

"El Legislador nacional no puede eliminar o limitar el ámbito discrecional concedido a una Autoridad Nacional de Regulación por el derecho comunitario.

(Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de diciembre 2009, *Comisión Europea c. Republica Federal de Alemania*, asunto C-424/07)"

Marcos M. Fernando Pablo

## I. INTRODUCCION

En el XV Informe sobre el Mercado Único Europeo de la Comunicaciones Electrónicas,<sup>1</sup> enfatizaba la Comisión, con cita del pronunciamiento del Tribunal de Justicia que queremos comentar, que las autoridades nacionales de regulación "deben gozar de todas las competencias necesarias para el desempeño de sus cometidos". No es este aspecto del problema, sin embargo, el que interesa destacar en el comentario de la sentencia que hemos seleccionado<sup>2</sup>, pues en la misma se aborda otro importante asunto igualmente relevante: El de la autonomía de los Estados Miembros en la ejecución del derecho comunitario, o mejor, el ámbito en el que se les permite restringir, por obra de sus legisladores propios, el ámbito de discrecionalidad que el derecho comunitario ha querido atribuir a las Autoridades Nacionales de Regulación .

En el contexto del caso, la sentencia construye una suerte de "reserva" de intervención de la Autoridad de Reglamentación (ANR) que resulta muy llamativa e igualmente significativa por afectar materialmente a un sector (las comunicaciones electrónicas) en el que la liberalización de viejos servicios públicos se ha ensayado con éxito, en un proceso que después se ha pretendido extender otros sectores. Puede, por tanto, que las afirmaciones de la sentencia se utilicen después en el contexto de otros casos ajenos a este sector y su doctrina termine afectando a otras ANR.

---

<sup>1</sup> COM(2010) 253 final, de 25 de mayo de 2010.

<sup>2</sup> Unirme, con este comentario, a un evento tan significativo como es el Liber Amicorum dedicado al profesor T.R. FERNANDEZ RODRIGUEZ, me obliga a centrar el comentario en los aspectos relativos a la discrecionalidad, categoría ésta en la que tan importantes y trascendentales han sido sus trabajos en los últimos años.

Agradezco, al tiempo, la oportunidad que los editores me han brindado, de expresar de esta manera formal, mi reconocimiento a la extraordinaria labor de T. R. FERNANDEZ, en cuya obra jurídica, no sólo nos hemos formado cientos de administrativistas, sino que seguirán formándose, en el futuro, nuestros propios discípulos.

Hay otro aspecto previo que no puede olvidarse, pues el Estado Miembro que termina siendo condenado por incumplimiento (República Federal de Alemania) es uno de los pilares de la U.E. y, al tiempo, la patria de una doctrina iuspublicista, siempre admirada, que tan importantes avances ha introducido en la conceptualización y régimen de la discrecionalidad administrativa. Como se verá un poco más adelante, en la vista del caso, los representantes procesales del Estado demandado, defendieron que el marco jurídico introducido por la Ley de Telecomunicaciones<sup>3</sup> (en adelante, TKG, como en texto de la sentencia y en las conclusiones del Abogado General POIARES MADURO) era necesario para "*poder someter al control judicial las facultades discrecionales de la ANR alemana*". El Tribunal, siguiendo las conclusiones del Abogado General, no admite este argumento, que, bien se ve, traduce toda una concepción de lo discrecional, (en concreto, el argumento evoca lo relativo a la necesidad de que el legislativo "densifique" la atribución de discrecionalidad) que tanta influencia ha tenido en España<sup>4</sup>.

Con estas consideraciones preliminares, procede exponer primero el contexto fáctico y jurídico en que se mueve el Tribunal de Justicia, no sin advertir que, en cuanto a los hechos, se examina una alternativa regulatoria de gran significación, que conviene ya simplificar: Se trata, a fin de cuentas, de dilucidar si los operadores establecidos deben, quedar al margen de marco comunitario en cuanto a sus "Redes de Nueva Generación"<sup>5</sup> (sustancialmente, redes de fibra óptica en sus distintas modalidades), de manera que puedan establecer y explotar estas redes de gran rendimiento (objetivo de innovación) sin que se vean sometidos a obligaciones de dar acceso a otros operadores, o por el contrario, el "objetivo competencia" debe implicar ya derechos de acceso de terceros, que, si bien facilitan la competencia, pueden, eventualmente, retardar el despliegue de tales redes que ofrecen prestaciones alejadas de las convencionales suministradas por las redes históricas ( par cobre y cable coaxial).

