

ACUERDO POR EL QUE SE APRUEBA LA ROTACIÓN DE CONSEJEROS ENTRE SALAS, SE DETERMINA LA COMPOSICIÓN DE LAS SALAS PARA 2023 Y SE ORDENA SU PUBLICACIÓN EN EL BOE

PLENO

Presidenta

D^a. Cani Fernández Vicién

Vicepresidente

D. Ángel Torres Torres

Consejeros

D^a. María Ortiz Aguilar

D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

D. Bernardo Lorenzo Almendros

D. Xavier Ormaetxea Garai

D^a. Pilar Sánchez Núñez

D. Carlos Aguilar Paredes

D. Josep Maria Salas Prat

D^a. María Jesús Martín Martínez

Secretario

D. Miguel Bordiu García-Ovies

En Madrid, a 20 diciembre de 2022.

El Pleno del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 18.2 de la Ley 3/2013, de 3 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia; en el artículo 13 del Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia aprobado por Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto; en el artículo 5 del Reglamento de Funcionamiento Interno de la CNMC y en las Reglas generales de rotación de los consejeros entre salas, aprobadas por Acuerdo del Pleno de 20 de diciembre de 2021

ACUERDA

Primero.- La rotación de la consejera doña María Pilar Canedo Arrillaga a la Sala de Supervisión Regulatoria y la rotación del consejero don Bernardo Lorenzo Almendros a la Sala de Competencia, con efectos de 1 de enero de 2023.

Segundo.- La siguiente composición de las salas para el año 2023:

- Sala de Competencia: don Carlos Aguilar Paredes, don Josep Maria Salas Prat, doña María Jesús Martín Martínez y don Bernardo Lorenzo Almendros. La presidencia corresponderá a doña Cani Fernández Vicién, Presidenta de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.
- Sala de Supervisión Regulatoria: don Xabier Ormaetxea Garai, doña Pilar Sánchez Núñez, doña María Ortiz Aguilar y doña Pilar Canedo Arrillaga. La presidencia corresponderá a don Ángel Torres Torres, Vicepresidente de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia.

Tercero.- Ordenar la publicación de la nueva composición de las salas del Consejo en el Boletín Oficial del Estado y en la página web de la CNMC.

Presidenta
D^a. Cani Fernández Vicién

Secretario del Consejo
D. Miguel Bordiu García-Ovies

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA LA CONSEJERA D^a MARÍA PILAR CANEDO, CON LA ADHESIÓN DE LOS CONSEJEROS D. BERNARDO LORENZO ALMENDROS Y D. XABIER ORMAETXEA GARAI, A LA DECISIÓN SOBRE ROTACIÓN DE CONSEJEROS CORRESPONDIENTE AL AÑO 2022.

I. INTRODUCCIÓN

- (1) En el ejercicio de la facultad conferida por el artículo 11.3 del Reglamento de funcionamiento interno de la CNMC y con el máximo respeto a la opinión de la mayoría, formulo el presente Voto Particular al mencionado acuerdo del Pleno de la CNMC¹.

La razón de la discordancia es la consideración de que el mencionado acuerdo no respeta los principios referidos a la rotación contenidos en la normativa reguladora del organismo -en ninguna de sus fuentes (legales, reglamentarias o pertenecientes a los acuerdos adoptados como *soft law*)- ni cumple con los requisitos que se recogen en tales normas.

II. ANTECEDENTES

- (2) El artículo 18 de la Ley de Creación de la CNMC establece que el Consejo del organismo está formado por dos Salas, una de competencia y la otra de supervisión regulatoria². Establece también que el Consejo en Pleno determinará la asignación de los miembros del Consejo a cada Sala y que establecerá y publicará un régimen de rotación que incluya **criterios** y **periodicidad** de las rotaciones.

El precepto dispone que cuando concurren circunstancias excepcionales que lo justifiquen podrá adoptar medidas tendentes a garantizar **el adecuado funcionamiento de las salas**.

¹ Reglamento de Funcionamiento Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC, aprobado por el Pleno del Consejo, el 4 de octubre de 2013.

² Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE nº 134, de 5 de junio de 2013 <http://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2013-5940>.

