

IPN 87/13. ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE TELECOMUNICACIONES

El Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia (CNC), en su reunión de 27 de febrero de 2013, vista la solicitud de informe presentada por la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información, en relación con el Anteproyecto de Ley General de Telecomunicaciones (en adelante, APL), ha aprobado el presente informe, cuya solicitud tuvo entrada en esta CNC el 21 de enero de 2013, que se adopta en ejercicio de las competencias consultivas en relación con proyectos y proposiciones de normas que afecten a la competencia, que le atribuye el artículo 25.a) de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia (LDC).

I. ANTECEDENTES

El APL sometido a informa de la CNC tiene por objetivo introducir reformas estructurales en el régimen jurídico de las telecomunicaciones que faciliten a los operadores el despliegue de sus redes y la prestación de sus servicios y redunde en una oferta de servicios a los ciudadanos con mayor cobertura, más innovadores y de mayor calidad, mejorando la competitividad de la economía española.

Adicionalmente, el APL persigue una mejora en la seguridad jurídica, al compendiar la normativa vigente, en particular la que se refiere al marco europeo de comunicaciones electrónicas.

El marco europeo de comunicaciones electrónicas fue aprobado por la Unión Europea en el año 2002¹ e integra el llamado “paquete sobre telecomunicaciones” (ideado para refundir el marco regulador de las telecomunicaciones y hacer más competitivo el sector de las comunicaciones electrónicas) junto a cuatro directivas específicas, relativas a la autorización², el acceso³, el servicio universal⁴ y la protección de la intimidad en las comunicaciones electrónicas⁵, a las que hay que añadir la decisión sobre el marco regulador del espectro radioeléctrico⁶.

El “paquete sobre telecomunicaciones” se ha modificado en diversas ocasiones, la última en 2009, mediante la directiva “legislar mejor”⁷ y la directiva “derechos de los

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.

² 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.

³ 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 recursos asociados, y a su interconexión.

⁴ 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.

⁵ Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del 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

⁶ Decisión n° 676/2002/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 sobre un marco regulador de la política del espectro radioeléctrico en la Comunidad Europea.

⁷ Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas.

ciudadanos⁸. Estas últimas modificaciones se incorporaron al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-ley 13/2012⁹, que introdujo las modificaciones necesarias en la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones (LGTEL).

Asimismo, el APL tiene en cuenta la existencia del proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), actualmente en tramitación parlamentaria. En consecuencia, el APL incorpora los cambios, principalmente referidos a la distribución de funciones entre el Ministerio de Industria, Energía y Turismo (MINETUR) y la CNMC que resultarán de la eventual aprobación del citado proyecto.

II. CONTENIDO

El objetivo principal del APL, facilitar el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, se refleja en los siguientes objetivos concretos que subyacen a los cambios normativos que se introducen:

- Recuperar la unidad de mercado en el sector de las telecomunicaciones, estableciendo limitaciones a la legislación de las Administraciones territoriales que pueda afectar negativamente al despliegue de redes o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas.
- Reducir las cargas administrativas que soportan los operadores de telecomunicaciones.
- Permitir el acceso de los operadores de telecomunicaciones a las redes de comunicaciones electrónicas de operadores de otros sectores.
- Evitar distorsiones a la competencia, imponiendo condiciones estrictas para la existencia de operadores públicos o la participación pública en operadores privados.

Además, el APL incorpora el nuevo reparto competencial y régimen de financiación que recoge el proyecto de Ley de Creación de la CNMC y refuerza las potestades inspectoras y sancionadoras para garantizar un mejor uso del espectro radioeléctrico.

El APL se estructura en ocho Títulos, que incluyen 84 artículos; 14 disposiciones adicionales; nueve disposiciones transitorias; una disposición derogatoria; nueve disposiciones finales, y tres anexos.

La estructura del APL es similar al de la vigente LGTEL. Además, el articulado del APL reproduce en buena medida los contenidos de la LGTEL. Por ello, en este epígrafe se

⁸ 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) n.º 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores.

⁹ Real Decreto-ley 13/2012, de 30 de marzo, por el que se transponen directivas en materia de mercados interiores de electricidad y gas y en materia de comunicaciones electrónicas, y por el que se adoptan medidas para la corrección de las desviaciones por desajustes entre los costes e ingresos de los sectores eléctrico y gasista.

recoge un breve resumen de los contenidos del proyecto, destacando las novedades más significativas, desde la perspectiva de la competencia, con relación al texto vigente y al proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

El **Título I**, de **Disposiciones Generales**, incluye el objeto de la Ley (la regulación de las telecomunicaciones), la definición de las telecomunicaciones como servicios de interés general, prestados en régimen de libre competencia, los objetivos y principios de la Ley, y la definición de los servicios de telecomunicaciones para la defensa nacional y la protección civil, como servicios públicos. Se excluyen del ámbito de la Ley los contenidos difundidos a través de medios audiovisuales (regulados en la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual) y la prestación de servicios sobre redes de telecomunicaciones que no consistan principalmente en el transporte de señales (servicios regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico).

El **Título II** regula la **explotación de redes y la prestación de servicios** de comunicaciones electrónicas en régimen de libre competencia.

- El **capítulo I**, de **disposiciones generales**, establece, entre otras cuestiones, los requisitos y las condiciones exigibles para la explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas, el registro de operaciones y de otras entidades del mercado de comunicaciones electrónicas, las obligaciones de suministro de información y el fomento del uso de normas o especificaciones técnicas para la armonización del suministro de redes de comunicaciones electrónicas.

El cambio más significativo que introduce el APL en este ámbito es el establecimiento y refuerzo de **limitaciones** para la instalación y explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por **las Administraciones Públicas** (directamente, o a través de entidades o sociedades).

- El **capítulo II** regula el **acceso** a las redes y recursos asociados y la **interconexión** y no incorpora novedades destacables.
- El **capítulo III**, se dedica a la **regulación ex ante de los mercados y la resolución de conflictos**. La regulación vigente está en gran parte alineada con la normativa comunitaria, lo que básicamente supone que periódicamente se deben definir y analizar los mercados relevantes y que, en el caso de que se constate la inexistencia de un entorno de competencia efectiva, la CNMC impondrá obligaciones a los operadores identificados con poder significativo de mercado. Se acota, además, el tipo de obligaciones que pueden imponerse.
- El **capítulo IV** regula los supuestos de **separación funcional obligatoria y voluntaria** de los operadores declarados con poder significativo de mercado. Esta regulación responde a las modificaciones del “paquete sobre telecomunicaciones” que ya se incorporaron a la legislación nacional mediante el RDL 13/2012. Esta norma estableció un procedimiento por el que, si la CMT (o la CNMC en el futuro) detecta problemas en el mercado que requieren este tipo

de medida, debe informar al MINETUR y al Ministerio de Economía y Competitividad, que, a su vez, pueden proponer al Gobierno la separación funcional.

- El **capítulo V** se refiere a la numeración, direccionamiento y denominación. Este capítulo **no incorpora novedades** que tengan especial interés desde la perspectiva de la competencia.

El **Título III** regula las **obligaciones de servicio público y los derechos y obligaciones de carácter público** en la explotación de redes y en la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas. Este título se organiza en cinco capítulos:

- El **capítulo I** se refiere a las obligaciones de servicio público, para las que define dos categorías: las del servicio universal y otras obligaciones de servicio público impuestas por razones de interés general. Este capítulo no incorpora novedades significativas.
- El **capítulo II** incorpora un novedoso conjunto de disposiciones que, principalmente:
 - refuerzan los derechos de los operadores de comunicaciones electrónicas para la **ocupación del dominio público y privado**, y para la instalación de redes públicas de comunicaciones electrónicas.
 - limitan la capacidad **normativa de las AA.PP. que pueda afectar al despliegue** de estas redes y establecen mecanismos de colaboración con el MINETUR para la resolución de conflictos.
 - establecen derechos de los operadores de comunicaciones electrónicas para **el acceso a infraestructuras** susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas (pertenecientes a AA.PP o a empresas y operadores de otros sectores).
 - y establece también el derecho, para los operadores de comunicaciones electrónicas de **acceso y uso de redes de comunicaciones electrónicas** de órganos o entes gestores de infraestructuras de transporte de competencia estatal.
- El **capítulo III**, relativo al secreto de las comunicaciones y protección de datos personales y derechos y obligaciones de carácter público vinculados con las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, **no incorpora novedades significativas**, desde la perspectiva del impacto en la competencia.
- En el **capítulo IV**, que regula las infraestructuras comunes y redes de comunicaciones electrónicas en los edificios, se introduce, como novedad más destacable, una **habilitación al MINETUR para imponer** a los operadores y propietarios **obligaciones de utilización compartida** de los tramos finales de las redes de acceso, en los casos en los que la duplicación de la infraestructura sea inviable o ineficiente.
- El **capítulo V** regula los **derechos de los usuarios finales** y, como novedad más significativa establece, como garantía de unidad de mercado, la

prevalencia de las disposiciones de la normativa sectorial, cuando deriven de la normativa comunitaria sobre comunicaciones electrónicas, sobre la derivada de la legislación de protección a los consumidores y usuarios. Además, se establece un mecanismo de coordinación en el proceso de aprobación normativa autonómica en materia de protección general de los consumidores o usuarios que pueda afectar a los derechos de los usuarios de servicios de comunicaciones electrónicas, así como un mecanismo de solución de posibles discrepancias.

El **Título IV** se refiere a la evaluación de la conformidad de equipos y aparatos y regula, entre otros aspectos, la normalización técnica, la evaluación de la conformidad de equipos y aparatos, y las condiciones que deben cumplir las instalaciones.

En el **Título V**, sobre el **dominio público radioeléctrico**, el APL introduce **principios** para su administración, define las **actuaciones** (planificación, gestión, control, protección y aplicación del régimen sancionador) que abarca dicha administración e introduce simplificaciones administrativas con relación a los títulos habilitantes para su uso. Las principales novedades son la introducción de disposiciones **para evitar** comportamientos especulativos o **acaparamiento** de derechos de uso del dominio público radioeléctrico, incluyendo la posibilidad de que **el MINETUR pueda ordenar su venta** o cesión y la **consolidación del principio de neutralidad tecnológica y de servicios** en el uso del dominio público radioeléctrico.

El **Título VI**, sobre la **administración de las telecomunicaciones**, traslada, en líneas generales, los contenidos del proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, actualmente en tramitación parlamentaria.

