CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. POIARES MADURO
presentadas el 12 de septiembre de 2007 [1]

1. En la petición de decisión prejudicial planteada en el presente asunto, el Consiglio di Stato (Italia) formula al Tribunal de Justicia una larga serie de cuestiones en materia de competencia leal, libertad de prestación de servicios, libertad de expresión y del principio de pluralismo de los medios de comunicación. El litigio principal versa sobre una empresa de televisión a la que, varios años después de haber obtenido la concesión de derechos de radiodifusión nacional en un procedimiento de licitación pública, no se le han asignado todavía las radiofrecuencias necesarias para ejercer dichos derechos. Entre tanto, la legislación nacional ha permitido a los operadores existentes continuar sus actividades de radiodifusión y utilizar radiofrecuencias, prolongando así de hecho una situación que no se ajusta al resultado del procedimiento de licitación pública. Abordaré los problemas planteados por el órgano jurisdiccional remitente principalmente a la luz de las normas sobre la libre prestación de servicios.

I. Hechos, marco jurídico nacional y petición de decisión prejudicial

2. El marco jurídico nacional pertinente es una compleja amalgama de leyes y decretos-leyes, si bien tres medidas legislativas han constituido sucesivamente la piedra angular de la normativa relativa a la televisión de radiodifusión nacional: la Ley nº 223/1990 (en lo sucesivo, «Ley Mammì»), [2] la Ley nº 249/1997 (en lo sucesivo, «Ley Maccanico») [3] y la Ley nº 112/2004 (en lo sucesivo, «Ley Gasparri»). [4]

3. La Ley Maccanico fue adoptada en julio de 1997, después de que la Corte Costituzionale

1 — Lengua original: inglés.

2 — GURI nº 185, de 9 de agosto de 1990, Suplemento ordinario nº 53.

3 — GURI nº 177, de 31 de julio de 1997, Suplemento ordinario nº 154.

4 — GURI nº 104, de 5 de mayo de 2004, Suplemento ordinario nº 82.

(Italia) declarara, mediante sentencia de diciembre de 1994, [5] que la normativa sobre defensa de la competencia contenida en la Ley Mammì era insuficiente para evitar posiciones dominantes que pudieran amenazar el pluralismo de los medios de comunicación. La Ley Maccanico creó la Autorità per le garanzie nelle comunicazioni (Autoridad Reguladora en materia de Comunicaciones; en lo sucesivo, «AGCom») e introdujo nuevas restricciones a las concentraciones en el mercado de la televisión de radiodifusión nacional, con vistas a garantizar la competencia y la observancia del principio de pluralismo. En virtud de la Ley Maccanico, a partir del 30 de abril de 1998, ninguna persona estaba autorizada a explotar más del 20 % de los canales de radiodifusión nacional.

4. La Ley Maccanico también establecía normas transitorias para los operadores existentes que dispusieran de canales que superaran el umbral del 20 %. Según las normas transitorias, dichos operadores estarían autorizados para continuar sus actividades de radiodifusión después del 30 de abril de 1998 con carácter provisional, siempre que transmitieran por frecuencias terrestres y, al mismo tiempo, por cable o vía satélite. La Ley estableció que los canales que sobrepasaran el umbral deberían finalmente abandonar la radiodifusión terrestre después de la adopción de un plan nacional de asignación de frecuencias.

5. A la vista de los objetivos de la Ley Maccanico, en marzo de 1999 se convocó una licitación pública para la concesión de los derechos de radiodifusión televisiva nacional por frecuencias terrestres. Debido a limitaciones técnicas, el número de canales terrestres no podía ser superior a once. Se reservaron tres canales para la televisión pública, quedando a disposición de los operadores privados un máximo de ocho canales.

6. Al resultar adjudicatario de la licitación, Centro Europa 7 Srl (en lo sucesivo, «Europa 7») obtuvo la concesión de derechos de radiodifusión televisiva nacional. Dichos derechos fueron concedidos mediante Decreto Ministerial de 28 de julio de 1999, adoptado el 28 de octubre del mismo año. En lo que respecta a las frecuencias concretas, el Decreto hacía referencia al plan de asignación nacional que estaba todavía pendiente de adopción. Según el Decreto, la AGCom y el Ministerio de Comunicaciones debían adoptar el plan de asignación nacional en un plazo de 24 meses a partir de la notificación del Decreto. En caso de «impedimentos objetivos» dicho plazo podía prorrogarse otros 12 meses.

7. El plan de asignación nacional no se materializó. En consecuencia, Europa 7 no recibió ninguna frecuencia y, pese a haber obtenido la concesión de derechos de radiodifusión, no podía empezar de hecho sus actividades de radiodifusión. Mientras tanto, una serie

5 — Sentencia de 5-7 de diciembre de 1994, nº 420/1994.

de leyes y resoluciones judiciales sucesivas permitió a los operadores existentes, incluidos los que no habían resultado adjudicatarios de la licitación, continuar sus actividades de radiodifusión.

8. Por ejemplo, la Ley nº 66/2001,[6] que reguló la transición de la televisión analógica a la digital, permitió a dichos operadores continuar sus emisiones por frecuencias terrestres hasta la adopción de un plan nacional para la asignación de frecuencias para la televisión digital. Dicho plan debía entrar en vigor a más tardar el 31 de diciembre de 2002. El plazo venció sin que se hubiera elaborado ningún plan.

9. En una sentencia de 20 de noviembre de 2002, la Corte Costituzionale declaró que la transmisión de canales que superaran el umbral de defensa de la competencia del 20 % de la televisión terrestre a la televisión por cable o vía satélite debía producirse a más tardar el 31 de diciembre de 2003, con independencia de la situación de la televisión digital.[7] Sin embargo, pese a dicha sentencia, la posibilidad de que los operadores existentes siguieran utilizando las frecuencias terrestres para los canales que superaban el umbral de defensa de la competencia fue prorrogada de nuevo por el Decreto-ley nº 352/2003[8] (posteriormente convalidado mediante la Ley nº 43/2004)[9] y por la Ley Gasparri.