- (3) El artículo 13 del Estatuto orgánico del organismo se refiere a la composición de las Salas del Consejo³.

En el mismo se manifiesta que el Consejo aprobará el régimen de rotación estableciendo el **número de Consejeros sometidos a rotación** y la **periodicidad** de ésta.

El precepto incluye los **principios** en que **debe** basarse la rotación. Literalmente manifiesta:

En todo caso, el régimen de rotación deberá garantizar que la composición de cada una de las Salas permita un adecuado cumplimiento de las funciones encomendadas al Consejo, la estabilidad de la toma de decisiones y el adecuado cumplimiento de los plazos y procedimientos establecidos.

Afirma también que en **ningún caso se permitirá la adscripción permanente a una Sala** de ningún Consejero, la rotación en bloque de los Consejeros entre las Salas ni la asignación a una única Sala de todos los Consejeros nombrados con ocasión de la renovación parcial del Consejo.

- (4) El Reglamento interno de funcionamiento de la CNMC establece en su artículo 5 que cada Sala estará compuesta por un presidente y cuatro consejeros⁴.

También determina que en el mes de diciembre de cada año se publicará en el Boletín Oficial del Estado la composición de las Salas para el año siguiente y que si, como consecuencia del sistema de rotación o de la existencia de ceses, se produjeran cambios en la composición de las Salas, éstos se publicarán de forma inmediata.

- (5) El pleno del Consejo de la CNMC decidió en su sesión de 20 de diciembre de 2021, por mayoría, la aprobación y publicación de unas Reglas de rotación⁵.

La primera contiene los criterios generales de rotación que contienen estos principios.

³ Real Decreto 657/2013, de 30 de agosto, por el que se aprueba el Estatuto Orgánico de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. BOE núm. 209, de 31 de agosto de 2013, *<https://www.boe.es/eli/es/rd/2013/08/30/657>.

⁴ Reglamento de Funcionamiento Interno de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, CNMC, aprobado por el Pleno del Consejo, el 4 de octubre de 2013.

⁵ Quien formula este Voto votó en contra de cuantas decisiones sobre rotación se mencionan en este documento.

- **Adecuado cumplimiento de las funciones del Consejo y estabilidad en la toma de decisiones:** las rotaciones serán compatibles con el mantenimiento de la estabilidad de la toma de decisiones y el adecuado cumplimiento de los plazos y procedimientos establecidos.
- **Suficiencia en el tiempo de permanencia en las salas:** las rotaciones se efectuarán de forma que cada consejero permanezca un mínimo de dos años en cada una de las salas.
- **Rotación de todos los consejeros:** todos los miembros del Consejo están sujetos a rotación, sin que quepa la adscripción permanente a una de las salas.

La segunda contiene el siguiente Mecanismo de rotación:

En el mes de diciembre de cada año se acordará la rotación para el 1 de enero del año siguiente del consejero más antiguo de cada sala, exigiéndose en todo caso una antigüedad de al menos dos años. De haber más de un consejero por sala con la misma antigüedad, rotará aquél que voluntariamente manifieste su disposición y, en su defecto o en caso de coincidencia, por sorteo. Cuando se produzca la incorporación de nuevos miembros al Consejo, el consejero más antiguo que no haya rotado y haya superado tres años desde su nombramiento será asignado a la otra sala, con el límite de que no se produzca la asignación de todos los nuevos consejeros a una misma sala dentro de un mismo año.

Las normas contienen una cláusula de cierre que manifiesta que el Consejo puede en cualquier momento **adoptar otras medidas excepcionales**, que se harán públicas, tendentes a garantizar el cumplimiento de los criterios generales de rotación.

Las normas preveían su entrada en vigor el 1 de enero de 2022, de forma que contemplaban una primera rotación decidida en diciembre de 2022, con efectos en enero de 2023.

Su aplicación suponía la rotación de los dos consejeros más antiguos de cada Sala entre sí (Bacigalupo y Ortiz) en enero de 2023.

- (6) El día 13 de septiembre de 2022, Mariano Bacigalupo -Consejero que había estado adscrito desde su nombramiento en julio de 2017 a la Sala de Regulación-renunció voluntariamente a su cargo en la CNMC antes del final de su mandato⁶.

