CNMC: Objeciones de la Comisión Europea

POR **ÁNGEL GARCÍA CASTILLEJO**

En el número anterior número de Telos arrancábamos con el inicio de la tramitación parlamentaria del Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia (CNMC), identificando ese momento como el epílogo de un período de la regulación de las comunicaciones electrónicas marcado por la liberalización del sector y la aparición del regulador independiente: la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones.

La tramitación parlamentaria de este proyecto legislativo ha experimentado circunstancias que no tienen parangón con experiencias anteriores, pues la Comisión Europea se ha mostrado especialmente activa a la hora de trasladar al gobierno español sus objeciones y diferencias respecto de esta iniciativa. La propia vicepresidenta de la Comisión Europea (CE), Neely Kroes, no dudó en hacer llegar el 11 de febrero de 2013 al gobierno español una carta en la que mostraba su preocupación por la iniciativa legislativa. La vicepresidenta recuerda la carta previamente remitida en igual sentido por cuatro Directores Generales de la Comisión en la que se pone de manifiesto el temor a que se termine consolidando en España un organismo que pudiera suponer la pérdida de la claridad regulatoria, la pérdida de independencia en la regulación que ha caracterizado la actuación de la CT desde su constitución, lo cual se separa de los objetivos políticos de la Unión Europea.

Lo relevante de esta relación epistolar entre la Comisión Europea y el Ejecutivo español es que termina traduciéndose en sendas enmiendas parciales al texto del Proyecto de Ley que son presentadas por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados a modo de autoenmienda, por lo que se termina adecuando, al menos formalmente, el texto a gran parte de las exigencias de la Comisión. De este modo el texto del proyecto, ya una vez en el Senado y estimando que para principios de junio haya terminado su tramitación parlamentaria, hace previsible que hacia el mes de julio se pueda proceder al proceso de elección del primer Consejo de la CNMC. Esta y otras novedades legislativas y regulatorias son abordadas a continuación.

Comunicaciones electrónicas

Como hemos visto, ha continuado la tramitación del Proyecto de Ley de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), que tras su paso por el

Fundación Telefónica
Telefónica

Congreso ha incorporado una serie de enmiendas que modifican el texto original. Así, tras las críticas del sector, de distintos foros y de la propia Comisión Europea, se separan en el seno del Consejo de la CNMC, mediante dos Salas las funciones de regulación sectorial y de Competencia (*ex ante* y *ex post*). El nuevo artículo 18, referido a las salas del Consejo, establece que ahora este consta de dos Salas, una dedicada a temas de competencia y otra a supervisión regulatoria. Cada una de ellas estará compuesta por cinco miembros del Consejo. La Sala de Competencia estará presidida por el presidente de la CNMC y la de Supervisión regulatoria por su Vicepresidente. El Consejo en pleno determinará la asignación de los miembros del Consejo a cada sala y, en los términos establecidos reglamentariamente, aprobará y publicará el régimen de rotación entre salas de los consejeros, incluyendo los criterios de selección y periodicidad de las rotaciones. Cuando concurran circunstancias excepcionales que lo justifiquen, podrá adoptar otras medidas tendentes a garantizar el adecuado funcionamiento de las Salas.

Desaparece del texto del proyecto la previsión que antes encontrábamos en el artículo 23 de la posibilidad de crear en el seno del Consejo una Comisión Ejecutiva para la gestión ordinaria de los asuntos; y en lo que se refiere a las funciones del Consejo de la CNMC, el artículo 20 (antiguo 18) ahora el Consejo -frente a la previsión anterior, por la que era el propio gobierno el que nombraba directamente a los Directores de Instrucción, figuras clave en el funcionamiento interno del futuro organismo- tiene asignada la función de nombrar al personal directivo a propuesta del Presidente, además de al Secretario del Consejo, que ya se encontraba previsto. Con esta modificación se satisfaría una de las peticiones de la vicepresidenta de la Comisión Europea en la perspectiva de salvaguardar el regulador de las comunicaciones electrónicas y resto de sectores.