10. La Ley Gasparri autorizó de forma efectiva a los operadores existentes a utilizar frecuencias para los canales que superaban el umbral de defensa de la competencia, bloqueando así la liberación de dichas frecuencias, para nuevos operadores como Europa 7, hasta la adopción de un plan nacional de asignación de frecuencias para la televisión digital. Además, en virtud de la Ley Gasparri, sólo los operadores activos podían solicitar el derecho al uso de frecuencias para la televisión digital. Por último, la Ley Gasparri redefinió el umbral del 20 % que había sido establecido por la Ley Maccanico.

11. Por consiguiente, en el momento pertinente, algunos operadores de la televisión nacional no habían obtenido derechos de radiodifusión, si bien se les permitió, no obstante, continuar sus actividades de radiodifusión, aunque superaran el umbral de defensa de la competencia. Europa 7, pese a haber obtenido derechos de radiodifusión, no podía iniciar sus actividades ya que no había obtenido las frecuencias necesarias. Además, al no ser un operador activo, Europa 7 no podía obtener derechos de radiodifusión para la televisión digital.

12. Una vez transcurrido el plazo de 24 meses después de la notificación de su licencia de radiodifusión, Europa 7 interpuso un recurso ante el Tribunale Amministrativo Regionale Lazio. Solicitó que se ordenara a las autoridades administrativas competentes que asignaran las frecuencias necesarias y abonaran una indemnización

6 — GURI nº 70, de 24 de marzo de 2001.
7 — Sentencia de 20 de noviembre de 2002, nº 466/2002.
8 — GURI nº 300, de 29 de diciembre de 2003.
9 — GURI nº 47, de 26 de febrero de 2004.

por los perjuicios sufridos entre tanto. Con carácter subsidiario, en el supuesto de que la asignación de frecuencias resultara imposible, Europa 7 exigía una indemnización por daños y perjuicios. El Tribunale Amministrativo Regionale Lazio declaró que Europa 7 no era titular de un derecho subjetivo («diritto soggettivo») a la atribución de frecuencias específicas y desestimó el recurso en su totalidad. Posteriormente, Europa 7 impugnó esa sentencia ante el Consiglio di Stato.

13. Durante todo el procedimiento judicial nacional, las autoridades italianas invocaron en su defensa el Decreto-ley nº 352/2003 y la Ley Gasparri. En ese contexto, el Consiglio di Stato formuló una serie de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia:

«1) ¿Garantiza el artículo 10 del [Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»)], al que hace referencia el artículo 6 del Tratado de la Unión Europea, el pluralismo informativo en el sector radiotelevisivo y, por tanto, obliga a los Estados miembros a garantizar un pluralismo efectivo y una competencia efectiva en el sector, basada en un sistema de defensa de la competencia que, respecto al desarrollo tecnológico, garantice el acceso a las redes y la pluralidad de operadores, sin que sea posible considerar legítima una organización duopolística del mercado?

2) ¿Exigen las disposiciones del Tratado CE que reconocen la libertad de prestación de servicios y la competencia, en la interpretación realizada por la Comisión mediante la Comunicación interpretativa de 29 de abril de 2000 relativa a las concesiones en el Derecho comunitario, el establecimiento de principios aplicables a las concesiones que garanticen un trato no discriminatorio y de igualdad, así como la transparencia, la proporcionalidad y el respeto de los derechos de los particulares, y son contrarias a tales disposiciones y principios del Tratado las normas del Derecho italiano, en concreto el artículo 3, apartado 7, de la Ley nº 249/1997 y el artículo 1 del Decreto-ley nº 352/2003, de 24 de diciembre de 2003, convalidado por la Ley nº 112/2004 (Ley Gasparri), [[10]] en la medida en que permitieron a operadores que explotaban redes radiotelevisivas «excedentes» que superaban los límites impuestos por la normativa de defensa de la competencia continuar ejerciendo su actividad sin interrupción, excluyendo a operadores que, como la sociedad demandante, aunque disponían de la concesión necesaria, obtenida a raíz de un procedimiento competitivo regular, no pudieron realizar la actividad objeto de la concesión por falta de asignación de frecuencias (resultante de la insuficiencia o escasez de tales frecuencias, como consecuencia de la citada continuación de las actividades por parte de los titulares de las redes denominadas excedentes)?

3) ¿Impone el artículo 17 de la [Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo

10 — Esto parece ser un error: el Decreto-ley en cuestión fue convalidado de hecho por la Ley nº 43/2004, de 23 de febrero de 2004.

y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) (DO L 108, p. 21)], a partir del 25 de julio de 2003, la eficacia directa de dicha Directiva en el ordenamiento jurídico interno y obliga al Estado miembro que haya otorgado concesiones para la actividad de radiodifusión televisiva (que incluyan el derecho a instalar redes o a prestar servicios de comunicación electrónica o el derecho al uso de frecuencias) a adaptar dichas concesiones a la regulación comunitaria, y conlleva tal obligación la necesidad de asignar efectivamente las frecuencias necesarias para el ejercicio de la actividad?

4) Habida cuenta de que el artículo 9 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 (Directiva marco) (DO L 108, p. 33)] y el artículo 5 de la Directiva autorización exigen procedimientos abiertos, transparentes y no discriminatorios (artículo 5) que se desarrollen sobre la base de criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados (artículo 9), ¿se oponen los citados artículos a un régimen de consentimiento general previsto por el Derecho nacional (artículo 23, apartado 5, de la Ley nº 112/2004), que, al permitir que sigan explotándose las denominadas «redes excedentes», seleccionadas sin licitación, lesiona los derechos que corresponden a otras empresas en virtud de la normativa comunitaria (artículo 17, apartado 2, de la Directiva 2002/20/[…]), las cuales, pese a haber vencido en procedimientos competitivos, no pueden operar?