Esta excepcional circunstancia no se había producido nunca en la historia del organismo.

⁶ Real Decreto 762/2022, de 13 de septiembre, por el que se dispone el cese de don Mariano Bacigalupo Saggese como Consejero de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, BOE nº 221, de 14 de septiembre de 2022.

- (7) Como consecuencia de lo anterior, se procedió al nombramiento de una nueva Consejera. El día 4 de octubre de 2022 fue nombrada D^a. M J Martín Martínez⁷.
- (8) En el primer Pleno posterior al nombramiento, el 6 de octubre, se acordó por mayoría del Consejo la rotación con efectos inmediatos de la Consejera María Ortiz Aguilar a la Sala de Regulación. La Consejera había permanecido en la Sala de competencia desde su nombramiento en el año 2013 hasta ese momento.

Se decidió también la adscripción de la nueva consejera a la Sala de competencia.

- (9) El día 20 de diciembre de 2022, el Pleno de este organismo llegó por mayoría al acuerdo (al que se refiere este Voto) de proceder a una nueva rotación de Consejeros en el año 2022 con efectos en enero de 2023.

De acuerdo con ella, la Sala de Competencia pasará a estar integrada por los Consejeros Aguilar, Lorenzo, Martín y Salas (presidente D^a Cani Fernández) y la Sala de regulación por los Consejeros Canedo, Ormaetxea, Ortiz y Sánchez (presidente D. Ángel Torres).

III. ANALISIS DE LA DECISION DESDE UNA PERSPECTIVA JURIDICA

- (10) La opinión disidente que funda este Voto se basa en el hecho de que tal acuerdo del Pleno no resulta ajustado a Derecho por las razones que se exponen a continuación.
- (11) Tal como previamente se ha indicado, existen tres normas de diferente naturaleza que regulan la rotación de Consejeros entre las Salas del Pleno de la CNMC.

La Ley establece en primer lugar que será el Pleno quien establezca un régimen de rotación que incluya **criterios** y **periodicidad** de las rotaciones y que cuando concurren **circunstancias excepcionales** que lo justifiquen podrá adoptar medidas tendentes a garantizar **el adecuado funcionamiento de las Salas**.

El Estatuto manifiesta de nuevo que corresponde al Pleno establecer la **periodicidad** de la rotación y añade que debe fijarse el **número de Consejeros sometidos a rotación**. Aporta una nueva obligación consistente en que **en todo caso**, el régimen de rotación **deberá**, entre otras cuestiones, garantizar que la composición de cada una de las Salas permita **un adecuado cumplimiento de**

⁷ Real Decreto 834/2022, de 4 de octubre, por el que se nombra Consejera de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia a doña María Jesús Martín Martínez. BOE nº. 239, de 5 de octubre de 2022.

las funciones encomendadas al Consejo y la estabilidad de la toma de decisiones.

En cumplimiento y como desarrollo de tales exigencias, el Pleno aprobó unas reglas de rotación en las que dice basarse el acuerdo de Pleno objeto de este voto particular.

Las razones en que se basa el acuerdo parten de varias premisas que, por las razones que se exponen, no son compartidas por estos Consejeros.

- (12) En primer lugar, debe afirmarse que el acuerdo del pleno resulta taxativamente contrario al principio segundo de los recogidos en las normas de rotación de 2021. El mismo establece como **exigencia la suficiencia en el tiempo de permanencia en las salas.**

En tal principio se establece que “las rotaciones **se efectuarán** de forma que cada consejero **permanezca un mínimo de dos años en cada una de las salas**”.

La rotación aprobada por el Pleno afecta a dos Consejeros (Lorenzo y Canedo) a cuyos mandatos les resta menos de un año (9 y 6 meses respectivamente).

Es decir, el acuerdo del pleno vulnera la exigencia de que los mencionados consejeros permanezcan en la Sala a la que ahora han sido asignados un mínimo de dos años. Por ello la exigencia de suficiencia en el tiempo de permanencia en una Sala no se cumple en el acuerdo alcanzado.

