



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

D. JOSE GIMENEZ CERVANTES, 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 13/01 del Consejo de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones celebrada el día 29 de marzo de 2001, se ha adoptado el siguiente

ACUERDO

Por el cual, en el marco de la tramitación del Expediente número RO 2001/4340, se aprueba el siguiente:

INFORME DE LA COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES EN RELACIÓN CON EL PROYECTO DE REAL DECRETO DE APROBACIÓN DEL REGLAMENTO DEL PROCEDIMIENTO DE AUTORIZACIÓN PREVISTO EN 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, ELABORADO POR EL MINISTERIO DE ECONOMÍA.

I. ANTECEDENTES

Primero.- El artículo 34 y la Disposición Transitoria Quinta del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, modificado por la Ley 14/2000, de 29 de diciembre, establecen un procedimiento de control de las participaciones de personas físicas y jurídicas en sociedades que operen en determinados mercados, entre ellos en los de telefonía fija y móvil. Dicho procedimiento ha de ser aplicado por esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (en adelante CMT).



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Asimismo, y con un carácter más general, la normativa sectorial de telecomunicaciones, singularmente los artículos 1.Dos.1 y 1.Dos.2, letra G, de la Ley 12/1997, de 24 de abril, de Liberalización de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre, otorga a esta Comisión competencias de control de concentraciones empresariales que afecten al mercado de las telecomunicaciones.

Segundo.- Concretamente el artículo 34.Cinco del citado Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, dispone en su párrafo primero que *“...la Comisión Nacional de la Energía y la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones podrán autorizar, cada una en el ámbito de sus respectivas competencias, el ejercicio de los derechos de voto correspondientes al exceso respecto de las participaciones, o la designación de miembros de los órganos de administración, siempre que ello no favorezca el intercambio de información estratégica entre operadores ni implique riesgo de coordinación de sus comportamientos estratégicos”*, y seguidamente establece en su párrafo segundo que, *“reglamentariamente se determinará la forma y el procedimiento a través de los cuales se concederán las autorizaciones previstas en este artículo”*.

Tercero.- Mediante Oficio de fecha 13 de marzo de 2001 el Ministerio de Economía ha remitido a la CMT el Proyecto de Real Decreto para la aprobación del Reglamento de constante referencia, en orden a que esta Comisión pueda realizar las observaciones que estime oportunas antes de su aprobación definitiva.

II. ANÁLISIS DEL PROYECTO DE REAL DECRETO

En líneas generales hay que destacar que el texto propuesto es conforme con las necesidades procedimentales de esta Comisión a la hora de aplicar las disposiciones del artículo 34 del RD-Ley 6/2000, por lo que los cambios a introducir a juicio de esta Comisión serían en todo caso mínimos y de pequeña relevancia.

A continuación se comentan uno por uno los preceptos del texto articulado del Proyecto de Real Decreto de referencia:

Primero.- En el Preámbulo del Real Decreto de aprobación del Reglamento no se justifica de manera clara y suficientemente la habilitación normativa del Gobierno para promulgar el Real Decreto proyectado; así, a juicio de esta Comisión sería conveniente introducir un nuevo párrafo, entre el tercero y el cuarto, en el cual se transcriba literalmente el párrafo segundo del artículo 34.Cinco del RD-Ley 6/2000, del cual trae causa el Reglamento a aprobar.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Segundo.- En el artículo 1 se expone cual es el objeto del Reglamento, a saber, la regulación de los procedimientos de otorgamiento, modificación y extinción de las autorizaciones administrativas previstas en el artículo 34.Cinco del RD-Ley 6/2000, a aplicar por parte de la Comisión Nacional de la Energía (en adelante CNE) o de la CMT, según corresponda por razón de la materia.

Esta regulación conjunta para ambas Comisiones sectoriales del Reglamento procedimental de referencia es más recomendable que promulgar un Reglamento para cada Comisión, por economía de medios jurídicos y por no ser necesario particularizar los procedimientos en cada caso, ya que ambos mercados (el de la energía y el de las telecomunicaciones) se encuentran en una fase de liberalización y tránsito a una situación de competencia efectiva; asimismo el Real Decreto-Ley 6/2000 no imponía establecer un Reglamento ni unos procedimientos diferentes.