5) ¿Obligan el artículo 9 de la Directiva 2002/21 […], los artículos 5, apartado 2, párrafo segundo, y 7, apartado 3, de la Directiva 2002/20 […] y el artículo 4 de la [Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 249, p. 21)] a los Estados miembros a hacer que cese, cuando menos a partir del 25 de julio de 2003 (véase el artículo 17 de la Directiva autorización), una situación de ocupación de hecho de las frecuencias (utilización de equipos sin una concesión ni una autorización otorgada a raíz de una comparación de los aspirantes) para una actividad de radiodifusión televisiva como aquella de que se trata y, en consecuencia, a no permitir una realización de dicha actividad que no se basa en una planificación correcta del espectro, que excluye toda lógica de aumento del pluralismo y que es contraria a las propias concesiones atribuidas por el Estado miembro a raíz de un procedimiento público?

6) ¿Puede la excepción prevista en el artículo 5, apartado 2, párrafo segundo, de la Directiva 2002/20 […] y en el artículo 4 de la Directiva 2002/77 […] ser invocada por el Estado miembro únicamente con el fin de proteger el pluralismo informativo o de garantizar la diversidad cultural o lingüística, pero no en favor de los operadores que explotan redes que superan los límites impuestos previamente por las normas nacionales sobre la competencia?

7) Para invocar la excepción prevista en el artículo 5 de la Directiva 2002/20 […], ¿debe el Estado miembro indicar cuáles son los objetivos efectivamente perseguidos por la normativa nacional que establece la citada excepción?

8) ¿Puede tal excepción aplicarse, además del supuesto de la concesionaria del servicio público radiotelevisivo (en Italia, RAI), en favor de operadores privados que no hayan resultado vencedores en un procedimiento competitivo y en contra de empresas que, en cambio, hayan obtenido de manera regular una concesión a raíz de un procedimiento de licitación?

9) ¿Debería el marco normativo resultante del Derecho comunitario primario y derivado, que persigue garantizar una competencia efectiva («workable competition») incluido el sector del mercado radiotelevisivo, haber obligado al legislador nacional a evitar la superposición de la prórroga del antiguo régimen transitorio de transmisión analógica y el lanzamiento de la transmisión denominada digital terrestre, puesto que sólo en el caso del denominado cierre de la radiodifusión analógica (con el consiguiente paso generalizado a la transmisión digital) sería posible reasignar frecuencias que quedasen libres para varios usos, mientras que en el supuesto de la mera puesta en marcha del proceso de transición hacia el régimen de transmisión digital terrestre existe el riesgo de que se agrave aún más la escasez de frecuencias disponibles, debido a la transmisión analógica y digital en paralelo («simulcast»)?

10) Por último, ¿queda garantizada la protección del pluralismo de las fuentes de información y de la competencia en el sector radiotelevisivo reconocida por el Derecho comunitario, por una regulación nacional, como la de la Ley nº 112/2004, que establece un nuevo límite del 20 % de los recursos, aplicable a una selección muy amplia (el denominado SIC: artículo 2, letra [g)], y artículo 15 de la Ley nº 112/2004), que comprende también actividades que no tienen impacto sobre el pluralismo de las fuentes de información, siendo así que el "mercado relevante" en el Derecho de la competencia normalmente se determina diferenciando los mercados en el sector radiotelevisivo, incluso distinguiendo entre televisiones de pago y televisiones no de pago que operan por ondas [véanse, entre otras, la Decisión de la Comisión, de 21 de marzo de 2000, por la que se declara la compatibilidad de una operación de concentración con el mercado común (Asunto COMP/JV.37 — BSkyB/KirchPayTV), sobre la base del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración de empresas (DO L 395, p. 1), y la Decisión de la Comisión, de 2 de abril de 2003, por la que una concentración se declara compatible con el mercado común y el Acuerdo EEE (Asunto COMP/M.2876 — Newscorp/Telepiù) (DO L 110, p. 16) , basada en el Reglamento nº 4064/89]?»

II. Observaciones preliminares sobre la competencia del Tribunal para examinar la conformidad de actos nacionales con los derechos fundamentales

14. Mediante su primera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita una interpretación del artículo 10 del CEDH y pide al Tribunal de Justicia que aclare las obligaciones que son aplicables a los Estados miembros en virtud del derecho de libertad de expresión y de su corolario, el concepto de pluralismo de los medios.

15. El respeto a la libertad de expresión constituye un principio en el que se basa la Unión Europea. Sin embargo, ello no implica automáticamente que el Tribunal de Justicia sea competente para examinar si un Estado miembro ha vulnerado el derecho de libertad de expresión. Como el Tribunal de Justicia ha declarado en muchas ocasiones, sólo está facultado para examinar la conformidad con los derechos fundamentales de las normas nacionales que están comprendidas en el ámbito del Derecho comunitario. [11]

16. En el pasado se han formulado distintas tesis para ampliar las funciones del Tribunal de Justicia en el examen de medidas adoptadas por los Estados miembros con el fin de valorar su conformidad con los derechos fundamentales. En sus conclusiones presentadas en el asunto Konstantinidis, el Abogado General Jacobs manifestó su opinión de que cualquier nacional de un Estado miembro que ejerza una actividad económica en otro Estado miembro puede, en virtud del Derecho comunitario, invocar la protección de sus derechos fundamentales:

«A mi juicio, el nacional comunitario que se traslada a otro Estado miembro como trabajador por cuenta ajena o autónomo [...] no sólo tiene derecho a ejercer su actividad o profesión y a beneficiarse de las mismas condiciones de vida y laborales que los ciudadanos del Estado de acogida, sino que, además, tiene derecho a presumir que, donde quiera que vaya para ganarse la vida dentro de la Comunidad Europea, se le tratará de acuerdo con un código común de valores fundamentales, en particular, los establecidos en el Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos. En otras palabras, tiene derecho a afirmar *civis europeus sum* y a invocar dicho estatuto para oponerse a cualquier vulneración de sus derechos fundamentales.» [12]

17. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no siguió esta sugerencia. En otras palabras, no respaldó la opinión de que cualquier vulneración por el Estado de acogida de un derecho fundamental de un nacional de otro Estado miembro puede dificultar el ejercicio

11 — Véanse, por ejemplo, el auto del Tribunal de Justicia de 6 de octubre de 2005, Vajnai (C-328/04, Rec. p. I-8577), y las sentencias de 29 de mayo de 1997, Kremzow (C-299/95, Rec. p. I-2629); de 4 de octubre de 1991, Society for the Protection of Unborn Children Ireland (C-159/90, Rec. p. I-4685), y de 30 de septiembre de 1987, Demirel (12/86, Rec. p. 3719).

12 — Conclusiones de 9 de diciembre de 1992 presentadas en el asunto Konstantinidis (sentencia de 30 de marzo de 1993, C-168/91, Rec. 1993 p. I-1191), punto 46.

del derecho de libre circulación. Aunque no pretendo proponer que el Tribunal de Justicia abandone su posición consolidada durante largo tiempo sobre esta cuestión, considero que ha llegado el momento de perfeccionar esta línea jurisprudencial.

18. Desde la adopción del Tratado de Ámsterdam, el respeto de los derechos fundamentales es un requisito jurídico formal para la pertenencia a la Unión Europea. [13] El artículo 6 UE, en su versión modificada por dicho Tratado, proclama ahora firmemente que la Unión se basa en los principios de libertad, democracia, respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el Estado de Derecho, principios que son comunes a los Estados miembros. El artículo 7 UE establece un mecanismo para imponer sanciones a un Estado miembro cuando existe un riesgo claro de violación grave de dichos principios, confirmando así que el respeto de los derechos fundamentales es una condición indispensable para pertenecer a la UE.

19. Es cierto que estas disposiciones no persiguen ampliar el ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, en virtud del Derecho comunitario, a cualquier norma de los Estados miembros. Sin embargo, no puede negarse que ponen de manifiesto la profunda convicción de que el respeto de los derechos fundamentales es intrínseco al ordenamiento jurídico comunitario y que, sin él, la actuación común de y para los pueblos de Europa carecería de valor y no sería posible. En este sentido, la propia existencia de la Unión Europea se basa en el respeto de los derechos fundamentales. En consecuencia, la protección del «código común» de derechos fundamentales constituye un requisito esencial del ordenamiento jurídico comunitario.

20. En este contexto, el Tribunal de Justicia cumple su función de garantizar la observancia, por los Estados miembros, de los derechos fundamentales como principios generales del Derecho. [14] A este respecto, debe establecerse una distinción entre, por una parte, la competencia para examinar cualquier medida nacional a la luz de los derechos fundamentales y, por otra, la competencia para examinar si los Estados miembros proporcionan el nivel de protección necesario en relación con los derechos fundamentales para poder cumplir correctamente sus demás obligaciones como miembros de la Unión. El primer tipo de examen no existe todavía y no se encuentra entre las competencias actuales de la Unión. Sin embargo, el segundo tipo de examen se desprende lógicamente de la naturaleza del proceso de integración europea. Sirve para garantizar que existen las condiciones básicas para el funcionamiento adecuado del ordenamiento jurídico comunitario y para

13 — Artículo 49 UE.

14 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925); de 11 de julio de 2002, Carpenter (C-60/00, Rec. p. I-6279) y de 16 de junio de 2005, Pupino (C-105/03, Rec. p. I-5285). La descripción por el Tribunal de Justicia de los derechos fundamentales como «parte de los principios generales del Derecho cuyo respeto garantiza» procede de las sentencias de 14 de mayo de 1974, Nold KG/Comisión (4/73, Rec. p. 491), apartado 13; de 13 de diciembre de 1979, Hauer (44/79, Rec. p. 3727), apartado 15; y de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft (11/70, Rec. p. 1125), apartado 4. A mayor abundamiento, procede señalar que estos tres últimos asuntos versaban sobre la obligación de las instituciones comunitarias de respetar los derechos fundamentales.

el ejercicio efectivo de muchos de los derechos concedidos a los ciudadanos comunitarios. Pese a que el grado de protección de los derechos fundamentales a escala nacional no tiene que ser exactamente idéntico al grado de protección de los derechos fundamentales en el ámbito de la Unión Europea, debe existir algún grado de equivalencia para garantizar que el Derecho comunitario puede aplicarse de manera efectiva en el ordenamiento jurídico nacional.

21. Aunque a primera vista esta situación puede parecer poco probable, no descarto en este momento la idea de que pueda producirse en un Estado miembro un incumplimiento grave y constante de derechos fundamentales, que haga imposible que dicho Estado cumpla muchas de sus obligaciones comunitarias y limite de manera efectiva la posibilidad de que los particulares ejerzan plenamente los derechos que les concede el Derecho comunitario. Por ejemplo, resultaría difícil imaginar a ciudadanos de la Unión ejerciendo sus derechos de libre circulación en un Estado miembro cuando existen deficiencias generalizadas en la protección de los derechos fundamentales. En efecto, tales deficiencias generalizadas equivaldrían a una violación de las normas en materia de libre circulación.