La exigencia de permanencia de los consejeros en una Sala un mínimo de dos años tiene su fundamento en el razonable período de adaptación necesario, considerando el elevado nivel de exigencia de conocimientos técnicos requeridos en el trabajo de cada Sala.

El acuerdo alcanzado por el Pleno es por lo tanto contrario a la literalidad de la exigencia normativa y al sentido que la inspira.

- (13) En consonancia con lo anterior, el acuerdo adoptado que se cuestiona en este Voto asume que debe decidirse una rotación **en diciembre** de cada año (independientemente de si han existido rotaciones previas durante el mismo).

Tal asunción se deriva de una lectura parcial (limitada al primer párrafo) de la regla de rotación denominada Mecanismo de Rotación. En tal mecanismo se contiene, cumpliendo con la exigencia legal, la **periodicidad** de las rotaciones. La misma, salvo circunstancias excepcionales para las que define otra regla, la tercera, es la decisión de **una** rotación al año por las razones que se exponen.

Este mecanismo (único) está integrado por tres circunstancias relacionadas entre sí. De ahí que el título de la regla sea mecanismo y no mecanismos.

La lectura completa de la regla permite concluir que, en aras de la estabilidad en la toma de decisión, no se considera dentro de la regla general una doble rotación de consejeros en un único año.

Ello se deriva (además del mencionado título -en singular mecanismo y no mecanismos-) de que en los tres párrafos que integran la regla se asume una única rotación. Tal puede comprobarse en la literalidad del precepto:

*En el mes de diciembre de cada año se acordará la rotación para el 1 de enero del año siguiente **del consejero más antiguo de cada sala**, exigiéndose en todo caso una antigüedad de al menos dos años.*

*De haber **más de un consejero por sala** con la misma antigüedad, rotará **aquél** que voluntariamente manifieste su disposición y, en su defecto o en caso de coincidencia, por sorteo.*

*Cuando se produzca la incorporación de **nuevos miembros** al Consejo, **el consejero más antiguo** que no haya rotado y haya superado tres años desde su nombramiento será asignado a la otra sala, con el límite de que no se produzca la asignación de todos los nuevos consejeros a una misma sala dentro de un mismo año.*

Puede verificarse que en los tres párrafos que integran la regla se asume que la rotación se produce en un consejero (incluso cuando entren nuevos miembros en la CNMC). En todo caso se opta por el criterio de antigüedad o sorteo.

Es decir, la regla general establece que se produzca **una** rotación de consejeros en cada año.

El acuerdo del pleno se limita a considerar que debe realizarse una rotación en diciembre, sin tomar en consideración que la rotación correspondiente al año 2022 ya se ha producido ante la circunstancia excepcional de la renuncia del Consejero Bacigalupo que tuvo como consecuencia la rotación de la Consejera Ortiz.

Es decir, el acuerdo desconoce que la rotación correspondiente al año 2022 ya se ha producido y realiza otra rotación desconociendo el principio de estabilidad exigido por la legislación.

- (14) El acuerdo al que se opone este voto asume que la Ley establece una exigencia de rotación de todos los consejeros en la medida en que no se permite la **adscripción permanente** de ninguno de ellos a una determinada Sala.

Al respecto debe afirmarse que, tal como se ha visto, no existe en ninguna de las normas que rigen la rotación, una exigencia de que todos los consejeros roten.

El hecho de que se contenga una exigencia de que ningún Consejero sea adscrito con carácter permanente a una Sala no es incompatible con el hecho de que, ante las circunstancias variables que acaecen a lo largo de los años que dura el

mandato de cada consejero (a veces, como la actual, circunstancias excepcionales y a veces ordinarias, debidas a sucesivos nombramientos), las normas tengan la consecuencia de que alguno de los consejeros no llegue a rotar durante la vigencia de su mandato.

Jurídicamente hablando, no resulta equivalente una adscripción permanente de un consejero a una Sala y la realidad fáctica de que un Consejero no llegue a rotar como consecuencia de las circunstancias particulares de cada supuesto.