---

<sup>3</sup> *Telekommunikationsgesetz*, de 22 de junio de 2004, BGB1. I, p. 1190. En realidad, el conflicto se plantea a raíz de la modificación introducida en dicha Ley por la Ley de 18 de febrero de 2007 (*Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften*, de 18 de febrero de 2007, BGB1. I, p. 106)

<sup>4</sup> Dada la índole de esta nota, se nos permitirá obviar referencias doctrinales sobre la discrecionalidad en España, por lo demás, bien conocidas y seguramente citadas con profusión en este mismo volumen. No obstante, el argumento del Estado demandado, evoca, seguramente, en la mente del lector español, la obra de BACIGALUPO, M.: *La discrecionalidad administrativa. Estructura normativa, control judicial y límites constitucionales de su atribución*. Marcial Pons, Madrid, 1997.

<sup>5</sup> Una muy clara exposición sobre la problemática jurídica de tales redes y sobre la alternativa regulatoria enunciada, puede verse en LAGUNA DE PAZ, J.C.: "Redes de acceso de nueva generación", en la, desgraciadamente, desaparecida REDETI (Revista de Derecho de las Telecomunicaciones e Infraestructuras en Red), nº 32, Mayo 2008.

## II. EL CONTEXTO FÁCTICO Y NORMATIVO

Las modificaciones sustantivas introducidas en la TKG en 2007 pueden localizarse, en lo que aquí interesa, en el art. 3 12 b, conforme al cual "Se considera nuevo mercado todo mercado de servicios o productos que difieran sustancialmente de los ya disponibles, en atención a su efectividad, su alcance, su disponibilidad para un elevado número de usuarios (capacidad de llegar a un mercado de masas), su precio o su calidad desde el punto de vista de un consumidor informado, y que no sean meramente sustitutivos de aquéllos". El art. 9a excluye, como norma a esos "nuevos mercados" del ámbito regulador, mientras su apartado 2 prevé, por excepción, que cuando concurren determinadas circunstancias que permitan suponer que la ausencia de un marco regulador obstaculizará a largo plazo el desarrollo de un mercado competitivo sostenible en el sector de los servicios o redes de telecomunicaciones, la ANR alemana podrá, someter a regulación un nuevo mercado. Para evaluar la necesidad de establecer un marco regulador e imponer medidas concretas, la ANR alemana tendrá particularmente en cuenta "el objetivo de promover una inversión eficiente en infraestructuras y fomentar la innovación".

Interesa ahora recordar, tal cómo destacan las Conclusiones del Abogado General, que, con anterioridad a la aprobación de estas modificaciones, el operador tradicional de telecomunicaciones en Alemania (Deutsche Telekom) "presionó para que la red de banda ancha que pretendía crear quedara al margen de la intervención reguladora (concretamente del deber de conceder acceso a precios regulados)", de manera que se suscitó cierta controversia en Alemania sobre la posibilidad de "establecer unas vacaciones normativas para los nuevos mercados". En este debate "se alzaron voces que cuestionaban la compatibilidad de una exención absoluta con el Derecho comunitario".

Tal exención absoluta no se estableció, pero obsérvese cómo la red que el operador histórico quería desarrollar, se incluye en la noción de "nuevos mercados", por lo que, *a priori* queda fuera de la regulación en su conjunto, aunque sujeta a la posibilidad de que se le impongan medidas concretas de regulación, y, entre otras, las obligaciones de suministrar acceso a terceros, a precios regulados. Tal exención de principio se realiza "con el objetivo de promover una inversión eficiente y fomentar la innovación".

Esta expresión legal será decisiva para el triunfo del recurso por incumplimiento que interpuso la Comisión, por que se trata de *uno solo* de los múltiples objetivos que el marco regulador europeo prevé. Entre otros, por ejemplo, se omite en la legislación alemana, como finalidad que debe perseguir la ANR, en su intervención excepcional

sobre los nuevos mercados, el de fomentar al competencia, objetivo que puede fundamentar, justamente, las obligaciones de acceso que se quieren evitar en el complejo entramado normativo introducido por la modificación de la TKG.

