarán las intervenciones como consecuencia de los distintos programas de ayudas.

Sin embargo, esto no obsta para que por parte de la CNMC, como autoridad que gestiona datos de cobertura sobre el despliegue de redes de banda ancha en el ejercicio de sus funciones de supervisión de los mercados, se contraste el mapa remitido por la entidad que concede la ayuda con los datos que obran en su poder a la hora de elaborar el informe correspondiente, para su remisión posterior a la CE. Esta función contribuirá a que la ayuda esté orientada hacia áreas a donde la iniciativa privada difícilmente acudiría.

Apartado 3

En este apartado se atribuye a la SETSI la competencia para elaborar los informes de compatibilidad de las ayudas con el régimen jurídico de las telecomunicaciones. Literalmente se señala que en dicho informe se podrá incluir una evaluación sobre la adecuación de las ayudas a las condiciones establecidas en las directrices comunitarias *“recogiendo los requisitos relativos a precios y condiciones de acceso mayorista que hayan sido manifestados por la CNMC”*, que se emitirá con carácter previo a la notificación del proyecto de ayuda a la CE.

- En primer lugar, este apartado afecta de nuevo, como se ha señalado en las Consideraciones generales, al ámbito competencial de la CNMC, al reservar a la SETSI la competencia para elaborar informes que incluirán previsiones en materia de condiciones de acceso y precios mayoristas, informes que deben realizarse y notificarse directamente por la CNMC, como autoridad responsable de la supervisión y, en su caso, establecimiento de condiciones de acceso y precios mayoristas.

De hecho, el análisis y establecimiento de los requisitos básicos de las condiciones de acceso y precios necesarios lo lleva a cabo en la actualidad la CNMC en el marco de la aplicación del artículo 10 y la disposición adicional 1ª de la Circular 1/2010. El ejercicio de estas competencias ha sido validado por la Audiencia Nacional en las Sentencias firmes de 21 de marzo, 28 de mayo y 31 de mayo de 2012.

Asimismo, resulta difícil pensar en qué otras cuestiones fuera de los precios y condiciones de acceso mayorista pueden ser objeto del informe previsto en este artículo en *“relación con el régimen jurídico de las telecomunicaciones”*, por lo que esa parte debería mantenerse dentro del ámbito de actuación de la CNMC.

Además, la afectación del ámbito de autonomía funcional e independencia de la CNMC se produce también desde otra perspectiva. Así -y sin perjuicio del argumento principal, que consiste en que corresponde a la CNMC la elaboración y remisión de los mencionados informes- esta Comisión considera que incluso si se adoptasen sin modificación alguna las consideraciones de la CNMC en las materias de su competencia, vulnera su ámbito de autonomía el que dichas orientaciones tengan que incorporarse a un informe de la SETSI, en lugar de informar la CNMC directamente, como se puso de manifiesto en las observaciones al artículo 2.1.

- En segundo lugar, estos nuevos trámites podrían suponer una carga adicional y la dilatación de los procedimientos, máxime cuando en la actualidad la Circular 1/2010 ya regula este procedimiento que permite

que la Administración Pública interesada se dirija directamente a esta Comisión.

- En tercer lugar, otra cuestión ligada a la implementación de este artículo surge del hecho de que el MINETUR lidera el otorgamiento de ayudas para el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas. Con el actual proyecto, se daría la circunstancia de que el MINETUR sería parte interesada. De esta forma, otorgaría la ayuda y emitiría su propio informe de conformidad lo que podría cuestionar la necesaria independencia que conlleva esta labor¹⁸.
- En cuarto lugar, en virtud del artículo 5.1 de la Ley CNMC (que en los aspectos de fondo se remite a la vigente Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia), la CNMC podrá emitir informes de ayudas sobre cuantas cuestiones puedan producir efectos sobre el mantenimiento de la competencia efectiva en todo tipo de sectores y mercados (incluido el de ayudas a la banda ancha). Esta circunstancia debería ser tenida en cuenta en el proyecto de Real Decreto de una forma más clara para evitar disfuncionalidades.
- Por último, la terminología empleada en este artículo es la recurrentemente utilizada por la CE para realizar el control de las ayudas de Estado que le atribuye, en exclusiva, el artículo 108 del TFUE y podría dar lugar a confusión. Por ello, en el caso de que se mantenga esta previsión, se propone que se incluya una referencia expresa a que corresponde a la CE la competencia decisoria y última para valorar la adecuación de las ayudas notificadas a las Directrices comunitarias y, en general, al Derecho comunitario.

Apartado 4

El artículo 2.4 incorpora la posibilidad de fijar, por orden ministerial, umbrales de población o de importe de la ayuda por debajo de los cuales no se necesitará solicitar el informe previsto en el apartado anterior.

Esta previsión está incluida en el proyecto de modificación de la Circular 1/2010 que se remitió al MINETUR el 8 de agosto de 2013. Por ello, esta Comisión no tiene nada que objetar en tanto que los criterios para la determinación de los umbrales –volumen de inversión y población- son los propuestos por la CNMC en la modificación de la Circular 1/2010, que el MINETUR conoce, y que se encuentra en tramitación.

En particular, en el proyecto sometido a consulta pública se ha propuesto un umbral para proyectos de entidades territoriales cuya población sea inferior a

¹⁸ La SETSI ha aprobado diversos programas de ayudas a la banda ancha conocidos como “Plan Avanza”. En 2013, ha aprobado el programa de “*Extensión de la banda ancha de alta velocidad en España (PEBA-NGA)*”

20.000 habitantes o de importe total de inversión para un periodo de tres años inferior a 200.000€ brutos, estando pendiente de decisión. La propuesta de estos umbrales se ha llevado a cabo en base a la experiencia acumulada por esta Comisión en aplicación de la Circular 1/2010 y teniendo en cuenta las condiciones de competencia e impacto en el mercado.

