SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera)
de 20 de octubre de 2005 *

En los asuntos acumulados C-327/03 y C-328/03,

que tienen por objeto sendas peticiones de decisión prejudicial planteadas, con arreglo al artículo 234 CE, por el Bundesverwaltungsgericht (Alemania), mediante resoluciones de 30 de abril de 2003, recibidas en el Tribunal de Justicia el 28 de julio de 2003, en los procedimientos entre

Bundesrepublik Deutschland

e

ISIS Multimedia Net GmbH und Co. KG, representada por **ISIS Multimedia Net Verwaltungs GmbH** (asunto C-327/03),

Firma O2 (Germany) GmbH und Co. OHG (asunto C-328/03),

* Lengua de procedimiento: alemán.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera),

integrado por el Sr. A. Rosas, Presidente de Sala, y los Sres. J. Malenovský, S. von Bahr (Ponente), A. Borg Barthet y U. Lõhmus, Jueces;

Abogado General: Sr. D. Ruiz-Jarabo Colomer;
Secretaria: Sra. M. Ferreira, administradora principal;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 11 de noviembre de 2004;

consideradas las observaciones escritas presentadas:

— en nombre de la Bundesrepublik Deutschland, por los Sres. S. Prömper y K. Schierloh, en calidad de agentes;

— en nombre de ISIS Multimedia Net GmbH und Co. KG, representada por ISIS Multimedia Net Verwaltungs GmbH, por el Sr. R. Schütz, Rechtsanwalt;

— en nombre de Firma O2 (Germany) GmbH und Co. OHG, por el Sr. M. Hoffmann, Rechtsanwalt;

— en nombre del Gobierno del Reino Unido, por el Sr. K. Manji, en calidad de agente, asistido por la Sra. S. Moore, Barrister;

— en nombre de la Comisión de las Comunidades Europeas, por la Sra. C. Schmidt y el Sr. M. Shotter, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 9 de diciembre de 2004;

dicta la siguiente

Sentencia

1 Las peticiones de decisión prejudicial tienen por objeto la interpretación de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones (DO L 117, p. 15).

2 Dichas peticiones se presentaron en el marco de sendos litigios entre la Bundesrepublik Deutschland y, por una parte, ISIS Multimedia Net GmbH und Co. KG, representada por ISIS Multimedia Net Verwaltungs GmbH (en lo sucesivo, «ISIS Multimedia»), y, por otra, Firma O2 (Germany) GmbH und Co. OHG (en lo

sucesivo, «Firma O2») en relación con el gravamen reclamado por la Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (autoridad de regulación de telecomunicaciones y correos; en lo sucesivo, «Autoridad de Regulación») en el marco de sendas solicitudes de atribución de números de telefonía.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

3 El artículo 11 de la Directiva 97/13 establece lo siguiente:

«1. Los Estados miembros garantizarán que todo canon impuesto a las empresas en el marco de los procedimientos de autorización tenga por único objetivo cubrir los gastos administrativos que ocasione la expedición, gestión, control y ejecución del régimen de licencias individuales aplicable. Los cánones por una licencia individual deberán ser proporcionados en relación con el trabajo que supongan y se publicarán de manera adecuada y suficientemente detallada, a fin de facilitar el acceso a la información relativa a los mismos.

2. No obstante lo dispuesto en el apartado 1, cuando se trate de recursos escasos, los Estados miembros podrán autorizar a sus autoridades nacionales de reglamentación a imponer gravámenes que tengan en cuenta la necesidad de garantizar el uso óptimo de dichos recursos. Estos gravámenes no podrán ser discriminatorios y habrán de tener en cuenta, en especial, la necesidad de potenciar el desarrollo de servicios innovadores y de la competencia.»