Por su parte, el marco normativo comunitario, sin el cual no es posible calibrar la importancia de este fallo, se integra, esencialmente, por las siguientes precisiones. En primer lugar, los Estados Miembros han de garantizar independencia de las ANR, y el ejercicio transparente, objetivo y proporcionado de sus facultades (art. 3 de la 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, llamada Directiva Marco).

En segundo lugar, el artículo 7, apartado 1, de la Directiva marco dispone que para cumplir los cometidos fijados por el marco regulador comunitario, las ANR deben tener en cuenta "en la mayor medida posible" los objetivos enunciados en el artículo 8, que establece que los Estados velarán por que las ANR adopten todas las medidas razonables y proporcionadas que estén encaminadas a la consecución de diferentes objetivos, relacionados unos con la competencia ( "Fomentar la competencia en el suministro de redes y servicios...velando por que los usuarios obtengan el máximo beneficio...velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia...promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructuras...") y otros con el desarrollo del mercado interior, y defensa de los intereses de los ciudadanos comunitarios.

Por su parte, otros actos comunitarios (el art. 8 de la 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, llamada Directiva Acceso, y art.17 de la 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, llamada Directiva Servicio Universal) implican que tales objetivos pueden justificar la imposición de ciertos remedios regulatorios a ciertas empresas que, a través del proceso que a continuación de describe, se estimen que tienen "peso significativo de mercado". Entre tales medidas, se contempla, en lo que importa ahora, la imposición de las obligaciones de conceder acceso a elementos específicos de las redes<sup>6</sup>.

---

<sup>6</sup> Pero también la imposición de control de precios, la obligación de contabilidad orientada a costes y otro conjunto de obligaciones (artículo 17, apartado 2, de la Directiva servicio universal) que pueden

El marco comunitario se completa con la precisión de un largo proceso<sup>7</sup> en el que las ANR, siguiendo unas Directrices de la Comisión<sup>8</sup> procederán a la determinación de los mercados relevantes y posteriormente al "análisis" de los mismos, siguiendo una "Recomendación" de la Comisión<sup>9</sup>. Si de este proceso, con intervención de los operadores, se sigue la necesidad de establecer, para salvaguardar aquellos objetivos, alguna medida regulatoria, la Comisión se reserva un derecho de veto. Si se considera que el mercado es realmente competitivo, la ANR no impondrá ni mantendrá las obligaciones contempladas en el artículo 16, apartado 2, de la Directiva marco, o suprimirá las ya existentes. En caso contrario, la ANR ha de establecer qué empresas tienen un peso significativo en el mercado e imponer, mantener o modificar dichas obligaciones.

Como ya queda apuntado, la labor de la ANR queda enmarcada, por una parte por el artículo 15, apartado 1, de la Directiva marco, que prevé una recomendación que enumere, «de conformidad con los principios del Derecho de la competencia», los mercados en los que podrán imponerse obligaciones con arreglo a la Directiva acceso y la Directiva servicio universal. El texto de la Recomendación (15º Considerando) señala, en relación al tema que nos ocupa, que “los mercados nuevos y emergentes, en los que puede constatarse una situación de poder de mercado debida a la ventaja adquirida por el “primero en actuar”, no deben someterse en principio a regulación *ex ante*” .

Por otra parte, las Directrices sobre análisis de mercados, siguiendo lo previsto en el 27º considerando de la Directiva Marco<sup>10</sup> se permiten añadir este párrafo: “... la imposición prematura de obligaciones *ex ante* puede influir indebidamente en las condiciones en que tome forma la competencia en un mercado nuevo y emergente. Al mismo tiempo, conviene evitar que la empresa líder se apropie de estos mercados emergentes. Sin

---

traducirse en la limitación de los precios al público, el control de tarifas individuales o la orientación de las tarifas hacia costes o precios de mercados comparables.

<sup>7</sup> Vid. arts. 15 y 16 de la Directiva Marco.