Se establecen dos supuestos en los cuales será de aplicación del Reglamento:

a) Para otorgar la autorización para el ejercicio de los derechos de voto en una proporción igual o superior al 3 por 100 del total del capital social o de los derechos de voto en más de una sociedad que tenga la condición de operador principal en el mismo mercado o sector de entre los señalados en el artículo 34.Dos del mismo Real Decreto-Ley 6/2000:

- Generación, transporte y distribución de energía eléctrica.
- Producción, transporte y distribución de hidrocarburos líquidos (productos petrolíferos).
- Producción, transporte y distribución de hidrocarburos gaseosos (gas).
- Telefonía portátil.
- Telefonía fija.

b) Para otorgar la autorización para la designación de miembros del órgano de administración de más de una sociedad que tenga la condición de operador principal en el mismo mercado o sector de entre los señalados anteriormente.

En este sentido, se considera adecuado incluir también dentro del ámbito del Reglamento el supuesto de designación de miembros de órganos de administración por una persona física o jurídica que tenga la consideración de operador principal en los órganos de administración de otro operador principal, supuesto previsto en el párrafo cuarto del artículo 34.1 del real Decreto-Ley.

Tercero.- En el artículo 2 se establece que los órganos administrativos competentes para la aplicación del procedimiento para el otorgamiento de las



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

autorizaciones objeto del Reglamento de referencia serán la CNE o la CMT, según corresponda por razón de la materia.

El Punto 3 de este artículo dispone además que ambas Comisiones deberán establecer y hacer públicas anualmente la relación de los operadores que se consideren principales en los mercados o sectores referidos en el apartado anterior, pudiendo modificar dicha relación en cualquier momento, durante el transcurso del año.

Es decir, se establece la obligatoriedad de dicha declaración anual del listado de operadores principales en los mercados de referencia, lo cual parece adecuado a fin de proporcionar seguridad jurídica a las personas físicas o jurídicas que pudieran estar afectadas por las limitaciones previstas en el artículo 34 del RD-Ley 6/2000, máxime si se tiene en cuenta que el incumplimiento de las restricciones impuestas por el citado precepto es sancionable por el Ministerio de Economía y que tal incumplimiento puede afectar a la validez de los acuerdos adoptados por el órganos sociales de las personas físicas o jurídicas afectadas.

Por lo demás, sería conveniente incluir a propósito de esta declaración anual la facultad que las dos Comisiones tienen de recabar a los operadores la información que estimen conveniente, con el lógico respeto al secreto comercial e industrial.

Cuarto.- En el artículo 3 se establece que la norma procedimental general de aplicación sigue siendo la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de enero (en adelante LRJPAC), sin perjuicio de las especialidades de procedimiento establecidas en el presente Reglamento.

Esta precisión es acertada, puesto que realmente las especialidades procedimentales necesarias para tramitar este tipo de asuntos son mínimas, y no conviene generar una superposición de normas (una “inflación normativa”) sobre el mismo asunto, sin una utilidad real y que además genera una innecesaria confusión al administrado.

Quinto.- En el artículo 4, Apartado 1, se establece quién podrá solicitar la autorización. Existe una pequeña errata al decir “Las personas físicas o jurídicas *a quienes ostenten* la condición de interesados”, cuando debería decir “*que tengan*” o “*que ostenten*” ; realmente es un mero defecto gramatical fácilmente subsanable.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

En el Apartado 2 se dice que la CNE o la CMT, según corresponda por razón de la materia, determinará en cada caso, y de acuerdo con la normativa procedimental general y sectorial vigente, la información y documentación necesarias que se deberá acompañar a la solicitud de autorización en cuestión.

Esta remisión genérica del artículo 4.2 a las competencias de cada Comisión para poder solicitar toda la información que estimen necesaria en cada caso es un acierto del Proyecto, pues realmente es difícil y no recomendable delimitar y restringir “*ex ante*” la documentación e información que se pueda solicitar en cada caso.