El **Título VII**, actualiza la regulación de las **tasas en materia de telecomunicaciones**, que se concretan en el Anexo I, que establece las siguientes tasas:

- Tasa general de operadores
- Tasas por numeración, direccionamiento y denominación
- Tasa por reserva del dominio público radioeléctrico
- Tasas de telecomunicaciones (por trámites diversos: certificaciones registrales, presentación proyecto ICT, cumplimiento de especificaciones técnicas...).

Como principal novedad, el APL reduce el límite máximo de la tasa general de operadores y establece un sistema automático de ajuste a los costes que debe financiar (los correspondientes a las Autoridades Nacionales de Reglamentación).

El **Título VIII** regula la **inspección y régimen sancionador**. En lo que se refiere a las potestades inspectoras, destaca el refuerzo de las que se atribuyen al MINETUR. En lo que se refiere al régimen sancionador, el APL plantea una revisión de la tipificación de las infracciones a la vista de la experiencia adquirida en su aplicación.

En las **disposiciones adicionales**, el APL aborda cuestiones diversas como la gestión de incidentes de ciberseguridad o la creación de una Comisión Interministerial sobre Radiofrecuencias y Salud.

Las **disposiciones transitorias** incluyen las adaptaciones y plazos necesarios para la aplicación de las novedades introducidas por la ley.

A través de las **disposiciones finales** se introducen modificaciones en la Ley 13/2011, de 27 de mayo, de regulación del juego; Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico; Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de ordenación de la edificación; Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos relativos a las comunicaciones electrónicas y a las redes públicas de comunicaciones; y Real Decreto-Ley 1/1998, de 27 de febrero, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación.

III. OBSERVACIONES AL ANTEPROYECTO

III.1. VALORACIÓN GENERAL

El APL declara como objetivo principal el de introducir reformas en el régimen jurídico de las comunicaciones electrónicas que faciliten a los operadores el despliegue de redes y la prestación de servicios, posibilitando una mayor oferta de servicios, mayor cobertura y servicios más innovadores y de mayor calidad.

Para ello, el APL plantea una revisión íntegra de la LGTEL y pone un especial énfasis en la necesidad de fomentar la inversión. Este énfasis es perceptible desde la nueva redacción de la exposición de motivos, hasta las modificaciones regulatorias de carácter más sustantivo que propone el APL, pasando por las modificaciones menores (como las meras alteraciones del orden de listados de principios, criterios o condiciones) que también plantea.

Esta orientación del APL se justifica en buena medida por la percepción de que el despliegue de redes de comunicaciones electrónicas de nueva generación implica costosas inversiones, sujetas a riesgos elevados que requieren un entorno normativo más favorable.

No resulta objetable, desde la óptica de la defensa de la competencia, este planteamiento general, máxime cuando tanto la vigente LGTEL, como el APL (que en buena medida reproduce su articulado) responden, fundamentalmente, a la necesidad de trasladar al ordenamiento español el marco europeo de comunicaciones electrónicas y que el objetivo principal de dicho marco es garantizar que la prestación de servicios y el establecimiento y explotación de redes de comunicaciones electrónicas se realiza en un régimen de libre competencia entre operadores.

Este objetivo principal no entra en contradicción con el de facilitar la inversión y el despliegue de redes de nueva generación. Más aún, la CNC considera que un entorno competitivo genera los incentivos más adecuados para que los agentes económicos puedan adoptar decisiones de inversión óptimas. El desarrollo del sector de las telecomunicaciones desde su liberalización es plenamente consistente con esta visión.

Sin embargo, esta perspectiva se diluye en la exposición de motivos del APL y en la Memoria del Análisis del Impacto Normativo (MAIN), que prácticamente obvian el objetivo de que el marco regulador garantice un entorno competitivo, y tampoco se tiene siempre en cuenta en las reformas que se plantean en la legislación.

En efecto, algunas de las reformas más significativas que se plantean, para facilitar la inversión, no se orientan tanto a la eliminación de obstáculos o la mejora de los incentivos, como a la imposición de obligaciones que, de hecho, pueden limitar los incentivos a invertir y generar distorsiones en los mercados de comunicaciones electrónicas.

Sobre la base de estas consideraciones, las observaciones de la CNC con relación al APL se basan en las siguientes cuestiones:

Sobre la interacción entre regulación y competencia:

- La necesidad de mejorar la coordinación en la aplicación de la LGTEL y la LDC en el sector de las comunicaciones electrónicas, con el objetivo de impulsar la competencia efectiva. Para ello, no sólo es precisa una definición adecuada de los objetivos e instrumentos de la regulación *ex ante*, sino que se requiere una atribución de funciones entre las distintas autoridades nacionales de reglamentación (ANR) que facilite la aplicación coordinada de la LGTEL y de la LDC en el sector de las comunicaciones electrónicas. Esta mejora de la coordinación es precisamente uno de los objetivos del proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, actualmente en tramitación parlamentaria. Sin embargo, el APL introduce cambios en la atribución de funciones entre las distintas ANR, con relación a lo previsto en el proyecto citado, que, en opinión de la CNC, no contribuyen a este fin. Además de corregir estos problemas, la CNC considera que debería aprovecharse el APL para mejorar la coherencia entre las funciones y los procedimientos que deberá aplicar la CNMC, como ANR, y los que deberá aplicar como autoridad nacional de competencia (ANC). Las observaciones a los artículos 10, 13, 14, 16, 27, 32, 56, 62, 69, 72, 73 y 75 a 84 son, en buena medida, un reflejo de este tipo de preocupaciones.
- Con el mismo objetivo de mejorar la aplicación de LGTEL y la LDC en el sector de las comunicaciones electrónicas, se considera necesario reforzar la coordinación en la tramitación del APL y del proyecto de Ley de Creación de la CNMC. Esta coordinación no sólo debe perseguir el objetivo reflejado en el párrafo anterior de atenderá a una distribución de funciones adecuada entre las distintas ANR. Es necesario, además, garantizar que el nuevo marco institucional que se diseña en el proyecto de Ley de Creación de la CNMC y que es de esperar que termine de perfeccionarse durante la tramitación parlamentaria, sea coherente con el objetivo de delimitar claramente las funciones del nuevo organismo en la aplicación de la regulación sectorial, por un lado, y de la normativa de defensa de la competencia, por otro. En este sentido, la CNC entiende que debería atenderse en la tramitación de ambos proyectos a la necesidad de garantizar la independencia del regulador sectorial, integrado en la CNMC; a la conveniencia de delimitar con claridad, dentro de la propia CNMC, las funciones de aplicación de la normativa sectorial y de defensa de la competencia, reforzando en su caso el diseño institucional con este objetivo; así como a la previsión de los necesarios cauces de coordinación, tanto en el seno de la CNMC, como entre la CNMC y el MINETUR.

Sobre la potencial afectación a la competencia en los mercados que regula:

- La imposición de obligaciones que discriminan a unos agentes económicos frente a otros, introduciendo distorsiones en el mercado y limitando los incentivos a competir y a invertir. El APL propone obligaciones que afectarían sólo a los operadores de otros sectores económicos (transporte y distribución de gas, electricidad, agua, gestores de redes ferroviarias, concesionarios de autopistas, titulares de puertos o aeropuertos, etc.) y de las que serían beneficiarios exclusivamente los operadores del sector de las comunicaciones electrónicas. Las obligaciones se refieren al acceso y uso de infraestructuras de los operadores de otros sectores y pueden resultar en incentivos más reducidos a invertir e innovar por parte de estos últimos operadores (al limitar su capacidad para rentabilizar estas inversiones), así como de los operadores del propio sector de telecomunicaciones (al tener un acceso garantizado a las infraestructuras construidas por otros). Asimismo, es probable que generen distorsiones en mercados, como los relacionados con la fibra oscura, donde los operadores de otros sectores ejercen una presión competitiva significativa.
- Las limitaciones no justificadas a la actuación de operadores públicos. Aunque la CNC comparte la conveniencia de fijar criterios para la actuación de estos operadores que promuevan un comportamiento competitivo de los mismos, considera que las obligaciones y limitaciones que propone el APL no se ajustan a este objetivo y, por el contrario, es probable que generen distorsiones en los mercados de comunicaciones electrónicas, además de conflictividad jurídica.
- El potencial aumento de la conflictividad jurídica, entre distintas AA.PP., entre operadores de unos sectores y otros, y entre operadores y AA.PP. al que previsiblemente dará lugar el proyecto. Esta conflictividad jurídica, derivaría principalmente de disposiciones del APL que inciden de forma poco clara y escasamente proporcionada en competencias de distintas AA.PP., como, por ejemplo, las relativas a urbanismo y planificación del territorio o a defensa de los consumidores y usuarios (artículos 9, 35, 36, 37, 38 y 46). Este entorno de conflictividad generaría un aumento de la incertidumbre jurídica y económica que dificultaría tanto la inversión, como el desarrollo competitivo de los mercados.

Por último, por lo que se refiere a estas observaciones de carácter general, la CNC considera que la Memoria del Análisis del Impacto Normativo (MAIN) no justifica suficientemente ni los múltiples cambios que se proponen en el APL (algunos de los cuales apenas se describen o no se describen en absoluto), ni la proporcionalidad de las medidas propuestas, a pesar de que algunas de ellas son marcadamente restrictivas, tanto de la capacidad de actuación de operadores privados, como de la capacidad de actuación de las distintas AA.PP. Finalmente, el análisis de impactos resulta también limitado, en particular en lo que se refiere al impacto sobre la competencia (tres párrafos, dedicados exclusivamente a las limitaciones que se imponen a los operadores públicos) y en opinión de la CNC no suficientemente apreciado, como se refleja en las observaciones efectuadas.

En línea con estas observaciones, la CNC considera que es necesaria una revisión del texto del APL y de la MAIN con ésta óptica, lo que, en algunos casos, debería llevar a un replanteamiento significativo de las medidas que se proponen.

En el siguiente epígrafe se realizan observaciones al articulado, manteniendo el orden que plantea el propio APL, en las que se concretan estas preocupaciones y se proporcionan indicaciones sobre la reorientación que, a juicio de la CNC, debería aplicarse a estas medidas. La revisión del articulado no es exhaustiva, sino que se ha centrado, principal, aunque no exclusivamente, en las novedades que incorpora el APL y que, a juicio de la CNC, pueden tener mayor impacto en la competencia.