<sup>8</sup> En el caso, el acto comunitario son las "Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas" (DO 2002, C 165, p. 6)

<sup>9</sup> Recomendación de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 114, p. 45).

<sup>10</sup> “ ...Estas Directrices deben abordar, asimismo, la cuestión de los nuevos mercados en expansión, en los que si bien es probable que el líder del mercado posea de hecho una cuota de mercado sustancial, no debe ser sometido a obligaciones inadecuadas...”

perjuicio de que proceda una intervención por parte de las autoridades de competencia en determinados casos, las ANR deben asegurarse de poder justificar plenamente cualquier forma de intervención *ex ante* temprana en un mercado emergente, considerando, en particular, que siempre tienen la posibilidad de intervenir posteriormente, en el contexto de la reevaluación periódica de los mercados pertinentes”.

Queda así abierta la problemática jurídica acerca de si un Estado Miembro puede considerar a los nuevos mercados, en principio, exentos del marco regulador. Pero planteado así el asunto, no se responde a la verdadera cuestión, que está en el fondo de la sentencia, y que puede ocultarse a una primera lectura. Porque la cuestión no es esa, sino si puede hacerlo *el Legislador* de un Estado Miembro, sin contradecir el Derecho comunitario.

Como explica el Abogado General, si el Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado en el sentido de que, si la intervención en instalaciones de titularidad privada, reduce los incentivos para el desarrollo de esas instalaciones, la obligación de conceder acceso a una instalación, o la obligación de entablar negociaciones para la concesión de acceso, debe ser proporcional y ha de venir realmente impuesta por la situación competitiva. Las posibilidades de intervención que conlleva la regulación disminuirán los incentivos para invertir en infraestructura e innovación. Por tanto “no es de extrañar que el operador tradicional de telecomunicaciones no vea con buenos ojos la regulación; si la República Federal de Alemania desea promover la inversión en infraestructura de telecomunicaciones deberá abordar estas reticencias. Se trata de una opción política: limitar la regulación y sufrir los consiguientes efectos de un peso significativo en el mercado con el fin de fomentar la inversión en infraestructura...En circunstancias normales, correspondería a la República Federal de Alemania realizar esta elección de naturaleza política; no así cuando existe una normativa comunitaria en el sector de las telecomunicaciones. En este caso, el legislador comunitario ya ha optado por regular este sector, con todas las posibilidades de intervención que de ello se derivan”<sup>11</sup>.

La cuestión de fondo es, pues, si puede la República Federal de Alemania dejar, mediante la comentada reforma de la TKG, los nuevos mercados (las redes de nueva generación) al margen de la regulación y, simultáneamente, si puede limitar el margen de discrecionalidad de la ANR alemana dando prioridad a un objetivo de regulación

---

<sup>11</sup> Conclusiones del Abogado General POIARES MADURO, de 23 de abril de 2009, apartados 52 y 53, en Eur-lex, Código CELEX 62007CC0424

concreto (fomentar la inversión y la innovación en infraestructuras) cuando admita excepcionalmente, la intervención de aquella en los nuevos mercados.

### **III. LA FUNDAMENTACION DEL RECURSO POR LA COMISIÓN. LA RESPUESTA DE LA REPUBLICA FEDERAL DE ALEMANIA.**

Si bien existió alguna incidencia en el procedimiento previo (la Comisión advirtió, mediante nota de prensa, que llevará a la Republica Federal ante el Tribunal, aun antes de la aprobación formal de la ley de reforma de la TKG) y así lo argumenta la RFA, los argumentos sobre el fondo del asunto, más trascendentales, son los siguientes. Por parte de la Comisión se argumenta que la reforma de la TKG, al implicar que los nuevos mercados (las redes de nueva generación, si se quiere) queden, como regla, al margen del marco regulatorio, tiene por objetivo promover la inversión del operador tradicional, liberándolo de la amenaza de una intervención regulatoria que le obligue a dar acceso. Estando, en la legislación comunitaria, tales nuevos mercados incluidos en el ámbito de la regulación, tal excepción sería ya contraria al derecho comunitario.