22. Lo que propongo no es que cualquier violación de derechos fundamentales en el sentido del artículo 6 UE, apartado 2, constituye en sí misma una vulneración de las normas en materia de libre circulación. Sólo las violaciones graves y reiteradas que pongan de manifiesto un problema generalizado en la protección de los derechos fundamentales en el Estado miembro de que se trate podrían, en mi opinión, considerarse vulneraciones de las normas en materia de libre circulación, debido a la amenaza directa que constituirían para la dimensión transnacional de la ciudadanía europea y para la integridad del ordenamiento jurídico comunitario. En la medida en que la protección de los derechos fundamentales en un Estado miembro no sea gravemente insuficiente en ese sentido, considero que el Tribunal de Justicia sólo debe examinar la conformidad de medidas nacionales con los derechos fundamentales cuando tales medidas estén comprendidas en el ámbito de aplicación de la competencia del Tribunal de Justicia según se establece en su jurisprudencia hasta la fecha. [15]

23. En lo que respecta al presente asunto, propongo que el Tribunal de Justicia se mantenga fiel a su planteamiento convencional. Ello no supone afirmar que la primera cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional nacional, relativa al derecho a la libertad de expresión, carezca de pertinencia. Sin embargo, como veremos, su pertinencia tiene un carácter auxiliar con respecto a la cuestión de si se ha producido una restricción de la libre circulación.

III. Reformulación de las cuestiones prejudiciales

24. Esto nos lleva a las otras cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional nacional.

15 — Véanse, en particular, las sentencias de 13 de julio de 1989, Wachauf (5/88, Rec. p. 2609); ERT, citada en la nota 14; de 25 de marzo de 2004, Karner (C-71/02, Rec. p. I-3025); y Pupino, citada en la nota 14.

Lamentablemente, el modo en que están formuladas dichas cuestiones es problemático en varios aspectos. En primer lugar, el órgano jurisdiccional remitente solicita en esencia al Tribunal de Justicia que determine la compatibilidad de la legislación nacional con el Derecho comunitario. Sin embargo, no es esta la labor del Tribunal de Justicia en el marco del procedimiento prejudicial. Su función se limita a proporcionar una interpretación de las disposiciones pertinentes del Derecho comunitario. Incumbe al órgano jurisdiccional remitente determinar si su legislación nacional es compatible con tales disposiciones. [16]

25. Además, es necesario limitar el alcance de la petición de decisión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente. Las cuestiones prejudiciales del Consiglio di Stato afectan a varios aspectos de la legislación italiana. Sin embargo, no sería adecuado que el Tribunal de Justicia abordara cuestiones de Derecho comunitario que no son necesarias para resolver el litigio principal. El Tribunal de Justicia ha declarado la inadmisibilidad de tales cuestiones. [17] De acuerdo con esa jurisprudencia, no abordaré las cuestiones prejudiciales del órgano jurisdiccional remitente relativas a los requisitos para poder optar a una concesión para la televisión digital y a la nueva definición, en virtud de la Ley Gasparri, del mercado de radiodifusión pertinente.

26. Otra parte de la petición de decisión prejudicial es inadmisible por un motivo diferente. En el marco del procedimiento prejudicial, es importante que el órgano jurisdiccional remitente defina las circunstancias de hecho de las cuestiones que plantea, de modo que el Tribunal de Justicia pueda interpretar adecuadamente las disposiciones pertinentes de Derecho comunitario. [18] Como el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia Telemarsicabruzzo y otros, esto es «[pertinente] especialmente en el ámbito del Derecho de la competencia, que se caracteriza por complejas situaciones de hecho y de Derecho.» [19]

27. Según parece, cuando el órgano jurisdiccional remitente solicita, mediante su segunda cuestión, una interpretación de las normas del Tratado en materia de competencia, lo hace principalmente a efectos del artículo 86 CE, apartado 1, en relación con el artículo 82 CE. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, un Estado miembro infringe las prohibiciones contenidas en estas dos disposiciones cuando confiere derechos especiales o exclusivos a una empresa que «es inducida, por el simple ejercicio de [tales derechos] a explotar su posición dominante de manera abusiva o cuando esos derechos puedan crear una situación en la que dicha empresa sea inducida a cometer tales abusos.» [20] Sin embargo, la resolución

16 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 23 de marzo de 2006, Enirisorse (C-237/04, Rec. p. I-2843), apartado 24, y de 9 de septiembre de 2003, Jaeger (C-151/02, Rec. p. I-8389), apartado 43.

17 — Véanse, en este sentido, las sentencias de 3 de febrero de 1983, Robards (149/82, Rec. p. 171), apartado 19; de 16 de julio de 1992, Meilicke (C-83/91, Rec. p. I-4871), apartado 25, y de 21 de marzo de 2002, Cura Anlagen (C-451/99, Rec. p. I-3193), apartado 26.

18 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 13 de julio de 2006, Manfredi y otros (C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619), apartado 27, y de 14 de septiembre de 2006, Stichting Zuid-Hollandse Milieufederatie (C-138/05, Rec. p. I-8339), apartado 30.

19 — Sentencia de 26 de enero de 1993 (C-320/90, C-321/90 y C-322/90, Rec. p. I-393), apartado 7. Véanse asimismo las sentencias de 5 de diciembre de 2006, Cipolla y otros (C-94/04 y C-202/04, Rec. p. I-11421), apartado 25; de 13 de marzo de 2001, PreussenElektra (C-379/98, Rec. p. I-2099), apartado 39; y de 15 de junio de 2006, Acereda Herrera (C-466/04, Rec. p. I-5341), apartado 48.