No en vano, el acuerdo alcanzado por el Pleno en el momento en que se adoptaron los criterios de rotación suponía que tres de los consejeros no rotaran durante la duración de su mandato sin que ello supusiera vulneración de la exigencia normativa ni fuera objeto de objeción por la mayoría del pleno.

- (15) Es cierto que existe uno de los principios rectores de las reglas de rotación (el tercero) que se titula “Rotación de todos los consejeros”. Sin embargo, este título (para no contradecir la literalidad de la regulación ni crear en normas de rango inferior exigencias no contenidas en la Ley) lleva aparejada una explicación en la que se precisa el significado de tal exigencia: que “todos los miembros del Consejo están sujetos a rotación, **sin que quepa la adscripción permanente** a una de las Salas”.

Ello, como hemos visto, no es incompatible con que existan consejeros que de hecho no roten. Lo sería con la decisión previa de excluir a un consejero del sistema de rotación.

Nada obstaría por tanto a que, si existen razones que justifiquen tal situación, algunos miembros del Consejo no llegaran a rotar.

- (16) Adicionalmente, y como elemento esencial de las razones por las que se cuestiona el acuerdo alcanzado, debe hacerse referencia al primero de los principios rectores de las Reglas de rotación aprobadas en diciembre de 2021, que además es el único recogido de modo expreso en las normas con rango legal. Se trata del principio de **Adecuado cumplimiento de las funciones del Consejo** y estabilidad en la toma de decisiones (art. 13 de la LCNMC).

Como es de sobra conocido, las funciones de este organismo son diversas y de complejidad técnica elevada, lo que hace que los perfiles técnicos de los consejeros resulten de especial relevancia.

Los conocimientos técnicos y experiencia de los Consejeros en las áreas respecto de las que tienen que adoptar decisiones regulatorias, de asesoramiento o sancionadoras resultan un elemento clave para garantizar la eficiencia en el trabajo de la institución y la independencia del Consejo respecto de los operadores

económicos, las administraciones o incluso respecto de las propuestas planteadas por los servicios técnicos.

La composición de las Salas aprobada por el Pleno tiene como resultado que, en la Sala de regulación, prestarán sus servicios tres personas con perfil y experiencia marcada en materia de competencia, mientras que, en la Sala de competencia, los cuatro consejeros asignados tienen un claro perfil de regulación. Tal solución resulta, por tanto, contraria al principio esencial que, por imperativo normativo, debe regir las decisiones de rotación del Consejo⁸.

- (17) Como hemos visto, las Reglas de rotación contienen una referencia expresa a los criterios que deben aplicarse en el caso de que concurran circunstancias excepcionales (como sin duda lo es el cese voluntario de un Consejero antes del fin de su mandato).

Tal circunstancia ha tenido como consecuencia la rotación de una Consejera en el año 2022, lo que cumple con la exigencia de periodicidad recogida expresamente en las normas.

El Pleno ha desconocido la existencia de esta circunstancia y ha procedido a una segunda rotación en el año 2022 en una aplicación supuestamente automática (aunque por las razones que se han expresado inadecuada) de la regla segunda de rotación en lugar de optar por la regla tercera (excepcionalidad) que habría permitido respetar el acuerdo de rotaciones alcanzado en diciembre de 2021 y habría tenido como consecuencia una solución plenamente acorde con los tres principios rectores de la rotación recogidos expresamente en las normas. Debe destacarse finalmente que la aplicación de las reglas aprobadas por el Pleno va en contra del principio de estabilidad en la toma de decisión.

Tal es así, en primer lugar, porque en el año 2022 se han dedido más rotaciones de las aceptadas por la regulación ante la inadecuada aplicación de las normas de rotación.

⁸ Debe recordarse al respecto que la Directiva ECN+ presta especial atención a los conocimientos técnicos requeridos en las autoridades de competencia para garantizar la eficacia e independencia de las instituciones (considerandos 24 y 68 y artículos 4 y 5 especialmente referidos a la independencia). Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del consejo de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior. DOUE 11/3 de 14 de enero de 2019. De forma más explícita se manifiesta al respecto JENNY, F., en *The institutional design of Competition Authorities : Debates and Trends* en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2894893.