Pero la RFA contra-argumenta indicando que la regla de no regulación de tales nuevos mercados esta implícita en el derecho comunitario. A tal efecto, se cita el vigésimo séptimo considerando de la Directiva Marco, que advierten de la necesidad de no imponer “obligaciones inadecuadas” a los nuevos mercados, y la Recomendación de la Comisión que afirma, paladinamente, que los nuevos mercados han de quedar al margen de la regulación.

No obstante, y un poco contradictoriamente, las Directrices de la Comisión sobre análisis de mercados, precisan que las empresas con peso significativo en el mercado no deben impedir el acceso a esos mercados ya desde sus orígenes, de manera que las ANR han de ser cuidadosas en su intervención, y *pueden posponer la intervención a un momento en que la competencia este estabilizada*. No se trataría, por tanto, más que de respetar la ventaja adquirida por ser el primero en actuar, pero sin que la ventaja competitiva así generada, se transforme, posteriormente, en un obstáculo al desarrollo de la competencia<sup>12</sup>. No hay, por tanto, regla comunitaria alguna que imponga como

---

<sup>12</sup> Los difíciles equilibrios de los que trata de dar cuenta el derecho comunitario en este punto, son bien patentes si se considera, por ejemplo, el caso español, en concreto, la intervención de nuestra Comisión Mercado Telecomunicaciones. Su documento de síntesis, tras la oportuna Consulta Publica, "*Principios y Líneas Maestras de la futura regulación de las Redes de Acceso de Nueva Generación (NGA)*", apuntaba los criterios que después se siguieron en la resolución de 22 de enero de 2009 sobre análisis y definición de los mercados 4 y 5 de la nueva recomendación de la Comisión Europea. En lo que aquí importa, la Resolución define el mercado de acceso de banda ancha, designa operador con peso significativo e impone obligaciones específicas (entre ellas, las de acceso). La Resolución cuenta con dos votos particulares, que discrepan con el parecer mayoritario, justamente, en el punto del tratamiento de las

resultado legalmente vinculante, la exclusión de los nuevos mercados del ámbito del marco regulador de las comunicaciones electrónicas.

El segundo conjunto de argumentos de la RFA señala que de la normativa que resulta de la reforma de la TKG, no se concluye una exención general del marco comunitario regulador de las comunicaciones electrónicas, sino que el Legislador se ha limitado a “orientar “ o “pre-estructurar” la acción de la ANR alemana en su intervención sobre los nuevos mercados. La TKG menciona como objetivos que abren la posibilidad de intervención el de “fomentar la inversión y la innovación”, que también figura en el marco comunitario (art. 8 de la Directiva Marco). Para la RFA “existen varias formas de poner en equilibrio este objetivo y los demás del marco regulador comunitario y lo que hizo el legislador nacional fue indicar a la ANR alemana el modo de alcanzar este equilibrio, dando prioridad a un objetivo concreto”<sup>13</sup>. No hay, por tanto, más que uso legítimo del margen de apreciación que corresponde a los Estados, dado que, además, los arts. 10 y 11 de la TKG permiten la aplicación de las “Recomendaciones” y “Directrices” de la Comisión, a las que ya nos hemos referido, que forman parte del marco regulador.

La cuestión es dilucidar a quien corresponde *conforme al derecho comunitario* establecer aquel equilibrio entre los diferentes objetivos, al legislador nacional (actuando con criterios generales) o, por el contrario, a las ANR a través de la evaluación realizada en cada caso concreto. Desde el derecho alemán, en la vista del caso, se argumentó que el art. 9a-2 de la TKG (que señala *in fine* , recuérdese, que para evaluar la necesidad de regulación e imponer medidas concretas la ANR alemana tendrá particularmente en cuenta el objetivo de promover una inversión eficiente en infraestructuras y fomentar la innovación) era necesario para poder someter a control judicial las facultades discrecionales de la ANR alemana<sup>14</sup>. Se quería, por tanto, evitar que la ponderación entre los diferentes objetivos de la regulación fuera discrecionalmente realizada por la ANR.

La Comisión, sobre este segundo aspecto, alega que el citado precepto de la TKG insiste específicamente sobre uno sólo de los objetivos de la regulación, de manera

---

Redes de Acceso de Nueva Generación. Un punto, en particular, de suma importancia, la imposición o no de obligaciones simétricas de acceso al operador que primero llegue, con la nueva red, hasta un edificio, plantea serias discrepancias.