III.2. OBSERVACIONES AL ARTICULADO

III.2.1. Sobre el Título II

Artículo 9. En este artículo, se refuerza la regulación de la instalación y explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas por las Administraciones Públicas (directamente, o a través de entidades o sociedades). Los aspectos más importantes del refuerzo de esta regulación son:

- El sometimiento explícito de esta actividad a los principios, entre otros, de “no distorsión de la competencia” y al cumplimiento de la “normativa sobre ayudas de Estado”;
- La obligación de comunicar al Registro de operadores “todo proyecto de instalación o explotación de redes de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación que haga uso del dominio público”,
- La obligación de que la instalación y explotación de redes públicas o la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas a terceros se realice a través de entidades o sociedades cuyo objeto social único sea éste. Se establecen además, obligaciones de comunicación para estas sociedades.
- El sometimiento a determinadas condiciones de la instalación y explotación por las AA.PP. de redes públicas y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas: no recibir subvenciones o créditos reembolsables; reconocer determinados derechos de acceso a los demás operadores (acceso a las infraestructuras y recursos asociados, uso compartido de las infraestructuras de red y sus recursos asociados y servicio mayorista de acceso a la red), así como mantener una separación estructural entre los operadores públicos que utilicen un determinado dominio público y los órganos encargados de la regulación y gestión de los derechos de utilización de dicho dominio público.

Esta CNC valora favorablemente algunas de las reformas propuestas, incluso aquéllas que tienen un carácter principalmente programático (como el sometimiento al principio de no distorsión de la competencia o el cumplimiento de la normativa de ayudas de estado), puesto que, aunque se limiten a recordar la aplicabilidad de normativa vigente, refuerzan la interpretación pro competitiva de la disposición. Asimismo, merece una valoración favorable la obligación de mantener una separación estructural entre los operadores públicos que utilizan el dominio público y los órganos encargados de su regulación y gestión.

Sin embargo, hay otras disposiciones cuya necesidad y proporcionalidad suscita serias dudas. La MAIN, que se limita a describir someramente los cambios propuestos, no contribuye a despejarlas. Estas disposiciones son:

- La obligación, para los operadores públicos (a diferencia de los privados), de comunicar al Registro de operadores (art. 9.2) los proyectos de instalación o explotación de redes de comunicaciones electrónicas en régimen de autoprestación que hagan uso del dominio público.
- La obligación de que las entidades o sociedades a través de las cuales las AA.PP. instalan y explotan redes públicas o prestan servicios a terceros tengan como objeto social o finalidad única dicha actividad (art. 9.3), así como la obligación de que comuniquen al Registro de operadores todos los proyectos, instalaciones y servicios a terceros que pretenden prestar (art. 9.3 párrafo segundo).
- La prohibición que estos operadores públicos reciban cualquier tipo de subvención o crédito reembolsable, de cualquier Administración pública (art. 9.4.a).
- El derecho de acceso que tienen reconocido otros operadores a todas las infraestructuras y recursos utilizados por las AA.PP. y los operadores públicos para la instalación y explotación de redes (art. 9.4.b), así como al uso compartido de las infraestructuras de red de comunicaciones electrónicas.
- La obligación de proporcionar servicios mayoristas de acceso a la red o a los servicios que provean (art. 9.4.e).

Esta CNC es consciente de que el APL pretende corregir comportamientos de las AA.PP. que han podido generar distorsiones en los mercados de las comunicaciones electrónicas y, como es lógico, comparte este objetivo. Sin embargo, considera que las medidas introducidas no están siempre justificadas o no resultan proporcionadas con relación a este objetivo y, además, podrían generar distorsiones adicionales, afectando negativamente a la competencia y al desarrollo de redes. A título ilustrativo:

- No parece proporcionado prohibir que los operadores públicos accedan a subvenciones o créditos reembolsables de cualquier administración (lo que incluiría, por ejemplo, los programas comunitarios), cuando ya se ha recordado la necesidad de respetar la normativa de ayudas públicas. Aunque, lamentablemente, la MAIN no aporta dato alguno al respecto (ni sobre el número de operadores públicos o con participación pública en España, ni sobre la orientación y el peso de sus actividades en el sector, a pesar de existir un registro sobre ello), si apunta a que la actividad de todos o algunos de estos operadores incluye la extensión de redes de comunicaciones electrónicas, fundamentalmente de banda ancha, a áreas de escaso interés económico, susceptibles, por tanto, de recibir apoyos públicos. Eliminar la posibilidad de que los operadores públicos o con participación pública reciban estos apoyos, supondría reservar este mercado (y los apoyos públicos) a operadores privados, que podrían tener mayor incentivo que los públicos en explotar las redes

subvencionadas en condiciones de exclusividad, afectando negativamente a la competencia.

- Tampoco parece proporcionado exigir a estos operadores un objeto social o fin exclusivo que no se exige a los operadores privados, cuando además se ha establecido una obligación de separación de cuentas (que atendería a la finalidad de evitar posibles subvenciones cruzadas entre unas actividades y otras).
- En el mismo sentido, la obligación de prestar servicios mayoristas o facilitar el acceso (y las obligaciones de comunicación al Registro correspondientes) no sólo es asimétrica con relación a los operadores privados, sino que es previsible que genere distorsiones en los mercados de servicios mayoristas, poniendo en riesgo inversiones existentes y desincentivando nuevas inversiones de operadores privados (especialmente si, como parece deducirse de la MAIN debe realizarse con orientación a costes). Si lo que se pretende es que las infraestructuras, redes o servicios construidos o prestados con apoyo público, estén abiertas a los distintos operadores, estas obligaciones deberían afectar tanto a operadores públicos como privados.

A modo de resumen, las expectativas abiertas sobre el posible acceso a infraestructuras públicas (acceso que, en la práctica, podría demorarse o no producirse como resultado de la conflictividad entre unos operadores y otros) pueden retrasar procesos de inversión privados. En el mismo sentido, es probable que hoy operadores privados estén prestando servicios (o planteándose prestarlos) de comunicaciones sobre redes de titularidad pública o con participación pública sobre la base de acuerdos negociados, cuya validez y equilibrio económico podría resultar cuestionada por la entrada en vigor de la norma. Los operadores públicos, por otro lado, verán aumentar la incertidumbre sobre el retorno que pueden esperar de sus inversiones si tienen que cumplir las obligaciones que impone la ley. En definitiva, estos aspectos de la regulación propuesta pueden ir en contra del objetivo del APL de fomentar la inversión.

Para atenuar el riesgo de generar distorsiones en los mercados, la CNC considera necesario reorientar la redacción del artículo, limitando las obligaciones normativas a las imprescindibles para garantizar que la actuación de operadores públicos se realiza en condiciones no distorsionadoras de la competencia y sustituyendo las obligaciones más controvertidas por criterios o principios de los que debe atender la actuación de las AA.PP. en este ámbito. En cualquier caso, de mantenerse las obligaciones de acceso a las infraestructuras, redes o servicios construidos o prestados con apoyo público, estas obligaciones deberían ser de aplicación a operadores públicos y privados.

Artículo 10. Las modificaciones introducidas en este artículo consisten fundamentalmente en limitar sustancialmente la capacidad de las AA.PP. de requerir información en materia de telecomunicaciones a los operadores de comunicaciones electrónicas, al obligar a recabar previamente dicha información de las Autoridades Nacionales de Reglamentación, y sólo una vez constatado que las Autoridades Nacionales de Reglamentación no se la pueden proporcionar por falta de disponibilidad o por ser confidencial, podría la Administración Pública requerir dicha información en materia de telecomunicaciones a los operadores de comunicaciones electrónicas.

Esta limitación es desproporcionada y pone en riesgo la eficacia y eficiencia de las actuaciones de las AA.PP. Si bien tiene un objetivo loable, de reducir las cargas administrativas de los operadores de comunicaciones electrónicas, su formulación puede afectar gravemente al funcionamiento de las AA.PP., incluidas las Autoridades Nacionales de Reglamentación.

En primer lugar, el concepto de “información en materia de telecomunicaciones” es muy amplio, y puede afectar a cualquier información relacionada con la actividad de los operadores de comunicaciones electrónicas, incluida la información contable y sobre facturación.

En segundo lugar, el APL configura la existencia de múltiples ANR, por lo que una interpretación estricta de este precepto obligaría a todas las AA.PP. (incluidas las ANR entre sí) a pedir la información previamente a todas y cada una de las Autoridades Nacionales de Reglamentación, que según el artículo 68.1 APL son al menos cuatro:

- El Gobierno
- Los órganos superiores y directivos del Ministerio de Industria, Energía y Turismo.
- Los órganos superiores y directivos del Ministerio de Economía y Competitividad.
- La Comisión Nacional de Mercados y Competencia.

De estas cuatro ANR, sólo el MINETUR y, en un futuro la CNMC, disponen de información especializada sobre el sector, de acuerdo con las previsiones de la LGTEL, por lo que, en todo caso, la previsión del APL debería hacer referencia expresa a estas dos ANR y a la información que deriva de lo previsto en la LGTEL.

En tercer lugar, gran parte de la información de los operadores de comunicaciones electrónicas en disposición de las Autoridades Nacionales de Reglamentación tiene carácter confidencial, y si no lo tiene, suelen estar accesibles a través de las páginas web de las Autoridades Nacionales de Reglamentación. Esto implicaría que en la mayoría de los casos, las peticiones de información de las AA.PP. a las Autoridades Nacionales de Reglamentación serían respondidas indicando que no se puede proporcionar dicha información.

En el caso concreto de la aplicación de la LDC, este precepto implicaría la suspensión y paralización de las investigaciones en el marco de expedientes sancionadores y de control de concentraciones, cuando en estos expedientes se suelen requerir a los operadores de comunicaciones electrónicas informaciones sobre su actividad que tienen carácter confidencial, con un nivel de detalle y de desglose que no suele estar a disposición de las Autoridades Nacionales de Reglamentación.

Por estos motivos, esta CNC considera que este precepto debe ser modificado, eliminando la obligación genérica de las AA.PP. de recabar previamente de las Autoridades Nacionales de Reglamentación la información en materia de telecomunicaciones de los operadores de comunicaciones electrónicas.