Normativa nacional

4 La normativa nacional relevante incluye el artículo 43, apartado 3, de la Ley sobre las telecomunicaciones (Telekommunikationsgesetz), de 25 de julio de 1996 (BGBl. 1996 I, p. 1120; en lo sucesivo, «TKG»), y el Reglamento sobre los gravámenes aplicables a los números de telecomunicaciones (Telekommunikations-Nummerngebührenverordnung), de 16 de agosto de 1999 (BGBl. 1999 I, p. 1887; en lo sucesivo, «TNGebV»).

5 El artículo 43 de la TKG dispone que la autoridad de reglamentación se encargará de la gestión de la numeración y que la decisión de atribución de un número de telefonía, a raíz de una solicitud, dará lugar a la percepción de un gravamen. El hecho imponible del gravamen y su importe se determinarán por vía reglamentaria, de conformidad con la Ley relativa a los costes administrativos (Verwaltungskostengesetz), de 23 de junio de 1970 (BGBl. 1970 I, p. 821).

6 El artículo 1 del TNGebV, en relación con el punto B 1 del anexo de esta disposición, en su versión inicial, establece que la asignación de un bloque de 1.000 números de telefonía con diez cifras en el sector del bucle local dará lugar a un gravamen de 1.000 DEM (aproximadamente 500 euros). En caso de desestimación de una solicitud de números, se percibirá un gravamen por un importe equivalente a la cuarta parte de la cuantía del gravamen impuesto por la atribución de números, es decir 250 DEM (aproximadamente 125 euros).

Litigios principales y cuestiones prejudiciales

7 ISIS Multimedia y Firma O2, dos empresas de telecomunicaciones, solicitaron a la Autoridad de Regulación la atribución de números de telefonía.

8 ISIS Multimedia obtuvo 37 bloques de 1.000 números con diez cifras de los 43 que había pedido. Firma O2 recibió 2.303 bloques de 1.000 números con diez cifras de los 2.324 que eran objeto de su solicitud. Con tal motivo se impuso a estas dos empresas un gravamen que ascendía respectivamente a 38.500 DEM y alrededor de 2,3 millones de DEM.

9 El importe de dichos gravámenes es más de quince veces superior al de los gastos administrativos ocasionados por la atribución de números de telefonía y más de tres veces superior al de los gastos derivados de la desestimación de una solicitud de números. Por otra parte, la cuantía del gravamen por número asignado corresponde aproximadamente al 0,1 % del volumen de negocios anual que podría realizarse con un número.

10 Deutsche Telekom AG (en lo sucesivo, «Deutsche Telekom»), empresa sucesora del operador histórico titular del monopolio en materia de telecomunicaciones en Alemania, dispone de una reserva de 400 millones de números de telefonía, que obtuvo de manera gratuita. Según el Bundesverwaltungsgericht, el legislador nacional tenía intención de someter a esta empresa al pago del gravamen fijado por el TNGebV como contrapartida de la concesión de la citada reserva, pero ello no fue posible dado que Deutsche Telekom no presentó ninguna solicitud de atribución de números y, por tanto, el artículo 43 de la TKG no era aplicable.

11 ISIS Multimedia y Firma O2 recurrieron contra las decisiones de la Autoridad de Regulación que les imponían el pago del gravamen. Sus recursos fueron desestimados en primera instancia pero posteriormente fueron estimados en apelación. La Autoridad de Regulación interpuso entonces un recurso de casación ante el Bundesverwaltungsgericht.

12 Dicho órgano jurisdiccional indica que la TKG y el TNGebV son conformes a la Constitución alemana. Considera asimismo que el artículo 11, apartado 2, de la

Directiva 97/13 permite imponer un gravamen por la atribución de números de telefonía, que constituyen un recurso escaso. No obstante, se pregunta si resulta acorde con esta disposición, y en particular con la necesidad de potenciar la competencia, aplicar a las nuevas empresas de telecomunicaciones un gravamen que refleja en parte el valor económico de los números asignados, siendo así que en virtud del Derecho nacional es imposible exigir el pago del mismo gravamen a Deutsche Telekom por la reserva de números que obtuvo. El Bundesverwaltungsgericht estima que, si debe tenerse en cuenta la situación de la competencia en el mercado, es probable que tal gravamen sea contrario al citado artículo 11, apartado 2.