Vid. [http://www.cmt.es/cmt\\_ptl\\_ext/SelectOption.do?nav=ngn&detalles=090027198007ealf&pagina=1](http://www.cmt.es/cmt_ptl_ext/SelectOption.do?nav=ngn&detalles=090027198007ealf&pagina=1).

<sup>13</sup> Conclusiones del Abogado General, citadas, apartado 61.

<sup>14</sup> El Abogado General, sin embargo, señala que el control judicial limitado a un objetivo señalado por el legislador, equivale a una instrucción para darle prioridad respecto de otros objetivos

contradictoria con lo especificado por el art. 8 de la Directiva Marco, que no establece ninguna jerarquía entre tales objetivos, jerarquía que tampoco resultan de lo previsto en la Directiva acceso ni de la Directiva servicio universal. La RFA insiste en que se trata simplemente de lograr una mayor seguridad jurídica, de manera que la ANR *puede* hacer uso de su facultad discrecional para determinar la necesidad de regulación de un nuevo mercado. La Comisión no señalaría qué disposición del marco comunitario otorga tal discrecionalidad “plena” a las ANR, ni qué precepto de la TKG limita la misma en el caso particular de la ANR alemana. Para el Estado Miembro demandado “la Comisión exige que el derecho interno adopte literalmente disposiciones de las directivas, como si se tratara de reglamentos, con un objetivo orientado más hacia la uniformización que hacia la armonización”.

En conclusión, pues, la posición de la RFA es la de que el legislador nacional puede, en virtud de su margen de maniobra, prestar una atención particular a alguno de los objetivos de regulación reconocidos por las Directivas del marco regulador común sobre comunicaciones electrónicas, y la utilización del término “particularmente” en el art. 9<sup>a</sup>-2 de la TKG indica, además, que el objetivo en ella mencionado no es el único que puede tomarse en consideración.

### **III. LA RESPUESTA DEL TRIBUNAL. ALGUNAS AFIRMACIONES RELEVANTES.**

El Tribunal resuelve, en primer lugar, que resulta contrario a derecho comunitario la regla de la exclusión en principio, del ámbito del marco regulador, de los nuevos mercados. Para ello se limita a interpretar el art. 16 de la Directiva Marco que se refiere al sector de las comunicaciones electrónicas, en general y no excluyen a los nuevos mercados, ni a ningún otro mercado, de su ámbito de aplicación. En consecuencia, como tal precepto pide a las ANR que realicen un análisis de los mercados pertinentes, previamente definidos de conformidad con el art. 15, para determinar si han de ser objeto de regulación *ex ante*, tales potestades deben referirse a la totalidad del sector. Resulta contrario a derecho comunitario establecer, como regla, la exención de regulación (y, por tanto, situarlo fuera de las potestades de las ANR<sup>15</sup>) tal como, para los nuevos mercados, establece la TKG.

---

<sup>15</sup> El apartado 72 de la Sentencia recuerda expresamente el argumento utilizado por la Comisión: “al establecer una disposición legal según la cual, en general, se excluye la regulación de los nuevos mercados por la ANR, el artículo 9a de la TKG usurpa las facultades amplias que otorga a ésta el marco regulador comunitario, impidiéndole adoptar las medidas de regulación adecuadas a cada caso particular. Pues bien, tal como se desprende del punto 54 de las conclusiones del Abogado General, el legislador

En segundo lugar, la Sentencia rechaza que el principio de no regulación resulte ya del propio derecho comunitario, como la RFA defendía, pues ni la Directiva Marco (Considerando 27º) ni las Directrices (apartado 32) ni la Recomendación (apartado 15º) pueden interpretarse en otro sentido que no sea la regulación de ciertas especificidades<sup>16</sup>.

En tercer lugar, siendo patente que el marco comunitario atribuye a la ANR, y no al legislador nacional, la apreciación de la necesidad de regulación, el precepto de la TKG en cuanto contiene una predeterminación (exención de regulación) resulta contrario a derecho comunitario, pues usurpa una facultad de la Autoridad Nacional otorgada por el derecho comunitario.