Esta obligación podría ser sustituida por una regulación que incluyera las siguientes facultades y obligaciones:

- Establecer para las Administraciones Públicas, cuando esté justificado de acuerdo con sus funciones y resulte proporcionado, la facultad de solicitar y obtener acceso a la información que los operadores de comunicaciones electrónicas hayan puesto a disposición del MINETUR o de la CNMC, de acuerdo con lo previsto en la LGTEL. La facultad de acceso a esta información debería entenderse sin perjuicio de las salvaguardas que pueda ser necesario mantener por motivo de la confidencialidad de los datos o sometiéndola, en todo caso, al preceptivo deber de confidencialidad.
- Establecer para el MINETUR y la CNMC la obligación de cooperar entre sí, en el ámbito de sus actuaciones en aplicación de la LGTEL, a través del intercambio de la información que, de acuerdo con lo previsto en el APL, reciban de los operadores de comunicaciones electrónicas, con el objetivo de evitar cargas administrativas innecesarias.
- Acotar la tipología de información que, de acuerdo con lo previsto en el APL, los operadores de comunicaciones electrónicas remiten al MINETUR o a la CNMC, y establecer que sólo en relación con dicha información el resto de AA.PP. están obligadas a solicitarla previamente al MINETUR o la CNMC, antes de pedírsela a los operadores de comunicaciones electrónicas, con el objetivo de evitar cargas administrativas innecesarias.

Adicionalmente, y en la medida que la futura CNMC aplicaría tanto el APL, como otra normativa como la LDC, sería deseable que el apartado primero de este artículo 10 clarificase que dicha regulación de la capacidad de las Autoridades Nacionales de Reglamentación de solicitar información a los operadores de comunicaciones electrónicas, se refiere exclusivamente a su ámbito de actuación en aplicación del APL y su normativa de desarrollo.

Artículo 13. Las modificaciones introducidas en este artículo, consisten por un lado, en la previsión de informes previos del MINETUR y el Ministerio de Economía y Competitividad (MINECO) en el proceso de análisis de mercados e imposición de obligaciones que realizará la CNMC y por otro, en la preferencia por la imposición de obligaciones en los mercados al por mayor, frente a actuaciones en mercados al por menor.

La CNC valora positivamente estas modificaciones que mejorarán la coordinación entre la CNMC, el MINETUR y el MINECO en este proceso y que lo adecuan al marco comunitario y a la evolución de los mercados de comunicaciones electrónicas.

En todo caso, esta CNC considera necesario que el APL aclare en el apartado 6 de este artículo qué se entiende por las obligaciones específicas relativas a los mercados al por menor a desarrollar reglamentariamente, distintas de las previstas en el artículo 14 APL, puesto que parte de las obligaciones específicas previstas en el artículo 14 APL pueden ser de aplicación tanto en los mercados mayoristas como en los mercados minoristas.

Artículo 14. El APL plantea la inclusión, al definir las posibles obligaciones relativas al control de precios, de una referencia expresa a que la CNMC deberá tener en cuenta “todos los riesgos específicos de un nuevo proyecto de inversión concreto” para establecer precios que favorezcan la inversión por parte del operador, en particular en

redes de nueva generación, y permitan una rentabilidad razonable (artículo 14.1.e) in fine).

Esta referencia es, a juicio de la CNC, innecesaria (la redacción vigente ya prevé que las obligaciones de precios sean consistentes con tasas “razonables” de rendimiento de las inversiones, especialmente para redes de nueva generación) y podría complicar enormemente la labor de la CNMC al exigir un análisis proyecto a proyecto, para obligaciones de precio que, habitualmente, se establecen en términos más generales. El resultado sería dificultar la labor de regulación de determinadas actuaciones de los operadores con poder significativo de mercado y, por lo tanto, tendría una incidencia negativa sobre la competencia en el mercado, por lo que se valora desfavorablemente.

Por el contrario, esta CNC valora favorablemente la supresión de la previsión de que, excepcionalmente, se puedan imponer obligaciones de acceso e interconexión a operadores sin poder significativo de mercado (artículo 14.2 del APL que se corresponde con el 13.2 de la vigente LGTEL), en la medida en que esta previsión suscita serias dudas de compatibilidad con el marco comunitario.

Artículo 16. Este artículo (introducido por el RDL 13/2012, como trasposición de la Directiva 2009/140/CE) establece como medida excepcional la posibilidad de que el Gobierno imponga a los operadores con poder significativo de mercado integrados verticalmente la obligación de traspasar las actividades relacionadas con el suministro al por mayor de productos de acceso a una unidad empresarial que actúe independientemente. El procedimiento requiere que la CNMC, si considera que las obligaciones de servicio público que ha impuesto no garantizan la competencia en el mercado y que la separación funcional es necesaria, informe al MINETUR y al MINECO, quienes podrán elevar la propuesta al Gobierno.

La CNC considera conveniente recordar que la normativa comunitaria asocia la eventual imposición de esta obligación al procedimiento de análisis y regulación *ex ante* de mercados, competencia de la CNMC. Como dice el considerando 66 de la Directiva/2009/140/CE “Su imposición exige un análisis coordinado de diversos mercados pertinentes relacionados con la red de acceso, de conformidad con el procedimiento de análisis de mercados enunciado en el artículo 16 de la Directiva 2002/21/CE”. Este análisis coordinado queda muy diluido en la redacción del artículo 16 que sólo prevé que la CNMC informe al MINETUR y al MINECO (que podrían decidir elevar o no una propuesta al Gobierno, sin necesidad de dar una respuesta expresa a la CNMC) o al Gobierno (cuando decida elevar una propuesta a la Comisión Europea). La CNC considera que el artículo debería reformularse, para garantizar la máxima coherencia con el objetivo de la normativa comunitaria.

En este sentido, la CNC considera que dada la vinculación de este tipo de medidas con la regulación *ex ante* de los mercados de comunicaciones electrónicas sería deseable que la capacidad de elevar este tipo de propuestas a la Comisión Europea correspondiera en exclusiva a la CNMC.

III.2.2. Sobre el Título III

Artículo 27. En relación con el servicio universal, el APL establece la obligación de que la CNMC desarrolle y publique una metodología para determinar el ahorro neto que resultaría de la no obligación de prestación (art. 27.1). Además, señala que el coste neto será financiado por un mecanismo de reparto entre todos los operadores con ingresos superiores a 100 millones de euros (art. 27.2), eliminando la posibilidad de restringirlo a “determinadas categorías” y remite a un desarrollo reglamentario la fijación de las “condiciones y términos” en que se hará efectiva esta aportación. Asimismo, hace referencia a que la cifra de 100 millones de euros podrá ser actualizada o modificada mediante Real Decreto “en función de la evolución del mercado y de las cuotas” de los operadores.

La CNC comparte el objetivo de estas modificaciones, dado que considera que la adopción de una metodología de fijación del coste y su distribución entre todos los operadores con un cierto peso en el mercado son mecanismos adecuados para evitar que la prestación del servicio universal distorsione la competencia. No obstante, considera que la remisión a un desarrollo reglamentario de las “condiciones y términos” en que se hará efectiva esta aportación deja excesivamente abierta la concreción de la distribución del coste del servicio universal. En este sentido, considera que el texto debería modificarse para acotar las condiciones y términos que puedan fijarse reglamentariamente, incluyendo, en particular, el criterio de que las condiciones y términos deberán “evitar distorsiones en la competencia”.

Artículo 29. El artículo propone el establecimiento de la obligación de recabar informe de los Ayuntamientos afectados sobre la compatibilidad del proyecto técnico, cuya aprobación por el MINETUR conlleva el derecho de ocupación de la propiedad privada, con la ordenación urbanística (artículo 29.2).

La CNC valora favorablemente esta medida.

Artículo 30. En relación con la ocupación de dominio público, el APL trata de garantizar que este derecho puede ejercerse por todos los operadores de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Para ello, establece que los titulares del dominio público deberán garantizar el derecho de ocupación a todos los operadores, que no podrán establecer derechos preferentes o exclusivos y, en particular, que el derecho de uso no podrá otorgarse mediante procedimientos de licitación.

Como ocurre en otros ámbitos del APL, la MAIN no proporciona información adecuada para valorar esta propuesta, que, en todo caso, a juicio de la CNC requeriría una redacción mucho más matizada. La CNC entiende que el objetivo que se persigue es que las AA.PP. no generen, por la vía de dificultar el acceso a un dominio público que no presente problemas de saturación, situaciones de monopolio u oligopolio que afectarían negativamente a la competencia en el mercado y, como es lógico, comparte este objetivo.

Sin embargo, parece razonable que en situaciones en las que el dominio público presenta problemas de saturación o en la que su uso por parte de unos operadores excluye del mismo a otros agentes (pertenecientes al sector de comunicaciones electrónicas o no) o en las que el uso de este dominio público afecte a otros intereses

generales, las AA.PP. puedan, incluso deban, aplicar mecanismos para racionalizar su uso. En tal caso, es deseable, a juicio de la CNC, que estos mecanismos tengan naturaleza competitiva (como ocurre con los procedimientos de licitación) para que proporcionen a los operadores económicos los incentivos necesarios para un comportamiento eficiente (por ejemplo, al adoptar sus decisiones de inversión).

De hecho, y como ilustración a lo dicho, lo dispuesto en este artículo es abiertamente contradictorio, con lo que el propio APL establece en el artículo 62, cuando regula los títulos habilitantes para el uso del dominio público radioeléctrico de titularidad estatal. En este caso (como es lógico) se establecen derechos de uso exclusivos (para el uso privativo), mediante concesiones administrativas que se adjudican por procedimientos de licitación.

En conclusión, la CNC considera que debe revisarse la redacción del artículo, que podría orientarse al establecimiento de unos criterios generales que deben seguir las AA.PP para garantizar el derecho de los operadores a la ocupación del dominio público, sin excluir derechos preferentes o exclusivos o procedimientos de licitación en aquellos casos en que resulte necesario, proporcionado y no discriminatorio.

Artículo 31. El APL establece una serie de requisitos que debe cumplir la normativa reguladora del dominio público y de la propiedad privada, para garantizar que no obstruya el derecho de ocupación del dominio público o la propiedad privada para el despliegue de redes públicas de comunicación electrónica. Además, si las AA.PP. reguladoras o titulares del dominio público ejercen el control sobre operadores que explotan redes públicas o servicios de comunicaciones electrónicas se les impone la obligación de mantener una separación estructural entre dichos operadores y los órganos encargados de la regulación y de la gestión de los derechos de utilización del dominio público.

La CNC valora favorablemente el objetivo de esta disposición y, en particular, la previsión de separación estructural entre los operadores de servicios o redes de comunicación electrónica públicos o con participación pública y los órganos encargados de la regulación y gestión de los derechos de utilización del dominio público, que se considera necesaria para generar incentivos a una aplicación neutral de esta competencia.