13 En tales circunstancias, el Bundesverwaltungsgericht resolvió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las dos siguientes cuestiones prejudiciales, que están formuladas en términos idénticos en los asuntos C-327/03 y C-328/03:

«1) ¿Debe interpretarse la Directiva 97/13 [...] en el sentido de que por la asignación de números telefónicos puede percibirse un canon que tenga en cuenta su valor económico, a pesar de que una empresa, que opera en el mercado y ocupa una posición de dominio, haya recibido sin coste alguno de su antecesora jurídica, el antiguo monopolio estatal, una gran cantidad, estando excluida por el ordenamiento jurídico nacional la imposición *a posteriori* de dichas reservas históricas?

En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión:

2) En una situación como la descrita, ¿cabe gravar a las empresas que entran en el mercado con una tasa única por la asignación de un número telefónico, cuyo importe equivale a un determinado porcentaje (el 0,1 %) del volumen de negocios estimado que podría obtenerse mediante su atribución a un cliente

final, con independencia de los demás costes que soportan para introducirse y sin un análisis previo, basado en los mismos, de sus posibilidades competitivas frente a la compañía dominante?»

14 Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 16 de septiembre de 2003, se acumularon los asuntos C-327/03 y C-328/03 a efectos de las fases escrita y oral del procedimiento y de la sentencia.

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la primera cuestión

15 Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta esencialmente si el artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, que establece que un nuevo operador en el mercado de las telecomunicaciones debe pagar un gravamen por la atribución de números de telefonía que tiene en cuenta el valor económico de éstos, siendo así que una empresa de telecomunicaciones que ocupa una posición dominante en el mismo mercado ha obtenido de manera gratuita la cuantiosa reserva de números de que disponía el antiguo monopolio, del que es sucesora, y el Derecho nacional excluye el pago *a posteriori* de dicho gravamen por la citada reserva.

Observaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia

16 ISIS Multimedia, Firma O2 y la Comisión de las Comunidades Europeas sostienen que la obligación impuesta a los nuevos operadores de pagar el gravamen previsto

por el TNGebV como contrapartida de la atribución de los números telefónicos necesarios para ofertar servicios de telefonía vocal a sus clientes en el sector del bucle local, cuando Deutsche Telekom dispone gratuitamente de una gran reserva de números para el mismo servicio, es discriminatoria y constituye un obstáculo al desarrollo de la competencia. Afirman que, en consecuencia, una normativa como aquella en la que se basa dicho gravamen es contraria a los requisitos enunciados en el artículo 11, apartado 2, segunda frase, de la Directiva 97/13.

17 En cambio, el Gobierno alemán alega, en primer lugar, que tal normativa no es discriminatoria puesto que Deutsche Telekom, al igual que sus competidores, debe pagar un gravamen por la atribución de nuevos números de telefonía.

18 En segundo lugar, por lo que se refiere a la reserva de números que Deutsche Telekom recibió de la empresa de la que es sucesora, dicho Gobierno sostiene que, en el momento en el que se constituyó la citada reserva, no estaba previsto ningún gravamen, ni en virtud del Derecho nacional ni con arreglo al Derecho comunitario. En consecuencia, no procede, a su juicio, exigir el pago *a posteriori* de este gravamen por la mencionada reserva, gravamen que, en cualquier caso, no es posible según el Derecho nacional.

19 Por último, el Gobierno alemán añade que el hecho de que Deutsche Telekom no pague el gravamen por la reserva de números de telefonía de la que dispone está justificado por las gravosas cargas que recaen sobre esta empresa debido al servicio universal, por haber seguido empleando a un número muy grande de antiguos funcionarios y por la obligación resultante de pagar las pensiones de éstos.