Más relevante resulta que la aplicación de este acuerdo implica la rotación en enero de 2023 de los Consejeros Canedo y Lorenzo y la misma irá aparejada con las rotaciones que se producirán tras las entradas de dos consejeros en julio de 2023 y otras dos en septiembre del mismo año (coincidentes con las terminaciones de los mandatos de consejeros).

Por todo ello debe considerarse que el acuerdo tampoco respeta la exigencia de estabilidad contenida en la regulación.

IV. CONCLUSIÓN

- (18) Los argumentos previamente expuestos llevan a manifestar, en opinión discordante, que las rotaciones que debían decidirse en el año 2022 se han realizado en el mes de octubre, debido a la circunstancia excepcional que implica el cese voluntario de un consejero antes del fin de su mandato.
- (19) Las rotaciones aprobadas por el Pleno en este acuerdo resultan contrarias a las normas reguladoras del sistema cuando establecen que, **en todo caso**, el régimen de rotación **deberá** garantizar que la composición de cada una de las Salas permita **un adecuado cumplimiento de las funciones encomendadas al Consejo y la estabilidad de la toma de decisiones**.
- (20) También resultan contrarias a la **exigencia de que la permanencia** en cada Sala de cada Consejero tenga un mínimo de dos años.
- (21) La nueva composición de las Salas resulta, en opinión disidente de esta Consejera, contraria a los principios de eficacia y adecuado cumplimiento de las funciones del Consejo.

En tal sentido suscribimos este Voto Particular.

Consejera
D^a. María Pilar Canedo Arrillaga

Consejero
D. Bernardo Lorenzo Almendros

Consejero
D. Xabier Ormaetxea Garai

VOTO PARTICULAR QUE EMITEN LOS CONSEJERO XABIER ORMAETXEA GARAI Y BERNARDO LORENZO ALMENDROS EN CONTRA DE EL ACUERDO DE ROTACIÓN DE SALAS ADOPTADO POR EL PLENO DE LA CNMC EL 20 DE DICIEMBRE DE 2022

ILEGALIDAD DE ROTACIÓN DE LOS CONSEJEROS ORMAETXEA Y LORENZO.

1º La sentencia del Tribunal Supremo nº 63/2017, de 19 de enero de 2017 (recurso ordinario 506/2013), contiene el siguiente fallo:

Segundo.-Anular, los Reales Decretos 795/2013 y 800/2013, ambos de 11 de octubre, que dispusieron el cese de D. Bernardo de Lorenzo y D. Xavier Ormaetxea como Presidente y Consejero de la Comisión Nacional de las Telecomunicaciones, por ser contrarios a derecho.

Tercero.-Condenar a la Administración General del Estado a reponer a D. Bernardo Lorenzo Almendros y a D. Xavier Ormaetxea Garai como miembros del organismo regulador de las Telecomunicaciones de España, con abono de los salarios correspondientes desde la fecha de efectos del cese hasta el momento de su reposición, con los intereses correspondientes.

Lo primero que cabe decir de ese texto del Tribunal supremo es que su contenido es absolutamente claro y que en aplicación del principio legal “in claris non fit interpretatio”, no es posible hacer del mismo ninguna otra interpretación salvo la de que impone en primer lugar una obligación de “reposición”, y en segundo lugar una obligación de hacerlo en el organismo regulador de las telecomunicaciones de España.

Cabe destacar que la sentencia basa su fallo en una vulneración flagrante de la Directiva Europea de comunicaciones electrónicas, por ello el alto tribunal, aun conociendo la extinción legal de la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, y su sustitución por la nueva Comisión de los Mercados y de la Competencia creada por Ley 3/2013, de 4 de junio, no hace referencia expresa a la misma, sino que expresa claramente Organismo Regulador de las Telecomunicaciones, y dicha referencia solo cabe interpretarse como expresa a la Sala de Regulación de la CNMC.