Además la complejidad y especificidad de cada caso concreto hacen deseable una mayor flexibilidad procedimental a la hora de poder requerir la información necesaria en cada caso, y no limitarse a un listado más o menos concreto de información que se puede solicitar.

Por último hay que señalar que el artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000 ya especifica “*ex lege*” e implícitamente, la información que se puede obtener en la tramitación de los procedimientos que traen causa del mismo: con carácter general, toda la documentación necesaria para que se cumpla la norma legal y para que las Comisiones competentes (CNE y CMT) hagan efectivas las limitaciones establecidas (Apartados Uno y Cuatro) y autoricen las excepciones a las mismas (Apartado Siete).

Sexto.- El artículo 5 se refiere a las cuestiones del tratamiento de la información de carácter confidencial que sea suministrada por parte de las personas físicas y jurídicas que sean parte en algún procedimiento de autorización de los regulados por el Reglamento proyectado, conciliando el derecho de acceso al expediente (artículos 35, letra A, y 37.1, de la LRJPAC) con el derecho al secreto comercial e industrial (artículo 37.5, letra D, de la LRJPAC).

Dicho derecho de acceso está establecido por una norma de rango legal (artículos 35, letra A, y 37.1, de la Ley 30/1992), y las limitaciones del mismo están recogidas asimismo por dicha norma legal (artículo 37.4, letra D, de la misma Ley), por lo que este Reglamento no puede ser restrictivo de dicho derecho en mayor medida de lo que lo es la Ley

Séptimo.- El artículo 6 establece en su Apartado 1 un plazo máximo de resolución¹ de los procedimientos de referencia de 4 meses, prolongando en un mes el plazo general de 3 meses establecido por el artículo 42.3 de la LRJPAC.

¹ Y teniendo en cuenta siempre que en estos procedimientos a instancia de parte rige el régimen general de silencio administrativo positivo, establecido por el artículo 43 de la Ley 30/1992.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Este alargamiento del plazo general parece adecuado, pues dada la complejidad de este tipo de procedimientos y la cantidad de información que es preciso recabar y analizar en los mismos, es difícil cumplir el plazo general de 3 meses establecido por el artículo 42.3 de la Ley 30/1992.

Por su parte el Apartado 3 establece que las Comisiones competentes (la CNE y la CMT, según corresponda por razón de la materia) podrán dictar autorizaciones en las que se expresen condiciones, y que el incumplimiento de las condiciones impuestas podrá dar lugar a la revocación de la autorización, así como a la eventual incoación del correspondiente procedimiento administrativo sancionador de los mencionados en la Disposición Adicional Primera del presente Reglamento.

En efecto, dicho incumplimiento de las condiciones impuestas lo es a su vez de una Resolución de la Comisión que la haya promulgado, así como, en definitiva, del contenido de las limitaciones establecidas por el Real Decreto-Ley 6/2000, por lo que podrá ser sancionado.

Octavo.- El artículo 7 establece el procedimiento a seguir en el caso de producirse variaciones posteriores en el tiempo de los presupuestos de hecho que determinaron el otorgamiento de una autorización. La resolución² que, en su caso, dicte la CNE o la CMT (según corresponda por razón de la materia) podrá incorporar condiciones distintas de las contenidas en la autorización inicial, a la vista de las nuevas circunstancias concurrentes.

Dicho procedimiento se prevé que pueda ser iniciado a instancia de parte interesada, o también de oficio por la Comisión competente (CNE o CMT, en función del sector), lo cual parece conveniente, pues son las Comisiones competentes las encargadas de hacer cumplir la legalidad vigente en esta materia en todo momento, también cuando concurren circunstancias y causas sobrevenidas.