Ahora bien, frente a lo anterior, nos encontramos con que el gobierno, por la vía de la reserva que hace para sí de la aprobación del Estatuto orgánico por el que se concreta la estructura interna de la CNMC (artículo 26, antiguo artículo 23 del proyecto), se arroja la determinación de la distribución de asuntos en el Consejo -entre el Pleno y las Salas- de las funciones y la estructura interna de las Direcciones de Instrucción y demás áreas de responsabilidad, cualquiera que sea su denominación, al frente de las cuales se designará al personal directivo. Por tanto, el estatuto orgánico que se aprueba mediante Real Decreto por el gobierno gana importancia y peso en la concreción de la estructura de la CNMC y de alguna manera cuestiona la independencia efectiva de la CNMC respecto del Gobierno de turno.

Decir que a la vista de la petición de la vicepresidenta de la CE de que no se hurtaran al regulador independiente las competencias y funciones que hasta la fecha ha venido desempeñando la CMT, ello ha supuesto la supresión de la Disposición adicional octava del texto del Proyecto de Ley, por la que el Gobierno se hacía con competencias que hasta hoy ostenta la CMT.

Por último, el proyecto legislativo, en materia de tasa de operadores recoge un incremento del 50 por ciento hasta el 1,5 por mil de los ingresos brutos de explotación de los operadores de comunicaciones electrónicas, que hoy es el 1 por mil. Tal y como se redactó el Proyecto de Ley por el gobierno, la tasa de operadores pasa a ser gestionada y recaudada por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, que además incrementa el tipo, con lo que ello supone para los

Fundación Telefónica
Telefónica

operadores e indirectamente para los usuarios finales. Para ello se modifica la redacción de la Disposición final quinta-dos de 'Modificación de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones.

Servicio universal y despliegue de redes de Banda Ancha

En materia de servicio universal nos encontramos con la Recomendación 2012/798/UE de la Comisión Europea, de 12 de diciembre de 2012, relativa al procedimiento de notificación previsto en el artículo 22, apartado 3, de la Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DOUE de 19 de diciembre de 2012).

Respecto del despliegue de redes de Banda Ancha, la Comunicación de la Comisión Europea ha aprobado las Directrices de la Unión Europea para la aplicación de las normas sobre ayudas estatales al despliegue rápido de redes de Banda Ancha, publicadas en el DOUE 26 de enero de 2013. La Comisión Europea ha adoptado las Directrices para la aplicación de los principios en materia de ayudas de Estado en la UE para ayudar a definir y concretar las reglas para el sector en materia de despliegue de redes de Banda Ancha. Estas directrices ayudarán a los Estados miembros a alcanzar el objetivos de la Agenda Digital de la UE.

Las Directrices refuerzan las obligaciones de acceso abierto y mejoran las normas de transparencia. También siguen los principios de ayudas estatales de la iniciativa de la Comisión de Ayudas de Estado (SAM), que tiene por objeto facilitar un buen diseño de las iniciativas públicas y su financiación dirigida a resolver las fallas del mercado con el fin de lograr que fomenten el crecimiento y concreción de las prioridades, al tiempo que simplifica las normas para permitir decisiones más rápidas en el despliegue de las redes de Banda Ancha, alcanzando una combinación adecuada entre lo público y la inversión privada mientras se desarrolla un entorno favorable a la competencia.

Los cambios se basan en una consulta pública realizada en dos etapas y un intenso diálogo con todas las partes interesadas (los Estados miembros, los reguladores nacionales de las telecomunicaciones, las ayudas que conceden las autoridades, los operadores de telecomunicaciones, asociaciones empresariales, asociaciones de consumidores y ciudadanos). Estos cambios se centran en los siguientes principios y prioridades:

-Neutralidad tecnológica: las nuevas directrices tienen en cuenta?los avances tecnológicos, reconociendo que las redes ultrarrápidas (*Next Generation Access*) pueden estar basadas en diferentes plataformas tecnológicas.

-Redes de Banda Ancha ultrarrápidas, para ayudar a lograr el objetivo de la Agenda Digital de la entrega de conexiones muy rápidas (de más de 100 Mbps) a la mitad de hogares europeos para el año 2020.

-Cambios en materia de conectividad, de tal manera que se pasa a proteger a los inversores privados. Para ello las? directrices exigen que toda inversión pública debe cumplir con el llamado 'cambio de ritmo', lo cual significa que la financiación pública de una infraestructura

Fundación Telefónica

solo puede permitirse si se proporciona una mejora sustancial con respecto a redes existentes y no solo una mejora marginal en la conectividad de los ciudadanos.