20 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 25 de octubre de 2001, Ambulanz Glöckner (C-475/99, Rec. p. I-8089), apartado 39; de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros (C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I-6451), apartado 127, y de 30 de marzo de 2006, Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti (C-451/03, Rec. p. I-2941), apartado 23.

de remisión no contiene ninguna indicación relativa, en particular, a la definición del mercado pertinente, al cálculo de las cuotas de mercado poseídas por las distintas empresas que operan en ese mercado y al supuesto abuso de posición dominante. En tales circunstancias, procede declarar la inadmisibilidad de la cuestión del órgano jurisdiccional remitente relativa a las normas del Tratado en materia de competencia. [21]

28. En la medida en que la petición de decisión prejudicial sea admisible, ésta plantea en esencia la siguiente cuestión general: «¿Se opone el Derecho comunitario a una legislación nacional que permite a los proveedores existentes de servicios de radiodifusión televisiva de ámbito nacional continuar emitiendo mediante radiofrecuencias, bloqueando de ese modo la liberación de radiofrecuencias para nuevos operadores que han obtenido una concesión para prestar los mismos servicios?» Abordaré esta cuestión sobre la base del artículo 49 CE [22] y del marco regulador común de las redes y servicios de telecomunicaciones electrónicas. [23]

29. Cabría alegar que, reformulada de este modo, la petición de decisión prejudicial tropieza, no obstante, con el obstáculo de la inadmisibilidad en lo que respecta al artículo 49 CE, ya que los hechos controvertidos en el litigio principal no parecen tener efectos transfronterizos. Sin embargo, dicha alegación no resulta convincente.

30. En los asuntos Guimont [24] y Anomar y otros, [25] el Tribunal de Justicia aceptó cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano jurisdiccional nacional sobre las normas del Tratado en materia de libre circulación, pese a que fueron formuladas en un asunto en el que no existía ningún elemento transfronterizo. Asimismo, en el asunto Cipolla y otros, en el que los hechos se circunscribían a Italia, el Tribunal de Justicia declaró que «al órgano jurisdiccional remitente le puede resultar útil una respuesta, en particular en el supuesto de que el Derecho nacional obligue, en un procedimiento como el del caso de autos, a conceder a un italiano los mismos derechos que el Derecho comunitario reconoce a un nacional de un Estado miembro distinto de la República Italiana que se halle en la misma situación.» [26] En mi opinión, este planteamiento está garantizado a la luz del espíritu de cooperación entre los tribunales nacionales y el Tribunal de Justicia, y habida cuenta de la necesidad de evitar la aplicación del Derecho nacional en combinación con la aplicación del Derecho comunitario que otorga un trato perjudicial a los propios

21 — Véase asimismo, por ejemplo, la sentencia de 17 de febrero de 2005, Viacom Outdoor (C-134/03, Rec. p. I-1167), apartados 25 a 29.

22 — Cabría alegar que el artículo 43 CE resulta asimismo pertinente. Sin embargo, no considero necesario examinar el presente asunto desde el punto de vista tanto del artículo 49 CE como del artículo 43 CE, ya que, en mi opinión, ambos llevarían al mismo resultado.

23 — Directiva 2002/21. Véanse asimismo la Directiva 2002/20 y 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 (Directiva acceso) (DO L 108, p. 7).

24 — Sentencia de 5 de diciembre de 2000 (C-448/98, Rec. p. I-10663), apartados 22 y 23.

25 — Sentencia de 11 de septiembre de 2003 (C-6/01, Rec. p. I-8621), apartados 39 a 41.

26 — Citado en la nota 19, apartado 30. Véase asimismo la sentencia Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti, citada en la nota 20, apartado 29. El Tribunal de Justicia adoptó básicamente el mismo planteamiento en la sentencia de 13 de enero de 2000, TK-Heimdienst (C-254/98, Rec. p. I-151).

nacionales de un Estado miembro. [27] Por consiguiente, también en el presente asunto el Tribunal de Justicia debe proporcionar una interpretación del artículo 49 CE del mismo modo que si el asunto versara sobre una situación transfronteriza.

IV. Apreciación

31. Los Estados miembros no están obligados en virtud del Tratado a privatizar sectores concretos del mercado. En principio, el Tratado les permite mantener monopolios estatales o la titularidad pública de determinadas empresas. [28] No obstante, no les permite limitar de manera selectiva el acceso de los operadores del mercado a determinados sectores económicos una vez que dichos sectores hayan sido privatizados. [29]

32. En consecuencia, el Derecho comunitario no concede habitualmente a los operadores el derecho a actuar en un sector determinado. Sin embargo, el Tratado excluye limitaciones que harían el acceso al mercado nacional más difícil para los operadores de otros Estados miembros que para los nacionales. [30] Con arreglo a la normativa en materia de libre circulación, cualquier medida de un Estado miembro que tenga, real o potencialmente, tal efecto, sólo puede admitirse si la medida es adecuada y necesaria para la consecución de un interés público legítimo y si el impacto desigual en los operadores nacionales y los de otros Estados miembros es proporcionado a las diferencias objetivas entre estas dos categorías. [31]

33. Las medidas nacionales que limitan el número de operadores en un sector determinado del mercado pueden restringir la libre circulación, ya que dichas medidas conllevan el riesgo de fosilizar las estructuras del mercado nacional y proteger la posición de los operadores que se han hecho fuertes en dicho sector. Además, es probable que tales operadores sean operadores nacionales. Por lo tanto, las restricciones relativas al número de operadores en un sector del mercado nacional deben estar justificadas.

34. Como ilustra la sentencia Placanica, es posible que un sistema de licencias que limita el número total de operadores en el territorio nacional esté justificado a la vista

27 — Véanse asimismo los puntos 121 a 154 de las conclusiones del Abogado General Sharpston presentadas en el asunto Gouvernement de la Communauté française y Gouvernement wallon, C-212/06, actualmente pendiente ante este Tribunal, y mis conclusiones presentadas en el asunto Carbonati Apuani (sentencia de 9 de septiembre de 2004, C-72/03, Rec. p. I-8027), puntos 61 a 63.