Por otra parte, el número 2 del artículo 7 establece, con relación al procedimiento de modificación de la autorización ya otorgada, que durante el tiempo que medie entre el supuesto de hecho generador de la modificación de la autorización y el pronunciamiento expreso de las autoridades reguladoras, “los efectos de la autorización previamente concedida no se extenderán a los nuevos incrementos de participación accionarial y de derechos de voto y de elección de miembros de los órganos de administración que se hubieran producido”.

² Y teniendo en cuenta de nuevo que en estos procedimientos rige el régimen general de silencio administrativo, establecido por los artículos 43 (procedimientos a instancia de parte) y 44 (procedimientos de oficio) de la Ley 30/1992.



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

Parece un tanto rígido establecer a priori una medida prohibitiva de este tipo, que impide considerar, en atención a las circunstancias concurrentes, justamente la contraria si fuera el caso. Téngase en cuenta, además, que en principio y salvo que se otorgase una medida cautelar de signo positivo, la autorización otorgada previamente no cubriría situaciones producidas ulteriormente que alteraran los términos de la propia autorización, hasta que se dictase resolución definitiva revisando o manteniendo la autorización inicial.

Añádase a lo anterior que esta medida no se ha previsto para la autorización inicial, con lo que no parecería muy razonable establecer regímenes diferentes salvo que existan causas, ignoradas por esta Comisión, que lo pudieran justificar.

Noveno.- El artículo 8 trata de las causas de extinción de las autorizaciones concedidas al amparo del Reglamento proyectado, y que son las siguientes:

- a) Por renuncia de su titular.
- b) Por desaparición de las circunstancias que motivaron su otorgamiento.
- c) Por incumplimiento de las condiciones a que estuvieran subordinadas.
- d) Por sobrevenir circunstancias que, de haber existido en el momento de la solicitud de la autorización administrativa, habrían justificado su denegación.
- e) Por incumplimiento de la obligación de comunicación de las variaciones en los presupuestos de hecho que sirvieron de base para conceder la autorización.

La extinción podrá ser declarada de oficio por parte de la CNE o de la CMT, o a instancia de parte, según corresponda en cada caso.

Por último, señalar que dicha disposición del artículo 8 está numerada como Apartado 1, pero al no existir más apartados se debería suprimir dicha numeración intra-articular.

Décimo.- En la Disposición Adicional Única se hace una remisión expresa al régimen sancionador contemplado en el artículo 34. Seis del RD-Ley 6/2000 y en la legislación sectorial de aplicación en cada caso otorgando competencias sancionadoras a la CNE o la CMT, según corresponda por razón de la materia.

La redacción del artículo 34.6 del Real Decreto-Ley 6/2000, relativo al régimen sancionador, no aclara si afecta a todo lo dispuesto en el citado artículo 34, o



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

sólo para los incumplimientos genéricos del mismo y no para los procedimientos de autorización, en los cuales, al resolverse por resolución de los Organismos Reguladores Sectoriales en cuestión (la CNE y la CMT), el incumplimiento de dichas resoluciones se sancionaría de acuerdo al derecho sancionador sectorial en cada caso. Su redacción literal parece apoyar esta segunda interpretación, al referirse expresamente a los “incumplimientos de las restricciones dispuestas en el número primero” del artículo 34, y es la que ha adoptado el Proyecto de Reglamento de referencia.

Undécimo.- Por último, y en lo referente a una posible normativa de desarrollo del Reglamento proyectado, no se prevé una normativa Gubernamental (vía Orden Ministerial), aunque en teoría cabría un desarrollo por parte de los organismos competentes para su aplicación, la CNE y la CMT.

Sin embargo, y partiendo del hecho de que las Circulares de desarrollo del presente Reglamento ha de ser una facultad potestativa de cada Comisión, y no una obligación, hay que señalar de nuevo que tanto la LRJPAC como el Reglamento proyectado que la complementa ya habilitan detalladamente el procedimiento a seguir, y como el mismo es muy sencillo y sin especialidades destacadas, no parece conveniente que se produzca una inflación de normas para regularlo. Además, y de acuerdo con la normativa reguladora de las competencias y potestades de la CMT, es dudoso que ésta pueda dictar Circulares meramente procedimentales, sin contenido jurídico material.