20 Por su parte, el Gobierno del Reino Unido afirma que la obligación de pagar un gravamen que tenga en cuenta el valor económico de los números de telefonía atribuidos permite gestionar el recurso escaso que éstos constituyen, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13.

Respuesta del Tribunal de Justicia

21 Según el tenor del artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13, es necesario que el gravamen cumpla tres requisitos. En primer lugar, debe servir para garantizar el uso óptimo de un recurso escaso. En segundo lugar, no puede ser discriminatorio. Por último, ha de tener en cuenta la necesidad de potenciar el desarrollo de servicios innovadores y de la competencia.

22 En lo que atañe al primer requisito, relativo a la gestión óptima de un recurso escaso, los Gobiernos alemán y del Reino Unido sostienen que la cantidad de números de telefonía utilizables es limitada y que, por tanto, se cumple el primer requisito.

23 A este respecto, procede señalar que es cierto que el artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13 permite aplicar un gravamen para gestionar de manera óptima un «recurso escaso», pero este concepto no se define en el citado artículo.

24 En consecuencia, es necesario hacer referencia a las disposiciones anteriores al citado artículo y en particular al artículo 10, apartado 1, de la misma Directiva.

Según esta disposición, los Estados miembros únicamente pueden limitar el número de licencias individuales aplicables a una categoría de servicios de telecomunicaciones en la medida en que sea necesario para facilitar números suficientes. De ello resulta que el legislador comunitario reconoció que la cantidad de números de telefonía puede ser limitada y, por consiguiente, éstos pueden constituir un recurso escaso.

25 Por tanto, el artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13 debe entenderse en el sentido de que los Estados miembros pueden imponer un gravamen a las empresas de telecomunicaciones para gestionar de manera óptima la atribución de números de telefonía.

26 De lo anterior se desprende que el primer requisito establecido en la citada disposición se cumple en la medida en que la obligación de pagar un gravamen como el previsto por la normativa objeto del procedimiento principal se refiera a la atribución de números de telefonía.

27 Por el contrario, en caso de desestimación de una solicitud de asignación de números de telefonía, que por definición no implica ninguna utilización de números ni, en consecuencia, ninguna reducción de la cantidad de números disponibles, lo dispuesto en el artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13 no es de aplicación. En tal supuesto, es necesario aplicar la regla general que figura en el apartado 1 de este artículo, según la cual el canon impuesto a las empresas en el marco de los procedimientos de autorización debe limitarse a los gastos administrativos derivados del trabajo ocasionado por el tratamiento de la solicitud de números. Por consiguiente, la obligación de pagar un gravamen igual a más del triple del importe de los gastos administrativos soportados es contraria a esta regla.

28 Queda aún pendiente comprobar si la obligación de pagar un gravamen por la asignación de números de telefonía como el previsto por la normativa de que se trata

en el procedimiento principal cumple los otros dos requisitos enunciados en el artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13.

29 Por lo que se refiere al requisito de no discriminación, debe recordarse que exige que las situaciones comparables no sean tratadas de manera distinta, a menos que tal diferenciación esté objetivamente justificada (véase, en especial, la sentencia de 23 de noviembre de 1999, Portugal/Consejo, C-149/96, Rec. p. I-8395, apartado 91).

30 A este respecto, procede señalar que ISIS Multimedia y Firma O2, al igual que Deutsche Telekom, son empresas de telecomunicaciones que operan en el sector del bucle local. Para ofertar sus servicios, deben necesariamente disponer de números de telefonía para asignárselos a sus clientes. Por tanto, dichas empresas se encuentran en una situación comparable desde el punto de vista de la oferta de servicios. Ahora bien, consta que ISIS Multimedia, Firma O2 y todos los nuevos operadores deben pagar el gravamen previsto por el artículo 1 del TNGebV, en relación con el punto B 1 del anexo de este artículo, para obtener números telefónicos y acceder al mercado de los servicios de telefonía vocal en el sector del bucle local, mientras que Deutsche Telekom dispone de una gran reserva de números que le permite ser operativa en el citado mercado y por la cual no ha pagado gravamen alguno.

