

**Sentencia de la Audiencia Nacional de 23 octubre 2001 (Sala de lo Contencioso-administrativo -
Sección 8).
Ponente Sr. Sánchez Díaz**

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Se impugna en este recurso la R 4 Nov. 1999, de la Presidencia de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, por la que se hace pública la Circular 1/1999, de 4 Nov., de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, sobre la implantación de la preasignación de operador por los operadores dominantes en el Mercado de Redes Públicas de Telecomunicaciones Fijas.

La parte actora «Telefónica de España, S.A., Sociedad Unipersonal», pretende la anulación de determinados preceptos de dicha Circular por considerarlos no ajustados a Derecho.

Como primer motivo impugnatorio plantea que ha existido vulneración de principio de legalidad, al apreciar que la Comisión en su actuación ha rebasado en algunos de sus apartados [7.º (cuatro primeros párrafos), 8.º y 10.º] el ámbito propio de las instrucciones o circulares, transformando la Circular en verdaderas normas reglamentarias, para cuya elaboración la Comisión carece de potestad.

Apreciación que apoya en la inexistencia de una habilitación legal para dictar normas reglamentarias, que exige el art. 15 de la L 24/1988 de 28 Jul. A estos efectos argumenta que la L 12/1997 simplemente otorga a la Comisión la facultad de dictar instrucciones.

Segundo. Para enjuiciar esta cuestión es preciso destacar lo siguiente. **En el Derecho español no cabe desconocer, de una parte, la tenencia de una Potestad normativa propia de la Comisión, ejercida en un ámbito determinado de materias y operadores y, de otra, la posibilidad de otro ámbito distinto de facultades, ejercidas previa habilitación de quien detenta o ejerce la potestad reglamentaria.**

En el primero de los ámbitos indicados la asignación de potestades normativas propias se circunscribe a un espacio materia) y subjetivo determinado. Así el RDL 6/1996 (art. 1.Dos, 2.d) ya precisó que la Comisión podía adoptar las medidas necesarias para salvaguardar la libre competencia del mercado, en particular en lo que se refiere a la pluralidad de oferta de servicios, al acceso a las redes, de telecomunicaciones por lar, operadores y a la interconexión a las redes, dictando al efecto, instrucciones para las entidades que operan en el sector, que serán vinculantes una vez publicadas en el BOE.

En este mismo sentido el RD 1994/1996, de 6 Sep., precisaba la calificación que debía adoptar la norma, a la vez que determinaba su ámbito. Establecía en el art. 20.2 de su Reglamento que las «instrucciones a que se refería el apartado anterior recibirán la denominación de Circulares de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones», Una mayor precisión se alcanza en el Reglamento de Régimen Interior de la Comisión en el que se distingue entre instrucciones Internas, referidas al funcionamiento de los servicios de la Comisión que han de ser dictadas por su Presidente, e instrucciones externas a las que denomina Circulares (arts. 3.2 y 13.3.e).

La L 12/1997, de 24 Abr., de Liberalización de las Telecomunicaciones mantiene el esquema competencial indicado reafirmando el apartado f, del párr. 2 del art. 1 que «para salvaguardar la libre competencia en el mercado... la Comisión podrá dictar instrucciones para las entidades que operen el sector que serán vinculantes una vez publicadas en el Boletín Oficial U Estado». Esta Ley otorga además potestad sancionadora a la Comisión cuando exista «incumplimiento de las instrucciones dictadas...» y admite que la Comisión pueda ser receptora de otras funciones que «legal o reglamentariamente se le atribuyan o encomienden por el Gobierno o el Ministro de Fomento» (apartado ñ). Cláusula residual en la que cabría incluirla habilitación para el ejercicio de potestades reglamentarias.

Finalmente en la L 24 Abr. 1998, General de Telecomunicaciones, se mantiene la potestad sancionadora de la Comisión derivada del incumplimiento de las resoluciones, instrucciones y requerimientos de ellos emanados.

En resumen, en este proceso, son destacables las siguientes conclusiones:

1) Que existe un ámbito normativo propio de la Comisión que se circunscribe a un fin determinado y a unas entidades determinadas. El fin es la salvaguarda de la libre competencia del mercado y las entidades aquellas que actúan como operadores en el sector.

En consecuencia la potestad normativa propia no se puede ejercer fuera de este ámbito.