Artículo 32. El apartado 1 establece que los operadores de comunicaciones electrónicas podrán celebrar acuerdos para determinar las condiciones para la ubicación o el uso compartido de sus infraestructuras. El apartado 2 habilita al MINETUR a imponer (de oficio o a instancia de las AA.PP. territoriales) la utilización compartida del dominio público o de la propiedad privada en que vayan a establecerse redes públicas de comunicaciones electrónicas.

La redacción de este artículo suscita preocupación a la CNC, por el posible impacto anticompetitivo que puede tener, tanto desde la perspectiva de la competencia de redes, como desde la perspectiva de la competencia en la prestación de servicios. El apartado 1 podría interpretarse como un amparo legal para todo tipo de acuerdos de ubicación o uso compartido de infraestructuras, incluyendo aquellos que amparen o faciliten prácticas anticompetitivas (por ejemplo, repartos geográficos del mercado o exclusión de operadores alternativos). El apartado 2 podría generar riesgos similares,

en especial teniendo en cuenta que no se tasan las condiciones, ni se establecen los criterios para que el MINETUR pueda imponer la utilización compartida o el uso compartido. En particular, este apartado puede desincentivar a los operadores a realizar inversiones eficientes en el tendido de sus propias redes, en la medida en que abre la posibilidad de que tengan que aceptar su uso compartido por otros operadores, reduciendo así el beneficio que cabe esperar de su explotación.

En consecuencia, la CNC considera que debe mejorarse la redacción del artículo y plantea las siguientes observaciones:

- Con relación al apartado 1. Este párrafo resulta innecesario, puesto que los operadores de comunicaciones electrónicas ya pueden celebrar (y de hecho celebran) acuerdos para la ubicación o el uso compartido de infraestructuras. La CNC considera que el apartado puede suprimirse. En todo caso, si existe alguna razón para mantenerlo, debe declararse expresamente la supeditación de estos acuerdos a los requisitos que establezca la regulación sectorial y su sujeción a la normativa de defensa de la competencia.
- Con relación al apartado 2, la CNC considera que deben establecerse los criterios bajo los que el MINETUR podrá imponer la utilización compartida (como propone el propio APL en el artículo 45). Esta imposición, además, debería tener un carácter excepcional, dado que se trata de un sector en el que la actividad se desarrolla en libre competencia. Resulta conveniente, además, que en este procedimiento el MINETUR tenga en cuenta la opinión de la CNMC, para valorar la compatibilidad y el impacto de estas obligaciones, tanto en relación con las obligaciones regulatorias, como desde la perspectiva de la defensa de la competencia.

En línea con las observaciones efectuadas, la CNC sugiere la siguiente redacción para el artículo 32:

“1. En el caso de que los operadores de comunicaciones electrónicas celebren acuerdos para determinar las condiciones para la ubicación o el uso compartido de sus infraestructuras, tales acuerdos deberán respetar los límites y requisitos que establezca la normativa sectorial y estarán plenamente sujetos a la normativa de defensa de la competencia.

2. Excepcionalmente, cuando los operadores tenga derecho a la ocupación de la propiedad pública o privada, el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, previo informe determinante de la CNMC y trámite de audiencia pública, de manera motivada, podrá imponer, con carácter general o para casos concretos, la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada en que se van a establecer las redes de comunicaciones electrónicas o el uso compartido de las infraestructuras y recursos asociados. Estas obligaciones tendrán carácter excepcional y sólo podrán imponerse cuando quede acreditado que la duplicación de infraestructuras resulta económicamente ineficiente o físicamente inviable. Las Administraciones Territoriales correspondientes podrán instar al Ministerio de Industria, Energía y Turismo el inicio del procedimiento anterior para la imposición de la utilización compartida del dominio público o la propiedad privada.”

Artículo 34. El APL impone asimismo condiciones o requisitos que debe cumplir toda la normativa elaborada por las AA.PP. territoriales que afecte al despliegue de las redes públicas de comunicaciones electrónicas, con el fin de garantizar la efectividad del derecho de los operadores a ocupar la propiedad pública o privada. En particular, se establece que los instrumentos de planificación territorial o urbanística deben recoger las disposiciones necesarias para impulsar o facilitar el despliegue de infraestructuras de redes de comunicaciones electrónicas en su ámbito territorial y garantizar la libre competencia en la instalación de redes y en la prestación de servicios, sin imponer restricciones absolutas al derecho de ocupación del dominio público y privado, ni imponer soluciones tecnológicas, itinerarios o ubicaciones concretas. Asimismo, se impone que la normativa que afecte al despliegue de estas redes debe cumplir lo dispuesto en la normativa sectorial de telecomunicaciones (parámetros técnicos, límites de emisión). Se establecen también principios de buena regulación y, en particular, se promueve la agilización y reducción de cargas administrativas que recaen sobre los operadores. Por un lado, mediante la no exigibilidad de documentación que ya obre en poder del MINETUR. Por otro lado, mediante la extensión de la prohibición (contenida en la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios¹⁰) de exigir licencias de instalaciones, funcionamiento, actividad o análogas a todas las estaciones o infraestructuras radioeléctricas que se instalen en dominio privado, siempre que el operador haya presentado un plan de despliegue o instalación que contemple estas infraestructuras que haya sido aprobado por la administración territorial competente para el otorgamiento de la licencias¹¹, bien mediante resolución expresa o mediante silencio administrativo (en un plazo de dos meses). Estas licencias se sustituirían por declaraciones responsables. También se exige de la exigencia de licencias, concesiones o declaraciones responsables a las actuaciones de innovación o adaptación técnica que se realicen sobre las infraestructuras de redes públicas de comunicaciones, que no varíen sus elementos de obra civil y supongan la incorporación de nuevo equipamiento o la emisión en nuevas bandas de frecuencias o con otras tecnologías.

La CNC valora positivamente los elementos de coordinación, agilización y reducción de cargas administrativas que contiene este artículo que, en la medida en que reducen barreras de acceso y de ejercicio, favorecen el despliegue de redes y la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas en condiciones competitivas.

No obstante, la CNC realiza las siguientes observaciones, orientadas a mejorar el texto y facilitar su aplicación:

- Debe revisarse la redacción del párrafo primero apartado 4, in fine, donde dice “deberán respetar los parámetros y requerimientos técnicos necesarios para

¹⁰ Mediante esta Ley, se prohíbe la exigencia de licencia (sustituible por declaración responsable o comunicación) a todas las estaciones o instalaciones radioeléctricas utilizadas para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles para el público, siempre que: no afecten al patrimonio histórico artístico, no impliquen el uso privativo u ocupación de dominio público; tengan una superficie inferior a 300 m², y, si son de nueva construcción, no impacten en espacios protegidos.

¹¹ Es decir, la no exigibilidad de licencias se extendería a las que tenga superficie superior a 300m² y a las que afecten al patrimonio histórico-artístico o impacten en espacios protegidos, siempre que se incluyan en el plan y éste haya sido aprobado. En todo caso, se mantiene la posibilidad de exigir licencia previa para todas las instalaciones que supongan ocupación o uso privativo del dominio público, incluso cuando se hayan incorporado a un plan ya aprobado.

garantizar [...] los límites en los niveles de emisión tolerables distintos de los fijados por el Estado”, dado que aparentemente no tiene sentido.

- En el párrafo segundo del apartado 4 se recuerda la aplicación de una serie de principios de buena regulación “contenidos en la normativa vigente”. Aparentemente, la intención no es innovar en esta materia, sino recordar la aplicabilidad de los principios que ya recoge el artículo 4 de la Ley 2/2011, de 4 de marzo, de Economía Sostenible (LES). La CNC comparte este enfoque, ya que imponer unos principios de buena regulación en unas materias y otros en otras generaría confusión y restaría eficacia a este tipo de regulación. Sin embargo, la dicción del párrafo no se corresponde plenamente con la de la LES que, además, no se cita. Ambas cuestiones deberían revisarse, precisamente en aplicación el principio de seguridad jurídica que recoge la LES y que el APL cita como principio de coherencia.
- En el párrafo primero del apartado cuarto se habla de “redes públicas de comunicaciones electrónicas”, mientras que en el párrafo segundo, que regula los casos en los que no se puede aplicar lo previsto en el párrafo primero, se mencionan las “redes públicas de telecomunicación y sus recursos asociados”. Por coherencia sería deseable que se armonizase la denominación.
- En el párrafo primero del apartado 6, debería completarse la referencia a la Ley 12/2012, de 26 de diciembre, de medidas urgentes de liberalización del comercio y de determinados servicios, que figura incompleta.
- El párrafo sexto del apartado 6, relativo a los contenidos de la declaración responsable, contiene una referencia al proyecto requerido de acuerdo con la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE), que “debe estar firmado por técnico competente de acuerdo con la normativa vigente”. Dado que la intención del precepto no parece ser innovar en esta materia, sino recordar la existencia de otras exigencias legales, se sugiere para mayor claridad modificar la expresión diciendo (se subrayan los cambios) “deberá estar firmado por técnico competente, cuando así lo exija la normativa vigente”. El objetivo es evitar que pueda interpretarse que esta norma establece una nueva reserva de actividad a favor de los “técnicos competentes” o que congela las ahora existentes.

Artículo 35. Este artículo establece el deber y los mecanismos de colaboración entre el MINETUR y las AA.PP. territoriales para el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Esta colaboración se concreta en la obligación de las citadas AA.PP. de solicitar informe del MINETUR sobre la adecuación de los instrumentos de planificación territorial o urbanística a la normativa sectorial de telecomunicaciones y a la necesidad de redes públicas de comunicaciones electrónicas. Se señala que dicho informe tendrá carácter vinculante en lo que se refiera al “ejercicio de las competencias estatales en materia de telecomunicaciones” y se establece un mecanismo (comisión bilateral) de solución de posibles discrepancias. En defecto de acuerdo, se prevé que el MINETUR pueda autorizar la ubicación o el itinerario concreto de una infraestructura, con prevalencia sobre los instrumentos de planificación territorial o urbana.

En opinión de la CNC, la distinta percepción que tengan las Administraciones Públicas territoriales sobre la validez y el alcance de este precepto podría dar lugar a casos como:

- Paralización de los instrumentos de planificación territorial o urbanística, ante la existencia de discrepancias entre la Administración Pública competente para su aprobación y el MINETUR.
- Aprobación de un instrumento de planificación territorial o urbanística, sin haber solicitado el informe preceptivo del MINETUR o no respetando el carácter vinculante de dicho informe.
- Autorización por el MINETUR del itinerario de una infraestructura concreta, en oposición a lo que señale el instrumento de planificación, sin que la Comunidad Autónoma o Corporación Local incorpore las rectificaciones pertinentes en dicho instrumento (por ejemplo, por considerarlas técnicamente inviables, por entrar en conflicto con otra normativa, o por considerar que no se dan los supuestos necesarios para que el MINETUR proceda a esta autorización).