31 En consecuencia, es necesario observar que Deutsche Telekom y sus competidores no son tratados de igual manera para el acceso a dicho mercado.

32 La circunstancia de que Deutsche Telekom deba pagar el gravamen para obtener nuevos números no cambia en modo alguno esta apreciación, que se refiere al acceso de los operadores al mercado.

33 Por otra parte, el hecho de que Deutsche Telekom recibiese la reserva de números de la empresa de la que es sucesora, de manera legal con arreglo al Derecho alemán y a la normativa comunitaria aplicable en el momento en que se le transmitió esta reserva, tampoco modifica la citada apreciación.

34 No obstante, se plantea la cuestión de si la diferencia de trato de los nuevos operadores respecto a una empresa como Deutsche Telekom, sucesora del antiguo monopolio, puede estar justificada o constituye una discriminación contraria al artículo 11, apartado 2, de la Directiva.

35 El Gobierno alemán alega que el hecho de que Deutsche Telekom no pague un gravamen por la reserva de números de telefonía de la que dispone está justificado por la obligación de esta empresa de asumir tareas derivadas del servicio universal y pagar las pensiones de los antiguos funcionarios a los que emplea.

36 A este respecto, es necesario señalar que el Gobierno alemán no ha presentado datos numéricos que fundamenten su alegación según la cual la atribución gratuita de la citada reserva constituye una compensación por las cargas que recaen sobre Deutsche Telekom por sus obligaciones de servicio universal o por el pago de las pensiones de los antiguos funcionarios que ha contratado. Pues bien, como ya ha declarado anteriormente el Tribunal de Justicia, dado que el artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13 introduce una excepción a la regla general enunciada en el apartado 1 del mismo artículo, debe interpretarse en sentido estricto (véase la sentencia de 18 de septiembre de 2003, Albacom e Infostrada, asuntos acumulados C-292/01 y C-293/01, Rec. p. I-9449, apartados 33 y 34). Por consiguiente, las justificaciones basadas en el citado apartado 2 no pueden formularse simplemente en términos generales.

37 Sin perjuicio de que pueda aportarse una explicación que permita justificar la diferencia de trato a los operadores, procede considerar que la obligación de pagar

un gravamen por la atribución de números telefónicos como el que impone a los nuevos operadores la normativa de que se trata en el procedimiento principal, pago que constituye una condición necesaria para la entrada de éstos en el mercado de los servicios de telefonía vocal en el sector del bucle local, cuando la empresa sucesora del antiguo monopolio puede operar en dicho mercado al disponer de manera gratuita de una gran reserva de números, constituye una discriminación contra los citados nuevos operadores que es contraria al artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13.

38 Aun en el supuesto de que el Gobierno alemán lograse demostrar el carácter supuestamente no discriminatorio de la reserva de números de telefonía de la que dispone Deutsche Telekom, quedaría pendiente comprobar si, de conformidad con el tercer requisito establecido en el referido artículo 11, apartado 2, el pago del gravamen en caso de asignación de números tiene en cuenta la necesidad de potenciar el desarrollo de servicios innovadores y de la competencia.

39 A este respecto, es necesario recordar que un sistema de competencia no falseada tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos (véase la sentencia de 22 de mayo de 2003, Connect Austria, C-462/99, Rec. p. I-5197, apartado 83).