2) Que los preceptos enunciados utilizan el término «instrucción» en un sentido genérico que abarca tanto las normas sobre organización y funcionamiento interno de la Comisión (instrucciones en sentido estricto) como las instrucciones externas o Circulares que tienen por destinatarios a los operadores del sector, siempre que éstos se vean afectados por medidas adoptadas para salvaguardar la competencia.

3) Y finalmente que, independientemente de las facultades normativas propias de la Comisión, ésta puede ejercer funciones reglamentarias del Gobierno que la delegadas, previa habilitación del Gobierno que la detenta originariamente, o de los Ministros, que la ejercen previa habilitación.

Segundo. (sic) Con tal esquema legal ha de ser examinado si los preceptos cuya nulidad postula la parte actora para constatar si vulneran el ámbito de competencias propias que ostenta la Comisión.

Pues bien los arts. **7, 8 y 10 de la Circular, tienen como destinatarios a los operadores en el mercados de las telecomunicaciones.** Son éstos únicamente y no los usuarios de servicio los que resultan compelidos a llevar a efecto las actuaciones que en estos preceptos se establecen. El usuario es el beneficiario de las medidas pero no el obligado a cumplimentarlas.

Las ventajas que la preasignación o preselección de operador ofrece hace posible que los usuarios puedan determinar de antemano el operador que desean que curse las llamadas de larga distancia de telefonía móvil automática y de comunicaciones móviles, sin necesidad de anteponer el código de selección de operador en cada llamada.

Tercero. Por otra parte **la posición de los operadores como titulares de licencias, que les faculta para la actividad autorizada, les coloca frente a la Administración en una posición de especial sujeción en beneficio de los intereses generales. Ella justifica que la Administración Pueda intervenir en las relaciones entre operadores, tanto de acceso como beneficiarios.**

Las instrucciones que la Circular contiene no van dirigidas al usuario que no resulta obligado por ella ni siquiera potencialmente.

Además los Preceptos impugnados introducen medidas adecuadas par a facilitar la libre concurrencia y la realización secuencial del proceso. Así el art. 8 impide maniobras inadecuadas en la captación de clientes, al señalar que recibida una solicitud de preasignación de un abonado por el abonado dominante, éste no puede realizar prácticas de recuperación hasta que no concluya el período de primera facturación, Además la Circular activa temporalmente la preasignación, en beneficio del usuario y de la competencia en el mercado de las telecomunicaciones,

La alegación formulada por la parte actora relativa a que los plazos establecidos en el art. 7 superan el plazo único establecido en el 19.2 del Reglamento de Interconexión decae con la mera lectura de dicho precepto, que no establece un plazo único --como alega la demandante-- sino un plazo máximo, dado que «el cambio se realizará en un plazo inferior a cinco días contados desde la recepción de la comunicación». La Instrucción en este punto no contiene previsión contraria del Reglamento sino que lo complementa atendiendo a distintos supuestos concretos no contemplados en la norma general.

La previsión de los arts. 7 y 8 de la Circular es beneficiosa para el usuario del servicio porque facilita la competencia al cambio de operador atendiendo a lo libremente expresado por el usuario; conclusión que es de igual modo aplicable al art. 10 de la Circular, también impugnado.

En este último precepto la Circular se ocupa de los procedimientos administrativos para la preasignación de operador, y no del procedimiento para alcanzar acuerdo de interconexión como alega la demandante. De ahí que el plazo de cuatro meses prevista en el art. 2.4 del Reglamento de Interconexión no sea extrapolable a los procedimientos a que se refiere el art. 10 de la Circular en relación con el Anexo I. Estos procedimientos además sólo resultan de aplicación en el supuesto en que las partes no alcancen un acuerdo al respecto, o si, con anterioridad se hubieren agotados las posibilidades de acuerdo.

No existe, por tanto, vulneración en la Circular de lo establecido en el Reglamento de Interconexión, por infracción de norma de superior rango jerárquico.