Esta Comisión considera que le sigue correspondiendo establecer este tipo de umbrales, como ANR encargada de examinar la incidencia de los proyectos de ayudas en las condiciones de competencia de los mercados, a través de la Circular mencionada y de sus sucesivas actualizaciones.

De forma adicional, se sugiere que se incluya la advertencia de que la exención de solicitar el informe no implica que la ANR no podrá analizar de oficio la compatibilidad de los proyectos que entienda necesarios.

Artículo 3. *Publicación de información e informes de seguimiento*

En el artículo 3, se encomienda a la SETSI la publicación en Internet de determinada información sobre los planes de despliegue, así como la comunicación a la CE de los informes de seguimiento de determinadas medidas de ayuda¹⁹. Sin perjuicio de la valoración positiva de este artículo, sería interesante que se incluyese una previsión sobre el envío de una copia de esos informes a la CNMC, en cuanto que responsable de garantizar la efectiva competencia en el sector y en relación con sus labores de promoción de la competencia.

Artículo 4. *Resolución de conflictos de acceso*

El artículo 4 establece que la CNMC tendrá que aprobar un procedimiento para la resolución de conflictos en relación con el acceso por terceros operadores a la infraestructura desplegada con ayudas públicas. Por tanto, el proyecto de Real Decreto recoge las funciones de la CNMC en materia de resolución de este tipo de conflictos.

Cabe recordar que la resolución de conflictos es competencia plena de esta CNMC, por disposición de la Ley, y por tanto debe quedar excluida de cualquier intervención normativa de la Administración.

¹⁹ Estas medidas están previstas en las Directrices comunitarias:

- Elaboración de una página central de internet a nivel nacional con la publicación de todos los procedimientos de licitación en curso (apartado 78.c).
- Publicación durante 10 años a nivel central en una página de Internet de la información sobre la ayuda concedida (apartado 78.j).
- Notificación a la CE cada dos años de la información clave sobre los proyectos de ayuda (apartado 78.k).

Por tanto, se propone que el artículo 4 recoja únicamente que la CNMC resolverá, en base a sus competencias, los conflictos que se ocasionen en la materia.

III.3 PROPUESTA DE REDACCIÓN ALTERNATIVA

De acuerdo con a lo anterior, se recomienda modificar los artículos 2.1, 2.3, 2.4 y 3.2 del proyecto de Real Decreto, en el siguiente sentido:

Artículo 2.1

«1. Mediante Orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo se aprobarán unas orientaciones destinadas a coordinar los proyectos de las Administraciones Públicas que pretendan conceder ayudas para el despliegue de redes de banda ancha.

La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia desarrollará por Circular se incluirán unas directrices sobre los principios aplicables a la fijación de las condiciones y tarifas de acceso mayorista, (...).

~~La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aportará al Ministerio de Industria, Energía y Turismo una propuesta para incluir en esta Orden en relación con los principios aplicables a las fijación de las condiciones y tarifas de acceso mayorista.».~~

Artículo 2.3

«(...)

En su informe la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información se pronunciará sobre la compatibilidad de las ayudas promovidas en relación con ~~el régimen jurídico de las telecomunicaciones y con los planes de banda ancha aprobados por la autoridad competente en materia de telecomunicaciones.~~ El informe tendrá carácter vinculante en lo que se refiere a dicha compatibilidad. Una copia de este informe se remitirá a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

~~En dicho informe se pedirá~~ Por su parte, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se pronunciará incluir asimismo llevando a cabo una evaluación sobre la adecuación de las ayudas a las condiciones establecidas en las directrices de la Unión Europea y recomendaciones para su cumplimiento, recogiendo los requisitos relativos a los precios y condiciones de acceso mayorista y en general pronunciándose sobre cualesquiera otras cuestiones que afecten al mantenimiento de la competencia

~~*efectiva en los mercados pertinentes que hayan sido manifestados por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en el informe que emita a solicitud de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información.*~~

~~*La Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información solicitará informe a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en relación con los requisitos relativos a los precios y condiciones de acceso mayorista correspondientes a los proyectos de regímenes de ayudas que le hayan sido comunicados por administraciones públicas conforme a lo previsto en este apartado. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia emitirá dicho informe en el plazo máximo de dos meses.».*~~

Artículo 2.4

~~*«Mediante Orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo Circular de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia se podrán establecer umbrales, referidos a la población beneficiada por el programa de ayudas para el despliegue de redes de banda ancha o al importe de la ayuda a conceder, por debajo de los cuales se podrá reemplazar la solicitud de informe de la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y para la Sociedad de la Información a que se refiere el apartado anterior, por declaración del órgano competente de la Administración Pública que concede las ayudas, acompañada de la documentación que se establezca en dicha Orden Circular.*~~

~~*La excepción anterior a través de los umbrales no impide en ningún caso el ejercicio de las competencias de las Autoridades Nacionales de Reglamentación para requerir información y analizar los proyectos en caso necesario.».*~~

Artículo 3.2

~~*«Del informe de seguimiento se enviará una copia a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.».*~~

Artículo 4

~~*«De los La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia establecerá y publicará un procedimiento ágil de resolución de conflictos en relación con el acceso por terceros operadores a la infraestructura desplegada con ayudas públicas conocerá la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, de conformidad con sus competencias establecidas en la Ley 3/2013, de 4 de junio, y en la Ley [3/2003, de 3 de noviembre].».*~~



COMISIÓN NACIONAL DE LOS
MERCADOS Y LA COMPETENCIA