Y aún más, en cuarto lugar, la normativa alemana resulta contraria a derecho comunitario también cuando admite, por excepción, medidas regulatorias en los nuevos mercados, adoptadas por la ANR propia. En efecto, si se recuerda, puesto que la reforma de la TKG cuando admite la intervención de la ANR, la obliga a actuar “priorizando” a uno de los objetivos del marco comunitario (“promover una inversión eficiente en materia de infraestructura y fomentando la innovación”, dice el art. 8-2 de la Directiva Marcos, que también enumera los otros objetivos ya citados: fomento de la competencia, protección de los usuarios...), resulta que, en el caso de la RFA, *ha sido el legislador nacional y no la ANR*, la que ha ponderado de los objetivos del marco comunitario. El Abogado General había indicado que tal art. 8 de la Directiva Marco otorga la consecución de tales objetivos, y por tanto, su correcta ponderación en cada

---

alemán no puede revocar la decisión del legislador comunitario y eximir con carácter general de la regulación a estos nuevos mercados”

<sup>16</sup>Los apartados 69 y ss de la sentencia interpretan los textos comunitarios que había citado la RFA en apoyo de su argumentación, en el siguiente sentido: “*En primer lugar, el vigésimo séptimo considerando de la Directiva marco establece que las Directrices deben abordar la cuestión de los nuevos mercados, en los que, si bien es probable que el líder del mercado posea de hecho una cuota de mercado sustancial, no debe ser sometido a obligaciones inadecuadas. Según este considerando, la regulación de los nuevos mercados debe tomar en consideración las especificidades de éstos. En consecuencia, es preciso señalar que una disposición de ese tipo no puede entenderse en el sentido de que impone un principio de no regulación de dichos mercados*”. Por otra parte, “*con arreglo al apartado 32 de las Directrices, el vigésimo séptimo considerando de la Directiva marco señala que los mercados en expansión, en los que es probable que el líder del mercado posea de hecho una cuota de mercado sustancial, no deben ser sometidos a una regulación ex ante inadecuada. En efecto, según esa disposición de las Directrices, la imposición prematura de una regulación ex ante puede influir indebidamente en las condiciones en que tome forma la competencia en un mercado nuevo y emergente*”. Finalmente, “*el décimo quinto considerando de la Recomendación de la Comisión señala que los mercados nuevos y emergentes, en los que puede constatarse una situación de poder de mercado debida a la ventaja adquirida por el «primero en actuar», no deben someterse en principio a regulación ex ante. Tal disposición establece la no regulación de los nuevos mercados cuando, teniendo en cuenta las ventajas adquiridas por el primero en actuar, existen empresas con poder de mercado. Por tanto, dicha disposición impone, si es preciso, la verificación caso por caso de los requisitos exigidos por la ANR para llegar a la conclusión de que no debe regularse un nuevo mercado*”

caso, a la ANR a través de evaluaciones específicas, y no al legislador, para terminar afirmando que una decisión del legislador nacional afecta al modo en que el derecho comunitario quiso que se realizaran tales evaluaciones específicas. La RFA no puede, en consecuencia, limitar el margen de discrecionalidad de la ANR alemana en relación con la intervención en los nuevos mercados, sometiéndola a condiciones mediante las cuales se le da prioridad a un objetivo regulador concreto<sup>17</sup>.

Las afirmaciones que expresamente realiza ahora la sentencia son trascendentes, pues, siguiendo su anterior jurisprudencia, y las conclusiones del Abogado general, se declara que “una disposición nacional como el art. 9<sup>a</sup>-2 de la TKG que da preferencia a un objetivo de regulación particular infringe lo dispuesto en el art. 8 de la Directiva Marco... y limita de modo contrario a dichas directivas la facultad discrecional de la ANR”. Además, se añade que, cuando dicho precepto de la TKG, en el análisis de los mercados realizado ANR “da preferencia a un objetivo de regulación particular para determinar la necesidad de regulación de un nuevo mercado, efectúa una ponderación de dichos objetivos... ponderación que corresponde a la ANR en el cumplimiento de las tareas de regulación que le han sido asignadas”.