28 — Véanse los artículos 31 CE y 86 CE, apartado 1, y, por ejemplo, la sentencia de 5 de junio de 2007, Rosengren y otros (C-170/04, Rec. p. I-4071); la sentencia de 23 de octubre de 1997, Franzén, (C-189/95, Rec. p. I-5909), y la sentencia de 21 de septiembre de 1999, Läärä y otros (C-124/97, Rec. p. I-6067).

29 — Véase el punto 26 de mis conclusiones presentadas en el asunto Federconsumatori y otros, C-463/04 y C-464/04, pendiente en la actualidad ante el presente Tribunal.

30 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 8 de septiembre de 2005, Mobistar y Belgacom Mobile (C-544/03 y C-545/03, Rec. p. I-7723), apartados 31 a 33.

31 — Véanse, por ejemplo, la sentencia de 11 de diciembre de 2003, Deutscher Apothekerverband (C-322/01, Rec. p. I-14887) y mis conclusiones presentadas en el asunto Ahokainen y Leppik (sentencia de 28 de septiembre de 2006, C-434/04, Rec. p. I-9171).

de consideraciones de interés público. [32] Por consiguiente, un límite nacional relativo al número total de operadores de un sector de servicios en un mercado determinado podría, en principio, ser declarado admisible en virtud del artículo 49 CE. Sin embargo, ello exigiría no sólo un motivo legítimo para limitar el número de operadores, sino también un proceso de selección que excluya la discriminación arbitraria, ofreciendo suficientes garantías de que el derecho a ejercer actividades se concede con base en criterios objetivos. Por consiguiente, cuando un Estado miembro concede tal derecho, debe hacerlo con arreglo a procedimientos transparentes y no discriminatorios. La finalidad de este requisito es garantizar que todos los operadores de la Comunidad tienen las mismas oportunidades para conseguir el acceso a cualquier parte del mercado interno.

35. El mismo razonamiento sustenta la normativa comunitaria que regula los procedimientos de adjudicación de contratos públicos y concesiones. Estos procedimientos se rigen por los principios de no discriminación y transparencia. En determinados ámbitos, el Derecho derivado desarrolla dichos principios y establece normas específicas en materia de contratación pública. [33] Sin embargo, incluso para los contratos que no están comprendidos en el ámbito de aplicación de dichas normas armonizadas, el Tribunal de Justicia ha declarado que los Estados miembros deben respetar los principios de no discriminación y transparencia en virtud del Derecho comunitario primario. [34]

36. Lo mismo sucede en una situación en la que un Estado miembro concede a un número limitado de operadores privados el derecho a prestar servicios de radiodifusión televisiva nacional por radiofrecuencia. Cabe que los Estados miembros pretendan restringir el acceso a ese mercado concreto, impidiendo así la libertad de prestación de servicios. La restricción puede justificarse por motivos de orden público si es adecuada y necesaria para reducir el riesgo de interferencias perjudiciales, a menos que dicha restricción dé lugar a una discriminación arbitraria. En consecuencia, el procedimiento de licitación para la concesión de derechos a prestar servicios de radiodifusión en el ámbito nacional debe ajustarse, en virtud del artículo 49 CE, al principio de no discriminación y a la obligación de transparencia resultante.

37. Estos principios ocupan también un lugar importante en el marco regulador

32 — Sentencia de 6 de marzo de 2007 (C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891), apartado 53. Véase asimismo la sentencia del Tribunal de Justicia de la AELC de 30 de mayo de 2007, Ladbrokes (E-3/06), apartados 40 a 48.

33 — Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DO L 134, p. 114), modificada en último lugar por la Directiva 2006/97/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, por la que se adaptan determinadas Directivas en el ámbito de la libre circulación de mercancías con motivo de la adhesión de Bulgaria y Rumanía (DO L 363, p. 107); Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales (DO L 134, p. 1), modificada en último lugar por la Directiva 2006/97.

34 — Sentencia de 6 de abril de 2006, ANAV (C-410/04, Rec. p. I-3303), apartado 21; sentencia de 21 de julio de 2005, Coname (C-231/03, Rec. p. I-7287), apartado 17; sentencia de 13 de octubre de 2005, Parking Brixen (C-458/03, Rec. p. I-8585), apartados 48 y 49; sentencia de 7 de diciembre de 2000, Telaustria y Telefonadress (C-324/98, Rec. p. I-10745), apartado 62. Véase asimismo la Comunicación interpretativa de la Comisión sobre el Derecho comunitario aplicable en la adjudicación de contratos no cubiertos o sólo parcialmente cubiertos por las Directivas sobre contratación pública (DO 2006, C 179, p. 2).

común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas. [35] El marco común, al que los Estados miembros tenían la obligación de adaptar el Derecho interno antes del 25 de julio de 2003, establece normas para la gestión de radiofrecuencias y el procedimiento para limitar los derechos de uso de tales frecuencias. El artículo 9, apartado 1, de la Directiva marco establece que «los Estados miembros velarán […] por que la atribución y asignación de […] radiofrecuencias por las autoridades nacionales de reglamentación se base en criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados.» Asimismo, el artículo 7, apartado 3, de la Directiva autorización dispone que «cuando sea preciso limitar el otorgamiento de derechos de uso de radiofrecuencias, los Estados miembros otorgarán tales derechos sobre la base de unos criterios de selección que deberán ser objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados.» Por lo tanto, el marco regulador común amplía los principios que se derivan del Tratado.