Por lo tanto cuando se haga referencia a las obligaciones que impone la ley 3/2013 de creación de la CNMC, ha de entenderse sin ningún lugar a dudas que los Consejeros Ormaetxea y Lorenzo, están excepcionados tanto de lo que la Ley dispone en cuanto a desaparición de los organismos reguladores

precedentes lo que conllevó su cese declarado nulo, como de la obligatoriedad de rotar entre salas y ejercer su cargo en la sala de competencia ya que dicho cargo en la forma que expresa el alto Tribunal solo puede ejercerse en la SSR pues es esta sala, junto con el pleno de la CNMC, donde están depositadas las competencias reguladores de Telecomunicaciones.

Aunque el recurso meritado fue formalmente interpuesto contra un decreto del gobierno. No puede obviarse que el gobierno español aplico correctamente una ley emanada del Parlamento (Ley 3/2013, de 4 de junio), por lo que la condena real ha de entenderse que lo fue al reino de España pues manda inaplicar una ley, y eso obliga no solamente a la Administración General del Estado, sino a todas las instituciones de este. Así lo entendió la propia CNMC que, una vez producidos los nombramientos por ejecución de sentencia, asignó a los dos consejeros a la Sala de Supervisión Regulatoria, pues de no haber sido así se hubiese producido un incidente de ejecución ante el TS.

Pueden ser interesantes algunas interpretaciones particulares que opinan que el mandato debería haberse limitado al tiempo que restaba a los consejeros por cumplir, o algunas opiniones que expresan no estar de acuerdo con el fallo del Tribunal supremo, o con como el Tribunal supremo redactó la sentencia, o como las cosas deberían haberse hecho de otra manera, pero lo cierto es que la sentencia es nítida, y para su cumplimiento el Gobierno de España podría haber optado por una modificación legal de la Ley de creación de la CNMC, pero no fue así, solo tenemos la redacción literal de la sentencia, y esta no admite más interpretaciones que las de su literalidad.

El Ministerio de Economía con fecha 4 de mayo de 2017 aprobó un informe que fue remitido por el Abogado del Estado al Tribunal Supremo en cuyo punto 2º expresaba:

“Atendiendo a lo dispuesto en los artículos 104 y 105 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, y teniendo en cuenta que el organismo regulador de las telecomunicaciones, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, se extinguió conforme a la disposición adicional segunda de la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y de la Competencia, el Gobierno considera procedente proponer el nombramiento de los recurrentes como consejeros de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Esta propuesta, que se realizará antes del 1 de octubre de 2017, se comunicará al Congreso de los Diputados a los efectos de lo dispuesto en el artículo 15.1 de la Ley 3/2013, de 4 de junio.”

A la vista del informe anterior, que fue recibido por el Tribunal Supremo, y aceptado por las partes litigantes, se dio por cumplida en el trámite de Ejecución de sentencia lo dispuesto en la Sentencia citada.

Se ha expuesto en contra de nuestra alegación legal contraria a nuestra rotación a la sala de competencia, el argumento de que habiendo votado favorablemente a la norma de rotación aprobada por el Pleno de la CNMC estábamos renunciando implícitamente a nuestro derecho de no rotar. En primer lugar, hemos de decir que las renunciaciones implícitas o presuntas no existen. La renuncia a un derecho ha de ser siempre explícita y expresa. En segundo lugar, que nuestro voto tuvo su “ratio decidendi”, o causa, en el calendario de rotación que consta en el acta del pleno en que se aprobaron las normas de rotación, y en dicho calendario consta que nuestra posible rotación, y así lo explicamos en su momento, tendría lugar una vez llegado el fin de nuestro mandato de 6 años, y en todo lugar si pasásemos a ser consejeros en funciones. Por último, y en tercer lugar un acuerdo de pleno no puede en ningún caso modificar lo dispuesto en una sentencia del Tribunal Supremo.

Este voto particular se emite solo en lo referente a la Sentencia del Tribunal Supremo y su aplicación a la rotación de los consejeros Ormaetxea y Lorenzo, y el mismo no obsta para que se suscriba adicionalmente cualquier otro voto particular que se emita en cuanto a la improcedencia de la rotación aprobada por aplicación incorrecta de las normas de rotación internas de la CNMC

En Madrid a 21 de diciembre de 2022

Fdo Xabier Ormaetxea Garai
Almendros

Fdo. Bernardo Lorenzo

CONSEJERO

CONSEJERO