Por estas dos razones (y aún por alguna otra, pues los motivos por los que, conforme a la TKG, la ANR alemana puede intervenir en un nuevo mercado son más estrictos que los resultan del marco comunitario), la sentencia declara que procede acoger el motivo “basado en una limitación de la facultad discrecional de la ANR”.

#### **IV. A MODO DE CONCLUSIONES: LA APUESTA POR LA DISCRECIONALIDAD REGULATORIA.**

La sentencia comentada, en su brevedad, apuesta, por tanto, por fortalecer la discrecionalidad propia de las ANR, al menos en el ámbito directamente otorgado por el derecho comunitario. Como en el anterior fallo *Comisión c. Polonia* de 13 de noviembre de 2008, ello supone negar que las opciones regulatorias otorgadas por el marco

---

<sup>17</sup>El Abogado General apoya esta conclusión, entre otros argumentos, en la anterior STJUE 13 de noviembre 2008, *Comisión/Polonia* (C-277/07), en la cual el Tribunal consideró contrario a derecho comunitario el intento de Polonia de alcanzar los objetivos del art. 8 de la Directiva Marco, favoreciendo el acceso a infraestructura de redes sin tener en cuenta las condiciones de competencia.

El caso citado (conclusiones del Abogado General Ruiz Jarabo Colomer) es, en cierto modo, antitético del contemplado en la sentencia ahora comentada pues se imponía, mediante ley, en todo caso, la obligación de negociar el acceso queriendo favorecer la competencia, frente al desarrollo de infraestructuras alternativas. Pero la respuesta del Tribunal es clarificadora, aún en presencia de la alegación de Polonia que mantenía el valor de la seguridad jurídica así conseguida. “Al no establecer la intervención de las ANR previamente a la imposición de la obligación de contratos de acceso, la ley de telecomunicaciones (polaca) no permite evaluación alguna de la situación según los elementos del citado art. 12 de la Directiva acceso” y resulta, por tanto, contrario a derecho comunitario.

comunitario a la ANR puedan verse restringidas, interferidas o sustituidas por obra del legislador nacional. Ni siquiera la alegación de la mayor seguridad jurídica, o la de prefigurar la posibilidad de un mejor control jurisdiccional, justifican, para esta jurisprudencia, que el legislador nacional interfiera en las posibilidades de acción confiadas a las ANR por el derecho comunitario. ¿Una consecuencia más de la primacía del derecho comunitario o una nueva discrecionalidad regulatoria? .

El conocido párrafo según el cual “*La existencia de potestades discrecionales es una exigencia indeclinable del gobierno humano: Este no puede ser reducido a una pura nomocracia objetiva y neutral, a un simple juego automático de normas, contra lo que en su tiempo esperó la entelequia social y política de la Ilustración*”<sup>18</sup>, cobra ahora un sentido singular, en la medida en que se excluye que el legislador nacional trate de “densificar” la actuación de sus ANR, por que el derecho comunitario pide (en ocasiones bajo cierto poder directivo-armonizador de la Comisión) que estas mantengan íntegras sus potestades de acción, a fin de que, en cada momento, puedan ponderar la prioridad de uno u otro objetivo de la regulación. Ponderación entre diferentes fines que el derecho comunitario excluye sea realizada por el legislador nacional e impone que se mantenga, en el derecho interno, plenamente en el campo de acción posible de cada ANR.

En particular, el respeto a la primacía del derecho comunitario puede significar ahora que el legislador nacional ha de sacrificar no sólo su propia opción entre políticas regulatorias (dentro de las previstas por el marco comunitario), sino también su propia percepción de lo que requiere la seguridad jurídica o la posibilidad de control jurisdiccional de las decisiones regulatorias adoptadas por la ANR en ejercicio de poderes directamente otorgados por el derecho comunitario.

---

<sup>18</sup> Ni que decir tiene que el párrafo pertenece al *Curso de Derecho Administrativo* (cito por la 5ª ed. Civitas, Madrid, Tomo I 1989, pg. 454) obra en la que, como es bien sabido, a la siempre brillante y decisiva pluma del maestro E. GARCIA DE ENTERRIA se suma la muy notable contribución de T.R. FERNANDEZ, cuya participación en tal fundamental obra justificaría, por sí sola, nuestra admiración y reconocimiento.