Una posible vía, para avanzar en el objetivo deseado, sin incurrir en estos problemas, sería reorientar la redacción del artículo, limitando el papel del MINETUR a la emisión de un informe que deba tenerse en cuenta en el proceso de aprobación de los instrumentos de planificación territorial o urbanística, con un carácter determinante, pero no vinculante. Este carácter determinante, entendido como la necesidad de motivar y hacer pública cualquier desviación sobre el informe del MINETUR, cuenta, de hecho, con precedentes en la legislación estatal (por ejemplo, el artículo 16.6 de la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de calidad del aire y protección de la atmósfera otorga este carácter determinante a los planes y programas para la protección de la atmósfera, con relación a los instrumentos de planeamiento urbanístico y de ordenación del territorio).

Artículo 36. Impone la obligación de que los proyectos de urbanización en nuevas zonas prevean la instalación de infraestructuras de obra civil (cuyas características se fijarán por Real Decreto) para facilitar el despliegue de redes públicas de comunicaciones electrónicas y puedan incluir elementos y equipos de red pasivos, para su puesta a disposición de los operadores interesados. Se señala que el coste de construcción de estas instalaciones no puede repercutirse a los operadores, aunque los “Ayuntamientos podrán fijar una tasa ajustada a coste por el uso de las infraestructuras construidas”.

La CNC, en principio, considera positivo que las zonas de nueva urbanización se doten de determinadas infraestructuras pasivas que faciliten el despliegue de redes de telecomunicaciones.

No obstante, considera que la redacción del artículo y su conexión con otros del APL, plantea numerosos interrogantes que la MAIN no contribuye a aclarar. A continuación se citan algunos ejemplos:

- En conexión con el artículo 9.3 y en la medida en que la aplicación del artículo 36 da lugar a la instalación y explotación de redes públicas de comunicaciones electrónicas (o prestación de servicios) por parte de una administración pública

(se entiende que la titularidad de la instalación es pública), el artículo parece obligar a que todas las AA.PP. responsables de la urbanización de nuevas zonas constituyan entidades o sociedades con este objeto social o fin, lo que parece injustificado y desproporcionado.

- También debería justificarse la necesidad y proporcionalidad de la inclusión de “elementos y equipos de red pasivos”, dado que la MAIN no proporciona explicaciones al respecto. Asimismo, debe valorarse la proporcionalidad de trasladar estos costes (habitualmente asumidos por los operadores de redes de comunicación electrónicas) al promotor de la nueva urbanización. Además, parece que pueden ser relevantes la gestión y los costes de operación y mantenimiento, tras la recepción por un Ayuntamiento de la zona urbanizada, que deberían ser asumidos por la entidad local (tanto con relación a la obra civil, como a los elementos y equipos de red pasivos), que posiblemente, no sea la mejor posicionada para realizar este tipo de funciones (lo que previsiblemente tendrá incidencia negativa en la calidad de los servicios que puedan ofrecerse a través de la red).
- Por otro lado, debe aclararse la referencia a la posibilidad de que los Ayuntamientos fijen “una tasa ajustada a coste” por el uso de estas infraestructuras. La MAIN tampoco aclara nada al respecto y no resulta obvia la relación de esta tasa con otras que puedan gravar el aprovechamiento especial del dominio público o con la capacidad de las AA.PP. de cobrar por el uso de redes y prestación de servicios de titularidad pública (artículos 9 y 37, que establece que “las partes negociarán libremente” y reconoce el derecho a “establecer las compensaciones económicas que correspondan”).

Artículo 37. El APL impone determinadas obligaciones de acceso y uso de las infraestructuras susceptibles de alojar redes públicas de comunicaciones electrónicas o de estas redes. Así, las AA.PP. y las empresas y operadores de sectores distintos a los de comunicaciones electrónicas que sean titulares o gestionen infraestructuras de red en dominio público o beneficiarias de expropiaciones forzosas, deben facilitar el acceso a estas infraestructuras a los operadores que instalen o exploten redes públicas de comunicaciones electrónicas. Este acceso debe otorgarse en condiciones de igualdad, transparencia y no discriminación y, para las AA.PP. se aclara que no podrán establecerse derechos preferentes o exclusivos, ni adjudicarse por licitación. Se prevé la intervención de la CNMC en caso de conflicto de acceso.

La CNC valora desfavorablemente el establecimiento de una obligación asimétrica (puesto que se excluye de la misma a los operadores de redes de comunicación electrónica) por la que operadores de sectores como las infraestructuras viarias, ferroviarias, puertos, aeropuertos, abastecimiento de agua, transporte y distribución de gas y electricidad deben dar acceso a sus infraestructuras en dominio público, o resultado de expropiaciones forzosas, a los operadores del sector de comunicaciones electrónicas. La CNC considera que el establecimiento de este tipo de obligaciones distorsionaría la competencia en mercados mayoristas vinculados con las comunicaciones electrónicas, afectando a las decisiones de inversión y participación en estos mercados de estos operadores y limitando la competencia potencial en los mercados de comunicaciones electrónicas.

Cabe recordar a este respecto que estos operadores pueden aprovechar sus infraestructuras, por ejemplo, para ofrecer servicios de alquiler de líneas (ya sea troncales o terminales, según las características de su red), o alternativamente, para dar servicios de fibra oscura, sobre los cuales otros operadores, realizando las inversiones necesarias, pueden ofertar estos servicios de alquiler.

Dado que estos operadores tienen incentivos económicos para la explotación de su red, la imposición de la obligación de acceso no parece necesaria para el objetivo pretendido por la norma, y sin embargo puede distorsionar la competencia. Un ejemplo de la existencia de tales incentivos es que, de hecho, la creciente liberalización en el ámbito de las líneas troncales ha sido posible gracias a la activa participación de estos operadores.

La MAIN no proporciona información del tipo de obstáculos o la insuficiencia de incentivos que se hayan podido detectar para que estos operadores no hagan un uso eficiente de sus infraestructuras, y que habría justificado algún tipo de actuación.

Y en todo caso, la CNC considera que si se hubieran detectado obstáculos, por ejemplo, de naturaleza regulatoria, lo justificado y proporcionado habría sido suprimirlos, estableciendo en esta norma la posibilidad de que los operadores de este tipo de redes facilitasen el acceso a los operadores que pretendiesen desplegar redes de comunicaciones electrónicas y, en su caso, modificando la regulación sectorial que pudiera generar los obstáculos. En ausencia de estos obstáculos, o de las modificaciones de la normativa sectorial para su remoción, lo probable es que estas asimétricas obligaciones incluidas en el APL resulten ineficaces.

En todo caso, al obligar a que el acceso a estas infraestructuras se proporcione en condiciones de igualdad, no se está dando margen de negociación para que las condiciones de acceso se adapten a las necesidades de cada operador y se dificulta la gestión de los accesos en situaciones de saturación de la infraestructura. Por ello se estima más adecuado sustituir “en condiciones de igualdad, transparencia y no discriminación” por “en condiciones objetivas, transparentes y no discriminatorias”. Asimismo, en el apartado 5 se prevé la posibilidad de compensación a las AA.PP. titulares de estas infraestructuras por este acceso, pero no prevé esta compensación, sin justificación alguna, para los casos en los que el titular de la infraestructura no es Administración Pública, por ejemplo, cuando es una empresa privada.

Artículo 38. En el caso de entidades que gestionen infraestructuras de transporte de competencia estatal la obligación de acceso y uso se extiende a las propias redes de comunicaciones electrónicas.

Las observaciones del artículo 37 son aplicables también a este. Por otro lado, existen contradicciones entre lo que se dice en el articulado (acceso a “precios de mercado, siempre que se garantice al menos la recuperación del coste”), por un lado, y en la exposición de motivos y la MAIN (precios orientados a costes), por otro, en lo que se refiere al precio o compensación por este derecho de acceso.

En opinión de la CNC, el acceso y, especialmente, su precio deben ser negociados libremente entre las partes, con objeto de no distorsionar determinados mercados de servicios mayoristas de comunicaciones electrónicas y de servicios conexos (mercados

de alquiler de líneas y los servicios ascendentes de fibra oscura) y generar los incentivos adecuados para que estos operadores inviertan y participen en los mismos. Por lo tanto, se considera que debería redefinirse la obligación de acceso, regulándola como una posibilidad para las entidades que gestionan infraestructuras de transporte de competencia estatal (que puede someterse a condiciones como la objetividad o neutralidad), e indicar que el precio será libremente negociado entre las partes (la referencia a “precios de mercado” parece orientar a algún tipo de referencia externa y la de “precios orientados a costes” no es coherente con los objetivos de mantener los incentivos a la inversión de estos agentes). Como se ha señalado en el artículo 37, si se ha detectado algún obstáculo de tipo regulatorio para que estas entidades puedan explotar eficientemente sus infraestructuras, lo adecuado sería proponer las modificaciones oportunas en la regulación sectorial en el propio APL, para garantizar su eficacia.

Artículo 45. En relación con las infraestructuras comunes y redes de comunicaciones electrónicas en los edificios, se introduce una habilitación al MINETUR para imponer a los operadores y propietarios obligaciones de utilización compartida de los tramos finales de las redes de acceso, en los casos en los que la duplicación de la infraestructura sea inviable o ineficiente.

La CNC considera que puede resultar justificada la imposición de este tipo de obligaciones de utilización compartida, con objeto de posibilitar la competencia, en casos en los que existan justificaciones objetivas como las que se citan en la propuesta. No obstante, esta CNC considera que sería conveniente introducir, en el procedimiento, un informe previo de la CNMC, con objeto de que el MINETUR pueda disponer de la valoración de este organismo sobre el impacto que la eventual obligación tendría sobre la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas.

III.2.3. Sobre el Título IV

Artículo 56. El APL suprime el requisito de previo informe de la CMT (en su caso, de la futura CNMC) para aquellos supuestos en que el MINETUR apruebe especificaciones técnicas para aparatos de telecomunicación.

La CNC considera que este informe debería mantenerse, con objeto de que el MINETUR pueda disponer de la valoración de la CNMC sobre la eventual incidencia que la regulación técnica tendría sobre la competencia en los mercados de comunicaciones electrónicas.