40 Al Tribunal de Justicia ya se le ha planteado la cuestión relativa al Derecho de la competencia suscitada por una normativa que prevé la atribución gratuita a una empresa pública en posición dominante de determinadas facilidades de operación, en concreto frecuencias adicionales en un sector de la telefonía móvil digital, mientras que un nuevo operador había debido pagar un canon por la adquisición de una licencia en el mismo sector. A este respecto, el Tribunal de Justicia declaró que tal normativa puede infringir lo dispuesto en el artículo 82 CE al extender o reforzar la posición dominante de dicha empresa. Sin embargo, el Tribunal precisó que las normas sobre la competencia no se oponen a dicha normativa si el canon previamente satisfecho por la empresa pública en posición dominante por la obtención de una licencia en el ámbito de la telefonía móvil y la atribución gratuita

de las frecuencias adicionales resultan equivalentes, en términos económicos, al canon impuesto al competidor (véase la sentencia Connect Austria, antes citada, apartados 85 a 90).

41 En consecuencia, ha de efectuarse un examen comparativo análogo por lo que respecta a los gravámenes aplicados a la empresa en posición dominante y a sus competidores por la atribución de números de telefonía.

42 A este respecto, es necesario señalar que la empresa en posición dominante, a saber Deutsche Telekom, no pagó gravamen alguno por la atribución de una cantidad muy grande de números de telefonía y que a esta empresa sólo se le impone el pago de un gravamen por la asignación de nuevos números, mientras que sus competidores, los nuevos operadores, deben pagar un gravamen desde la atribución del primer número.

43 Pues bien, ha quedado acreditado que este gravamen, que se calcula en función del valor económico de los números asignados, constituye una carga significativa para las empresas de telecomunicaciones. En el caso de los nuevos operadores, esta carga pesa sobre su presupuesto desde su fase inicial de instalación en el sector del bucle local.

44 En consecuencia, los nuevos operadores no se encuentran en una situación de igualdad con la empresa en posición dominante para la obtención de números telefónicos y por tanto, la competencia en el mercado de los servicios de telefonía vocal en el sector del bucle local resulta falseada.

45 En lugar de facilitar de manera significativa la entrada en el mercado de nuevos operadores, como indica el quinto considerando de la Directiva 97/13 (véase la sentencia Albacom e Infostrada, antes citada, apartado 35), atenuando las disparidades competitivas entre la empresa en posición dominante y los nuevos operadores en el mercado de las telecomunicaciones, una normativa como aquella de que se trata en el procedimiento principal tiene el efecto de mantener dichas disparidades. Constituye un obstáculo a la entrada de éstos en el citado mercado y, por consiguiente, frena el desarrollo de la competencia y la promoción de servicios innovadores, al contrario de lo que exige el tercer requisito establecido en el artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13.

46 Por tanto, procede responder a la primera cuestión que el artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, que establece que un nuevo operador en el mercado de las telecomunicaciones debe pagar un gravamen por la atribución de números de telefonía que tiene en cuenta el valor económico de éstos, siendo así que una empresa de telecomunicaciones que ocupa una posición dominante en el mismo mercado ha obtenido de manera gratuita la cuantiosa reserva de números de que disponía el antiguo monopolio, del que es sucesora, y el Derecho nacional excluye el pago *a posteriori* de dicho gravamen por la citada reserva.

Sobre la segunda cuestión

47 Habida cuenta de la respuesta dada a la primera cuestión, no procede responder a la segunda cuestión prejudicial.

Costas

48 Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional nacional, corresponde a éste

resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Tercera) declara:

El artículo 11, apartado 2, de la Directiva 97/13/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de abril de 1997, relativa a un marco común en materia de autorizaciones generales y licencias individuales en el ámbito de los servicios de telecomunicaciones, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional, como la que es objeto del procedimiento principal, que establece que un nuevo operador en el mercado de las telecomunicaciones debe pagar un gravamen por la atribución de números de telefonía que tiene en cuenta el valor económico de éstos, siendo así que una empresa de telecomunicaciones que ocupa una posición dominante en el mismo mercado ha obtenido de manera gratuita la cuantiosa reserva de números de que disponía el antiguo monopolio, del que es sucesora, y el Derecho nacional excluye el pago *a posteriori* de dicho gravamen por la citada reserva.

Firmas.