-Refuerzo del principio de acceso abierto, de tal manera que cuando una red se realiza con fondos públicos es justo que los consumidores se beneficien de una auténtica red abierta donde se garantiza la competencia.

-Transparencia: las Directrices, en sus nuevas disposiciones relativas a la publicación de documentos, la creación de una base de datos centralizada de las infraestructuras existentes y la introducción de la obligación *ex post* de informar a la Comisión.

Números de emergencia y protección de datos

En otro orden regulatorio, nos encontramos con sendas Resoluciones del Parlamento Europeo en materia de Servicio Universal, Banda Ancha, números de emergencia y protección de datos. En relación con el Servicio Universal y números de emergencia (el 112), el Parlamento Europeo destaca la importancia de las Obligaciones de Servicio Universal (OSU) como red de seguridad para la integración social cuando las fuerzas del mercado no han sabido proporcionar por sí solas servicios básicos a los ciudadanos y a las empresas.

Junto a lo anterior, el Parlamento Europeo destaca que el número europeo de urgencia 112 puede salvar vidas y aumenta la protección de los ciudadanos de la UE, sirviendo como un sistema de apoyo importante para los ciudadanos y consumidores del mercado interior; subraya la importancia de asegurar un funcionamiento correcto del número 112 en toda la Unión; considera que la Comisión debería garantizar que todos los segmentos de la sociedad tengan acceso a este servicio, incluidas las personas con discapacidad (problemas de audición, trastornos del habla, etc.) y otros grupos vulnerables.

En el ámbito jurisdiccional y en materia también de ayudas de Estado y comunicaciones electrónicas, nos encontramos la sentencia del Tribunal de Justicia de la UE (Gran Sala) de 19 de marzo de 2013 en el recurso de casación en materia de Ayudas de Estado, Medidas financieras en favor de France Télécom, en la que se pronuncia sobre el proyecto de anticipo de accionista, las declaraciones públicas de un miembro del gobierno francés, y se falla que se declara la ayuda incompatible con el mercado común y no se ordena su recuperación, en tanto que se considera la ayuda de Estado.

En materia de numeración, en el Boletín Oficial del Estado de 23 de enero de 2013 se publicó el Anuncio de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones por el que se notifica el inicio del procedimiento para la asignación de recursos públicos de numeración para la prestación de servicios de mensajes cortos de texto y mensajes multimedia (regulación del juego).

Audiovisual

El 28 de febrero de 2013 se publicó como documento de sesión del Parlamento Europeo, el

Fundación Telefónica

Informe sobre Aplicación de la Directiva de servicios de comunicación audiovisual (2012/2132(INI)). En este informe se recoge la evaluación y propuestas respecto de la aplicación de esta Directiva clave en materia de contenidos audiovisuales relacionados con la protección de los menores, publicidad y fomento de la producción audiovisual en la UE y sus Estados miembros.

Por otro lado y con un gran impacto en este sector, nos encontramos con la sentencia de 27 de noviembre de 2012, de la Sala Tercera del Tribunal Supremo español, por la que se declara la nulidad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010, por el que se asigna un múltiple digital de cobertura estatal a cada una de las sociedades licenciatarias del servicio de Televisión Digital Terrestre de ámbito estatal (BOE No. 306, de 21 de diciembre de 2012).

Esta sentencia ha provocado a su vez un Acuerdo del Consejo de Ministros de 22 de marzo de 2013, por el que se procede a dar cumplimiento a la misma y que, por tanto, ordena el cese de las emisiones de los canales adicionales prestados por los antiguos concesionarios y hoy licenciatarios Antena 3, Mediaset, Net Tv y Veo TV, que en el caso de los dos primeros han absorbido los de Sogecable y La Sexta respectivamente, que fueron objeto del Acuerdo del Consejo de Ministros de 16 de julio de 2010 que anula el Tribunal Supremo. Ahora bien, la decisión anterior queda ‘en suspenso’ -pudiendo mantenerse estas emisiones por interés general- en tanto culmina el proceso de implantación del denominado dividendo digital.