Artículo 59. El APL amplía la potestad reglamentaria para imponer requisitos al ejercicio de la actividad de instalación o mantenimiento de equipos o sistemas de comunicación, al introducir el inciso “en especial” de forma que los citados en la ley (capacidad técnica, cualificación profesional, medios técnicos y cobertura mínima del seguro aval o garantía financiera) pasan a ser una lista abierta y no cerrada.

La MAIN no contiene referencia alguna a la necesidad de expandir el listado de requisitos para el ejercicio de esta actividad. Cabe recordar, además, que la regulación actual de esta actividad trae causa de la transposición de la Directiva de Servicios. Asimismo, conviene recordar que la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre

acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como Ley Paraguas) establece una serie de criterios que deben cumplir los requisitos exigidos para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios (artículos 5 y 9). La eventual imposición de estos requisitos requiere, por tanto, una justificación y evaluación previa que no se ha producido en este caso. Además, las prácticas de buena regulación aconsejan que sea desde la propia Ley donde se tase el tipo de requisitos exigibles, en la medida en que son restricciones al libre ejercicio de una actividad, dejando en el ámbito reglamentario exclusivamente su concreción. El inciso comentado se aparta de este enfoque, abriendo a la potestad reglamentaria la imposición de, en principio, cualquier tipo de requisitos. En consecuencia, la CNC considera que debe suprimirse el inciso “en especial”.

III.2.4. Sobre el Título V

Artículo 62. Este artículo establece en su apartado 8, que para evitar comportamientos especulativos o acaparamiento de derechos de uso del dominio público radioeléctrico, el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias o los pliegos de licitación, puedan establecer cautelas. Con el mismo propósito se establece la posibilidad de que el MINETUR pueda ordenar la venta o cesión de derechos de uso de radiofrecuencias.

La CNC considera que es razonable que el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias o los pliegos de licitación puedan incorporar condiciones un uso eficaz y eficiente dominio público radioeléctrico (como la fijación de plazos para el uso o incluso –en el caso de los pliegos de licitación- la fijación de límites a la cantidad de frecuencias atribuibles a un operador). Sin embargo, estas condiciones no deberían solaparse con las obligaciones que puedan imponerse a operadores con poder significativo de mercado, que tienen como objetivo disciplinar su comportamiento y favorecer la emergencia de competencia en el mercado y que derivan de la normativa comunitaria. En este sentido, preocupa especialmente la facultad que se propone atribuir al MINETUR para imponer la venta o cesión de derechos de usos. La CNC valora que esta facultad debería ser ejercida, en su caso, por la CNMC en el marco del proceso de análisis de mercados, definición de operadores con poder significativo de mercado e imposición de obligaciones que se regula en el Capítulo III del Título II.

En consecuencia, la CNC considera que debe revisarse la redacción del apartado, suprimiendo la competencia atribuida al MINETUR y orientando las condiciones que puedan imponer los pliegos de licitación o el Cuadro Nacional de Atribución de Frecuencias a garantizar un uso eficaz y eficiente del dominio público radioeléctrico.

Artículo 66. Este artículo aborda la regulación del principio de neutralidad tecnológica y de servicios en el uso del dominio público radioeléctrico, tasando los casos en que pueden preverse restricciones a los tipos de tecnología de acceso.

La CNC valora favorablemente esta regulación, que favorece un entorno más competitivo, al establecer la regla general de uso de cualquier tipo de tecnología y limitar los casos en que este principio puede restringirse, sometiéndolos a los principios de proporcionalidad y no discriminación.

Artículo 67. En materia de mercado secundario en el dominio público radioeléctrico, la nueva regulación resulta algo más restrictiva que la actual. En efecto, el artículo 67.2

establece que las transmisiones de titularidad “en ningún caso eximirán al titular del derecho de uso cedente” de las “obligaciones asumidas frente a la Administración” y elimina la posibilidad de que, mediante real decreto, puedan fijarse “los supuestos en que sean transferibles los títulos habilitantes de uso del dominio público radioeléctrico en los casos en que se produzca una subrogación en los derechos y obligaciones del operador”.

La CNC considera que la nueva regulación restringe la utilización del mercado secundario del espectro y, por tanto, puede dar lugar a una asignación más ineficiente y menos competitiva. A falta de una justificación específica (que no se lleva a cabo en la MAIN), la CNC considera que debería dejarse abierta la posibilidad de establecer reglamentariamente supuestos de transferibilidad de títulos habilitantes con subrogación en los derechos y obligaciones del operador.

III.2.5. Sobre el Título VI

Artículo 69. Esta disposición traslada, en líneas generales, los contenidos del proyecto de Ley de Creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, actualmente en tramitación parlamentaria.

No obstante, lo recogido en la función 69.v (ejercer las competencias que en materia de telecomunicaciones no hayan sido atribuidas de manera expresa a la CNMC o cualquier otro organismo) es contrario a la decisión adoptada en el proyecto de Ley de Creación de la CNMC y debería suprimirse. La disposición adicional quinta del citado proyecto de Ley atribuye a la CNMC todas las funciones que la legislación vigente atribuye a la CMT, y que no hayan resultado expresamente atribuidas al MINETUR.

La CNC considera que este cambio respecto a la decisión adoptada en el proyecto de Ley de la CNMC puede debilitar la capacidad de este organismo para establecer una regulación *ex ante* eficiente de los mercados de comunicaciones electrónicas, por lo que valora desfavorablemente esta modificación. En todo caso, si se ha identificado alguna función de la CMT adicional a las contempladas en el proyecto de Ley de Creación de la CNMC que, por su naturaleza y por no estar vinculada a la regulación *ex ante* que deberá ejercer la CNMC, deba ejercer el MINETUR, lo adecuado sería identificarla de forma expresa en el APL.

Además, el artículo 69 presenta algunos problemas de concordancia y coherencia que se recogen a continuación:

- La función atribuida al MINETUR por el artículo 69.j (imponer obligaciones de acceso o interconexión a operadores sin poder significativo en el mercado) está vacía de contenido, por lo que debería suprimirse. En efecto, la redacción del artículo 14.2 del APL ha eliminado esta posibilidad. Se advierte, además, un error de coordinación, puesto que, en todo caso, la referencia debería ser al artículo 14 del APL y no al 13 (artículo equivalente de la vigente LGTEL).
- La función atribuida al MINETUR por el artículo 69.n (imponer condiciones especiales que garanticen la no distorsión de la competencia) también está vacía de contenido y debería suprimirse. En este caso, el artículo 9 al que se hace referencia (Instalación y explotación de redes y prestación de servicios de comunicaciones electrónicas) no contempla la posibilidad de establecer “condiciones especiales”.

III.2.6. Sobre el Título VIII

Artículo 72. Las actuaciones de inspección se atribuyen al MINETUR, salvo en aquellas materias en las que la CNMC tenga competencia sancionadora, en cuyo caso le corresponden a esta. El artículo habilita a la CNMC a solicitar la actuación del MINETUR para determinadas actividades de inspección técnica.

La CNC valora favorablemente esta posibilidad de colaboración. No obstante, esta CNC considera que el APL debería aclarar que la solicitud por parte de la CNMC de actuaciones del MINETUR se refiere a “materias de su competencia en el ámbito de aplicación de esta Ley”, dado que la CNMC también tiene atribuidas facultades de inspección en otros ámbitos (en particular, la aplicación de la LDC).

Artículo 73. En este artículo se establecen las facultades de inspección de los funcionarios destinados en la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información (SETSI). Estas facultades son similares a las que el proyecto de Ley de Creación de la CNMC establece para los funcionarios destinados en este organismo, aunque presentan algunas diferencias.

La CNC valora favorablemente este refuerzo de la capacidad inspectora. No obstante, considera que deberían justificarse las diferencias entre las capacidades previstas en el APL (para funcionarios de la SETSI) y el proyecto de Ley de Creación de la CNMC (para funcionarios de la CNMC). En caso de que estas diferencias no se justifiquen a la distinta naturaleza u objetivos de la inspección se considera que sería aconsejable la máxima convergencia posible al modelo establecido en la Ley de Creación de la CNMC. Esta convergencia es especialmente necesaria a la luz de la posibilidad de cooperación establecida en el artículo 72.4.

Artículos 75 a 84. Regulan el régimen de infracciones y sanciones. Las modificaciones introducidas suponen, en general, una reducción de los supuestos de infracción grave o muy grave en materia de interceptación legal de las comunicaciones, aplicando el criterio de reservar esta calificación a las conductas que revisten especial importancia y vulneran los derechos de las personas al secreto de las comunicaciones. Los supuestos de infracciones administrativas que no afectan a los derechos de las personas ven rebajada la calificación a infracciones leves.

La CNC no plantea objeciones a la orientación de los cambios que en la tipificación de las infracciones plantea el APL.

No obstante, la CNC considera que es necesario revisar y, en su caso, ajustar el régimen de competencias sancionadoras (artículo 84) teniendo en cuenta la disposición adicional quinta del proyecto de Ley de Creación de la CNMC y la observación realizada con relación al artículo 69.v del APL. En este sentido, y en coherencia con la regla de atribución que establece la citada disposición adicional quinta, debería valorarse invertir el enfoque del artículo 84, atribuyendo a la Secretaría de Estado de Telecomunicaciones y Sociedad de la Información (SETSI) la competencia sancionadora exclusivamente con relación a los supuestos en los que el APL le atribuye funciones regulatorias o de control, y a la CNMC en el resto de los casos. El objetivo sería evitar la posibilidad de que algún supuesto de infracción, vinculado a

competencias que la regulación vigente atribuye a la CMT y que pasarían a ser ejercidas por la CNMC, deba ser sancionado por la SETSI.

Por otro lado, la CNC considera deseable una aproximación entre los regímenes sancionadores previstos en el APL y el vigente en la LDC (lo que afecta, especialmente, a los artículos 79 y 80). Esta aproximación es necesaria en la medida en que ambos regímenes sancionadores deberán ser aplicados por un mismo organismo, la CNMC. A este respecto, resultan especialmente preocupantes los límites impuestos a las multas en el artículo 79, establecidos en cifras absolutas (como máximo, 20 millones de euros, en el supuesto más grave) y no vinculados a la capacidad económica del infractor. En supuestos de transgresión de las obligaciones regulatorias que imponga la CNMC, estos límites pueden dar lugar a que las sanciones tengan escaso potencial desincentivador (habida cuenta de su reducido impacto en comparación con la facturación de las empresas con poder significativo de mercado) a pesar de que las conductas pueden tener un efecto tan perjudicial en el mercado como las infracciones a la LDC, en los supuestos más graves (que pueden suponer multas de, como máximo, un 10% de la facturación de las empresas responsables, lo que permite graduar la sanción en función de la gravedad de la conducta, el carácter desincentivador que debe tener, y la capacidad económica de la empresa).