De todo lo expuesto no cabe sino concluir que la Circular impugnada no se extralimita del ámbito personal y material en que la Comisión tiene competencias normativas propias, a través de Circulares puesto que **alcanza su proyección sobre los operadores en el mercado de las telecomunicaciones y además facilita la libre competencia del mercado entre los mismos.**

La Comisión no ha actuado en el ámbito de competencias reglamentarias para cuyo ejercicio sea necesaria habilitación por parte del Gobierno o del Ministro correspondiente, sino en la esfera de atribuciones propias de las que dispone la Comisión, siempre que respete los límites dentro de los cuales le han sido conferidas las potestades normativas a las que se ha hecho referencia. Actuación que por todo lo expuesto no es contraria al principio de libertad de empresas pues resulta favorecedora de tal mandato constitucional.

Cuarto. Queda tan sólo por examinar si tales competencias normativas propias pueden o no ser contrarias a la reserva competencial que el art. 97 de la Constitución confiere al Gobierno.

Sobre ello es adecuado insistir de una parte, en que facultad de dictar Circulares viene conferida por el propio legislador a la Comisión; y de otra, que las Circulares limitan su alcance normativo a los operadores en el mercado de las telecomunicaciones en virtud de un título administrativo, la autorización o licencia reglamentada que les faculta para ello, y, a la vez determina las condiciones en que pueden realizar su actividad. Se trata de una actividad reglamentada en la que los operadores actúan sometidos a una normativa previamente establecida.

La posibilidad de esta reglamentación, que rige las relaciones «interprivadas» de los operadores, y de un organismo encargado de hacerla cumplir estaba ya prevista en la Directiva 83/301, en cuyo considerando decimoséptimo --reiterando el noveno-- ya se especificaba que «el control de las especificaciones y de las normas de autorización no podrá ser confiado a ninguno de los operadores competidores en el mercado de terminales, visto el evidente conflicto de intereses...».

Por otra parte de la Exposición de Motivos de la Directiva 97/51 CE del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo se induce el principio de separación entre el Ente regulador y los operadores. El Considerando noveno de esta Directiva establece que «de conformidad con el principio de separación de funciones de reglamentación y de explotación, los Estados miembros deben garantizar la independencia de la autoridad o autoridades nacionales de reglamentación con el fin de asegurar la imparcialidad de sus decisiones».

La argumentación de la parte actora pone en conexión la existencia de una reglamentación, expresada en la Circular, con la reserva de la potestad reglamentaria al Gobierno, con carácter originario, o a los Ministros, previa habilitación.

Se ha establecido en el precedente fundamento que la facultad normativa trae su origen no en una habilitación reglamentaria, sino en la especial sujeción en que se encuentran los operadores, derivada de la propia Ley, Con ello es claro que las facultades normativas, expresadas mediante Circulares, no son confundibles con las facultades reglamentarias que puedan derivar de una habilitación a la Comisión del Gobierno o del Ministro correspondiente, para dictar Reglamentos posibilidad esta última que, es Independiente de las potestades normativas que corresponden a la Comisión por atribución legal.

El fundamento de una y otra facultad normativa es distinto, pues mientras la normación mediante circulares tiene su fundamento en la especial situación de sujeción en que se coloca la empresa autorizada para realizar la actividad autorizada, en el caso del ejercicio de potestades reglamentarias el poder de normación arranca de la potestad general reglamentaria que corresponde originariamente al Gobierno y a los Ministros previa habilitación.

Así entendido el tema no es precisa la habilitación reglamentaria a favor de la Comisión (que es suplida por la decisión legal) ni estas facultades normativas ejercidas a través de Circulares, que rigen relaciones *inter privatos*, interfieren la potestad reglamentaria que la Constitución reserva originariamente al Gobierno.

La cuestión que examinamos se ha suscitado con relación a otros Organismos como el Banco de España, y más recientemente con relación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores, cuya facultad reglamentaria (que va más allá de la potestad ordenadora del funcionamiento interpartes de la actividad) ha sido reconocida por el TC en sentencia núm. 133/1997, de 16 Jul.

Lo expuesto se proyecta sobre el procedimiento para elaborar estas Circulares o instrucciones externas, pues tanto el Reglamento regulador de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (art. 20.2) como el Reglamento de Régimen interior de la misma establecen para la elaboración de las Circulares un procedimiento específico, resultando inaplicable el procedimiento general actualmente fijado en el art. 24 de la L 50/1997, de 27 Nov. del Gobierno.

Razones todas ellas que determinan la desestimación del recurso, sin apreciar temeridad o mala fe que justifique una condena en costas, a tenor del art. 139 de la Ley Jurisdiccional.