III. CONCLUSIONES

Primera.- Esta Comisión está de acuerdo, en líneas generales, con la parte sustantiva del Proyecto de Real Decreto por el que se aprobará el Reglamento del procedimiento de autorización previsto en el artículo 34.Cinco del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Intensificación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios, elaborado por el Ministerio de Economía.

Segunda.- Los cambios concretos al texto articulado del Proyecto de Real Decreto citado que se proponen por parte de esta Comisión son los siguientes (*destacados en negrita y cursiva*):

Preámbulo del Real Decreto de aprobación del Reglamento.

En el Preámbulo se propone introducir un nuevo párrafo, entre el Tercero y el Cuarto, en el cual se transcriba literalmente el párrafo segundo del artículo 34.Cinco del RD-Ley 6/2000, del cual trae causa el Reglamento a aprobar. El tenor literal del nuevo párrafo a incluir sería el siguiente:



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

<< La habilitación para que el Gobierno regule el procedimiento de autorización que contiene el Reglamento se encuentra en el párrafo segundo del Apartado Cinco del artículo 34 del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, en el que se establece que “reglamentariamente se determinará la forma y el procedimiento a través de los cuáles se concederán las autorizaciones previstas en este artículo.” >>

Artículo 1

Se debería incluir dentro del ámbito del Reglamento el supuesto de designación de miembros de órganos de administración por una persona física o jurídica que tenga la consideración de operador principal en los órganos de administración de otro operador principal, supuesto previsto en el párrafo cuarto del artículo 34.1 del real Decreto-Ley.

Artículo 2

Debería hacerse mención expresa a la facultad que las dos Comisiones tienen de recabar a los operadores la información que estimen conveniente con el fin de realizar la declaración anual de operadores principales.

Artículo 4. Solicitud de autorización.

En el Punto 1 de este artículo se propone sustituir la expresión “a quienes ostenten” por la expresión “quienes tengan”. Las razones son meramente de estilo y de corrección gramatical. Así:

<<1. Las personas físicas o jurídicas **que tengan** la condición de interesados de conformidad con los establecido en el artículo 31 de la citada Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y que se vean afectadas por alguno de los supuestos recogidos por el artículo 34.Uno del Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, podrán solicitar de la Comisión Nacional de la Energía o de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, según corresponda por razón de la materia, cualquiera de las autorizaciones a que se refiere el mismo artículo 1 del presente Reglamento.>>

Artículo 7

Debería reflexionarse sobre el mantenimiento de la regla prevista en el apartado 2 del artículo 7, teniendo en cuenta su rigidez y el hecho de que el



COMISIÓN DEL MERCADO DE LAS TELECOMUNICACIONES

proyecto de Reglamento no contempla una previsión similar para la autorización inicial.

Artículo 8. Extinción de la autorización.

Se propone suprimir la numeración interna del artículo, puesto que sólo existe un párrafo (ahora está numerado como 1).

Por todo lo expuesto, esta Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, en base a las competencias en materia de asesoramiento al Gobierno y a los Ministerios de Economía y de Ciencia y Tecnología, y en concreto en materia de informe preceptivo de los proyectos de nuevas disposiciones normativas en materia de telecomunicaciones, previstas en el artículo 1.Dos.2, letra j), de la Ley 12/1997, de Liberalización de las Telecomunicaciones, modificada por la Ley 52/1999, de 28 de diciembre,

RESUELVE

Único.- Proponer al Ministerio de Economía las modificaciones a su Proyecto de Real Decreto de aprobación del Reglamento del Procedimiento de autorización previsto en 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, señaladas en el Apartado III “Conclusiones” de este Informe.

El presente certificado se expide al amparo de lo previsto en el artículo 27.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y el Artículo 23.2 de la Orden de 9 de abril de 1997, por la que se aprueba el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, con anterioridad a la aprobación del Acta de la sesión correspondiente.

Vº Bº

EL PRESIDENTE

EL SECRETARIO

José M^a Vázquez Quintana

José Gimenez Cervantes