Por otro lado (artículo 84), se considera que la capacidad de sancionar la infracción prevista en el artículo 77.11 (negativa u obstrucción a ser inspeccionado) debería ser compartida entre SETSI y la CNMC (y no atribuida exclusivamente a la CNMC) dado que la SETSI también tiene capacidad inspectora en las materias de su competencia.

Disposición adicional décima. Establece que cualquier medida normativa aprobada con posterioridad a la Ley o cualquier acto administrativo ejecutado en aplicación de dicha medida, si impone obligaciones de servicio público con carácter generalizado a los operadores o a un grupo específico de los mismos, requerirá un informe preceptivo del MINETUR (que será un requisito esencial en la tramitación) y deberá contemplar los mecanismos de financiación de las obligaciones o de cualquier carga administrativa que se impongan, que no podrán ser a cargo de los operadores.

En opinión de la CNC esta disposición, de marcada orientación proteccionista para el sector, tiene un carácter excesivamente general y consecuencias difícilmente previsibles. A título ilustrativo:

- Puede derivar en paralización de las actuaciones administrativas, ya que cualquier acto administrativo, (por ejemplo un requerimiento de información), que entre en los supuestos de la disposición adicional décima requerirá un informe previo del MINETUR.
- Puede entrar en conflicto con otros intereses generales legítimos (por ejemplo, relacionados con la seguridad de las comunicaciones o con la protección de datos de carácter personal).
- Puede resultar discriminatoria respecto a otras actividades: por ejemplo, podría entenderse que una obligación de conservación o de destrucción de determinado tipo de datos que afecte a estos operadores y, posiblemente, a otro

tipo de empresas, se vería sometida en el primer caso a obligaciones de informe y financiación y en el segundo no.

- Puede incluso entrar en conflicto con la normativa derivada del propio APL, por ejemplo, con relación a las obligaciones de servicio público que el Gobierno pudiera imponer de acuerdo con el artículo 28.1 y 28.2 (que requieren un desarrollo reglamentario –medida normativa aprobada con posterioridad a la Ley- y, posiblemente, actos administrativos para su aplicación) o con la que impone el artículo 28.4 (también sujeta a un desarrollo reglamentario que podría suponer, por ejemplo, cargas administrativas para los operadores).
- La vaguedad del precepto y la obligación de financiación (incluso de conceptos tan difíciles de cuantificar como las cargas administrativas que deben soportar los operadores) también puede dar lugar a que la aplicación de la norma de lugar a conflictos con la normativa de ayudas públicas (por ejemplo, una imposición de obligaciones de servicio público, con financiación asociada, podría encubrir una subvención a una empresa o a un grupo concreto de empresas, con efectos anticompetitivos).

La CNC considera que sería deseable suprimir la disposición, en el entendimiento de que lo que se dice en el capítulo I del Título III del APL es ya una regulación suficiente de las obligaciones de servicio público que pueden recaer sobre los operadores de redes y prestadores de servicios de comunicaciones electrónicas. En todo caso, parece indispensable, al menos, proceder a una revisión de la misma. Dicha revisión debería, a juicio de la CNC, acotar su alcance, eliminar los elementos más paralizantes y desproporcionados (no es proporcionado que el MINETUR deba informar cualquier acto administrativo ejecutado en aplicación de una medida normativa de cualquier administración pública –que entre en los supuestos de la disposición- y mucho menos que ese informe tenga un carácter esencial en el procedimiento) y reorientar la redacción hacia la aplicación de criterios para la actuación de las Administraciones Públicas, como la justificación, proporcionalidad, el carácter no discriminatorio de las obligaciones que se pudieran imponer, estableciendo también criterios para la financiación de las mismas.

Disposición final quinta. Añade una nueva disposición adicional a la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (LOE) con dos efectos. Por un lado suprime la obligación de obtener licencia u otra autorización administrativa para la instalación de infraestructuras de red o estaciones radioeléctricas en dominio privado (edificios). Por otro lado, recuerda que debe “elaborarse el oportuno proyecto” si las obras a realizar así lo requieren según lo dispuesto en la LOE “que debe estar firmado por técnico competente de acuerdo con la normativa vigente”.

Cabe recordar que la LOE establece la obligatoriedad de proyecto (artículo 2.2 en conexión con el artículo 4) para edificios de nueva construcción, obras que alteren la configuración arquitectónica de los edificios y determinadas obras que afectan a edificios o partes de los mismos objeto de especial protección (por ejemplo, por razones histórico-artísticas). En estos casos la LOE también indica quién es el técnico competente para elaborar el proyecto (artículo 10) en función de los usos a que vayan destinados los edificios (por ejemplo, un ingeniero o ingeniero técnico agrónomo podría

ser el técnico competente si la instalación va a realizarse en un edificio de uso agrario y requiere proyecto por alterar su configuración arquitectónica).

Este recordatorio sirve para constatar que en la mayor parte de los casos la LOE no impone la elaboración del “oportuno proyecto” para la instalación de infraestructuras de red o estaciones radioeléctricas en dominio privado (salvo en edificios con especial protección o en casos que afecten a su configuración arquitectónica) y, al no exigir el proyecto, tampoco determina quién es el técnico competente.

A juicio de la CNC, la redacción de la disposición puede dar lugar a confusión. Así, podría entenderse que este tipo de instalaciones siempre requieren proyecto y que éste siempre debe estar firmado por un técnico competente. También podría entenderse que sólo requieren proyecto cuando lo impone la LOE (lo que chocaría con otras normas, como el RDL 1/1998, que impone el proyecto de infraestructuras comunes de telecomunicaciones, con independencia de que altere o no la configuración arquitectónica del edificio o afecte a un edificio con algún tipo de protección) y que, en este o en todos los casos el proyecto debe venir firmado por un técnico competente en el sentido definido por la LOE (esto es, un arquitecto si el edificio tiene uso residencial), lo que también entra en conflicto con otra normativa (el propio RDL 1/1998).

Dado que el objetivo del último inciso de la disposición (desde “sin perjuicio” hasta “normativa vigente” parece ser recordar la normativa vigente, y teniendo en cuenta los problemas de confusión que puede generar, la CNC considera que sería preferible suprimirlo.

Disposición final sexta: Introduce un apartado 6.3 en el RDL 1/1998, de 27 de febrero, sobre infraestructuras comunes en los edificios para el acceso a los servicios de telecomunicación. Esta modificación parece responder a sentencias recientes del Tribunal Supremo (TS) y tiene dos efectos. El primero, establecer que el proyecto técnico que se exige para las infraestructuras comunes de telecomunicaciones (ICT) debe estar firmado “por un ingeniero o ingeniero técnico competente en la materia”. El segundo, establecer que dicho proyecto técnico debe ser objeto de un análisis previo detallado por una entidad independiente previamente acreditada. Se establece la posibilidad de que este análisis sea ejercicio por la SETSI, previo pago de la tasa que “legalmente se establezca”.

Cabe recordar que el TS, ha interpretado en sentencias recientes (STS 6694/2012) que la redacción del artículo 3 del RDL 1/1998 fue modificada implícitamente por la disposición derogatoria de la Ley Paraguas, de forma que la competencia para firmar los proyectos técnicos de ICT ha pasado a estar atribuida a “los ingenieros o ingenieros técnicos que tengan conocimiento en la materia”, en lugar de a “un ingeniero de telecomunicación o un ingeniero técnico de telecomunicación”. El TS fundamenta esta interpretación en que “el requisito de que los proyectos técnicos de ICT sean elaborados necesaria y exclusivamente por ingenieros de una concreta especialidad es contrario a las exigencias de la Ley 17/2009 para toda limitación al libre ejercicio de prestación de servicios, así como a las de la Directiva de Servicios” y explica, además, que “no parece plausible entender que una labor profesional tan concreta y limitada como la elaboración de un proyecto técnico para las instalaciones comunes de telecomunicaciones en los edificios pueda calificarse como una “actividad”,

entendiendo que “cuando la Directiva primero y la Ley interna después hablan de reservar una actividad a una profesión ha de entenderse que, en principio y a salvo de cualquier excepción, ambas normas se refieren a una actividad genérica”, dado que en caso contrario podrían “establecerse todo tipo de excepciones casuísticas”.

Asimismo, el TS ha interpretado (STS 6694/2012 y STS 6512/2012), con relación a la exigencia de una verificación externa de los referidos proyectos técnicos de ICT (contenida en el RD 309/2011) que “no puede entenderse que la discutida verificación externa obligatoria esté justificada por una razón imperiosa de interés general (art. 9.2.b de la Ley española)- con lo que tampoco sería proporcionada a dicha razón”. Es decir, esta exigencia es también contraria a la normativa de transposición de la Directiva de Servicios, por lo que el TS ha considerado nulos los incisos de la disposición reglamentaria que hacen referencia a la misma.

La CNC comparte estas interpretaciones del TS y además considera que las disposiciones anuladas suponían restricciones no justificadas a la competencia. Por otro lado, su contenido es también contrario a los objetivos que persigue el APL de Garantía de Unidad de Mercado, recientemente sometido a audiencia pública.

El efecto que causaría la disposición final sexta del APL sería dotar de apariencia de legalidad a estas restricciones al ejercicio de las actuaciones de proyectista de ICT. Por un lado, a través del inciso “competente en la materia” (que puede interpretarse de forma diferente a la condición de tener “conocimientos en la materia” a la que hace referencia la STS, dado que el término “competente” se emplea frecuentemente en la normativa española para hacer referencia a competencias legalmente atribuidas). Por otro lado, reinstaurando un proceso de verificación previa que el TS ha considerado no justificable por razones de interés general. Además, teniendo en cuenta que el APL declara perseguir un aumento de la seguridad jurídica, la CNC entiende que se podría hacer uso de la oportunidad de proponer modificaciones en el RDL 1/1998 para trasladar a su artículo 3 la jurisprudencia del TS y eliminar los incisos “de telecomunicaciones” haciendo transparente que las actuaciones de firmar proyectos de ICT quedan abiertas a todos los ingenieros e ingenieros técnicos.

Por otro lado, la MAIN no aporta justificación alguna para estas modificaciones.

En consecuencia, la CNC considera que debe suprimirse esta disposición adicional.