En este ámbito jurisdiccional también nos encontramos con la sentencia, en este caso de la Sala Cuarta del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 7 de marzo de 2013, recaída en el asunto C-607/11, relativa a la difusión por un tercero a través de Internet de las emisiones de emisoras comerciales de televisión (*live streaming*) y el concepto de difusión al público. El Tribunal de Justicia de la UE declara que el concepto de ‘comunicación al público’, en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2001, relativa a la armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines a los derechos de autor en la Sociedad de la Información, debe interpretarse en el sentido de que comprende una retransmisión de las obras incluidas en una emisión de televisión terrestre realizada por un organismo distinto del emisor original, mediante un flujo de Internet puesto a disposición de los abonados de ese organismo que pueden recibir esa retransmisión conectándose al servidor de este y aun cuando esos abonados se hallen en la zona de recepción de esa emisión de televisión terrestre y puedan recibirla legalmente en un receptor de televisión.

No influye en lo dicho anteriormente el hecho de que una retransmisión como la discutida en el asunto principal se financie con la publicidad y tenga así carácter lucrativo, como tampoco el que dicha retransmisión sea realizada por un organismo que se encuentra en competencia directa con el emisor original.

Las demandantes en el litigio principal son siete emisoras comerciales de televisión del Reino Unido que interpusieron una acción contra TV Catchup ante la High Court of Justice (England & Wales) (Chancery Division) por posible violación de sus derechos de autor sobre sus emisiones y sus películas, consistente en particular en una comunicación al público prohibida por el artículo 20 de la Ley de 1988 sobre los derechos de autor, los dibujos y las patentes, en su

Fundación Telefónica
Telefónica

versión aplicable a los hechos del litigio principal, y por el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29.

Por su parte, la demandada, TV Catchup, ofrece en Internet servicios de difusión de emisiones de televisión. Esos servicios permiten a los usuarios recibir 'en directo' por medio de Internet flujos de emisiones televisivas en abierto, incluidas las emisiones televisivas difundidas por las demandantes en el litigio principal. TV Catchup comprueba que los usuarios de sus servicios solo obtengan el acceso a un contenido si ya disponen legalmente del derecho a verlo en el Reino Unido gracias a su licencia de televisión. Las condiciones -que los usuarios deben aceptar- comprenden, pues, la posesión de una licencia de televisión válida y un uso de los servicios de TV Catchup restringido al Reino Unido. El sitio Internet de TV Catchup dispone de equipos que le permiten identificar el lugar en el que se halla el usuario y que deniegan el acceso cuando no se cumplen las condiciones exigidas a los usuarios.

Los servicios ofrecidos por TV Catchup se financian con la publicidad. Se trata de una publicidad audiovisual presentada antes de que se puedan ver los flujos de vídeo de la emisión de que se trate. La publicidad ya contenida en las emisiones originales se conserva sin modificación y se envía al usuario como un componente del flujo. También se muestra publicidad 'por inserción' (*in-skin*) en el ordenador u otro aparato del usuario.

Según el tribunal peticionario de la decisión prejudicial, las sentencias del Tribunal de Justicia de la UE de 7 de diciembre de 2001 y de 13 de octubre de 2012 no permiten determinar claramente si una entidad como TV Catchup realiza una 'comunicación al público' en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29 cuando, con plena conciencia de sus actos y con vistas a atraer a un público para sus propias transmisiones y su propia publicidad, transmite emisiones de radiodifusión a través de Internet a personas del público que habrían tenido derecho a acceder a la señal de radiodifusión original utilizando sus propios aparatos de televisión o sus propios ordenadores portátiles en su domicilio.

Ya en el orden legislativo, en este caso autonómico español, la Comunidad Autónoma de Madrid ha aprobado la Ley 6/2012, de 20 de diciembre, de derogación de la Ley 5/1984, de 7 de marzo, reguladora del Consejo Asesor de Radio y Televisión Española en la Comunidad de Madrid (BOE No. 36, de 11 de febrero de 2013).

Sociedad de la Información (SI) y propiedad intelectual

El Gobierno ha aprobado el Real Decreto 1657/2012, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de pago de la compensación equitativa por copia privada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado (BOE No. 295, de 8 de diciembre de 2012).

Fundación Telefónica
Telefónica