38. La observancia de dichos principios entraña naturalmente que los Estados miembros deben seguir adelante con la decisión de conceder licencias de funcionamiento a los operadores que hayan sido seleccionados con arreglo a procedimientos transparentes y no discriminatorios. Tales procedimientos quedarían privados de su propia finalidad si un Estado miembro no respetara su resultado y, en lugar de ello, permitiera a los operadores privados existentes ocupar el mercado indefinidamente, frustrando de ese modo la aplicación de las normas en materia de libre circulación. Como la Comisión declaró acertadamente en su Comunicación sobre concesiones, «el principio de igualdad de trato implica no sólo la fijación de condiciones no discriminatorias para acceder a una actividad económica, sino también que las autoridades públicas adopten las medidas necesarias para garantizar el ejercicio de dicha libertad.» [36] En consecuencia, en lo que respecta a la concesión de licencias para la radiodifusión televisiva nacional por operadores privados, el Derecho comunitario exige que se establezcan procedimientos de selección transparentes y no discriminatorios y, además, que se dote de plenos efectos al resultado de dichos procedimientos.

39. Con mayor razón han de ser respetados tales requisitos en una situación como la controvertida en el litigio principal, en la que el procedimiento de licitación de los derechos de radiodifusión se desarrolló para garantizar el pluralismo de los medios de comunicación. La función que desempeñan a menudo los medios de comunicación como editores de la esfera pública [37] es vital para la promoción y la protección de una sociedad abierta y global en la que se exponen y analizan diferentes ideas del bien común. A este respecto, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el papel fundamental de la libertad de expresión en una sociedad democrática, en particular en la que sirve para

35 — Véase la nota 22.

36 — Comunicación interpretativa de la Comisión sobre las concesiones en el Derecho comunitario (DO 2000, C 121, p. 2).

37 — Véase Pettit, P.: *Republicanism, A Theory of Freedom and Government*, Oxford University Press, Oxford, 1997, p. 168.

comunicar información e ideas al público, «no puede cumplirse satisfactoriamente si no está basado en el principio de pluralismo, del que el Estado es el garante último». [38] En consecuencia, la aplicación del Derecho comunitario en el ámbito de los servicios de radiodifusión de ámbito nacional está basada en el principio de pluralismo y, además, adquiere una importancia especial cuando refuerza la protección de dicho principio. [39]

40. De ello se desprende que los órganos jurisdiccionales nacionales, que tienen la obligación de garantizar la aplicación efectiva del Derecho comunitario, deben examinar rigurosamente los motivos aducidos por un Estado miembro para solicitar que se demore la asignación de frecuencias a un operador que ha obtenido una concesión para la radiodifusión en el ámbito nacional a través de un procedimiento de licitación pública y, de ser necesario, ordenar las reparaciones adecuadas para garantizar que tales derechos no sean meramente teóricos.

41. Las normas y condiciones para obtener una reparación jurídica ante los órganos jurisdiccionales nacionales son, en principio, una cuestión de Derecho nacional. [40] Sin embargo, procede señalar que en los supuestos en que la normativa nacional no establece una reparación efectiva, el Derecho comunitario exige a los tribunales nacionales que concedan, no obstante, dicha reparación para evitar una situación en la que «la plena eficacia de las normas comunitarias se vería cuestionada y la protección de los derechos que reconocen se debilitaría». [41]

42. En sus observaciones escritas, la Comisión señaló que han de tenerse en cuenta las expectativas legítimas y el derecho de propiedad de los operadores existentes. Es imposible analizar exhaustivamente esta cuestión sobre la base de la información facilitada al Tribunal de Justicia en el presente litigio. Estoy de acuerdo con la tesis de que, en la aplicación del Derecho comunitario, deben respetarse el principio de expectativas legítimas y el derecho de propiedad como principios generales del Derecho. Sin embargo, pese a que el respeto de estos principios podría exigir que un Estado miembro indemnizara a los operadores existentes, no justifica necesariamente el mantenimiento de una situación en la que los derechos de los nuevos operadores quedan sin efecto a la vista de los derechos consolidados de los existentes. [42]

38 — TEDH, sentencia Informationsverein Lentia y otros c. Austria, de 24 de noviembre de 1993, Serie A, nº 276, apartado 38.

39 — A este respecto, el presente asunto es sustancialmente diferente del de la sentencia de 25 de julio de 1991, Comisión/Países Bajos (C-353/89, Rec. p. I-4069), en el que la protección del principio de pluralismo se alegó como motivo para establecer excepciones a las normas sobre libre circulación, porque, según se afirmaba, la aplicación de tales normas había debilitado y no reforzado los esfuerzos para garantizar el pluralismo de los medios de comunicación. Véase asimismo la sentencia de 26 de junio de 1997, Familiapress (C-368/95, Rec. p. I-3689).

40 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 14 de diciembre de 1995, Van Schijndel y Van Veen (C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I-4705), apartado 17.

41 — Sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 33. Véanse asimismo las sentencias de 19 de julio de 1990, Factortame y otros (C-213/89, Rec. p. I-2433), apartado 21, y de 2 de agosto de 1993, Marshall (C-271/91, Rec. p. I-4367), apartados 22, 30 y 31.

42 — Véase, en el mismo sentido, la sentencia de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania (C-503/04, Rec. p. I-6153).

V. Conclusión

43. Por los motivos expuestos, considero que las cuestiones prejudiciales planteadas por el Consiglio di Stato deben responderse del siguiente modo:

El artículo 49 CE exige que la concesión de un número limitado de licencias para la radiodifusión televisiva de ámbito nacional por operadores privados se lleve a cabo con arreglo a procedimientos de selección transparentes y no discriminatorios y, asimismo, que se dote de plenos efectos al resultado de tales procedimientos.

Los órganos jurisdiccionales nacionales deben examinar detenidamente los motivos aducidos por un Estado miembro para solicitar que se demore la asignación de frecuencias a un operador que haya obtenido de ese modo derechos de radiodifusión en el ámbito nacional, y, de ser necesario, ordenar las reparaciones adecuadas para garantizar que tales derechos no sean meramente teóricos.