derechos especiales concedidos a determinadas empresas en materia de servicios de telecomunicaciones, era deber suyo, por una parte, definir el tipo de derechos a que se hacía referencia en concreto y, por otra parte, explicar por qué motivo la existencia de tales derechos había de resultar contraria a las diferentes disposiciones del Tratado. Al no existir ninguna indicación al respecto, procede anular las disposiciones de la Directiva 90/388, sobre los servicios de telecomunicaciones, en la medida en que tienen por objeto la regulación de los derechos especiales.

4. La ampliación del monopolio de establecimiento y explotación de la red telefónica al mercado de servicios de telecomunicaciones, sin justificación objetiva, está prohibida en cuanto tal por el artículo 86 y por el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, cuando tal ampliación es consecuencia de una medida estatal, que lleva de este modo a eliminar la competencia. Así sucede con la concesión de derechos exclusivos para el suministro de servicios de telecomunicaciones a los organismos de telecomunicaciones, que permite a éstos excluir a los competidores del mercado de dichos servicios o, por lo menos, limitar su acceso al mismo. Por lo tanto, la Comisión estaba facultada para exigir la supresión de tales derechos mediante su Directiva 90/388.

INFORME PARA LA VISTA

presentado en los asuntos acumulados C-271/90, C-281/90 y C-289/90 *

I. Hechos y procedimiento

El 28 de junio de 1990, basándose en particular en el apartado 3 del artículo 90 del Tratado, la Comisión adoptó la Directiva 90/388/CEE, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones (DO L 192, p. 10; en lo sucesivo, «Directiva»), cuyo contenido puede caracterizarse, en lo fundamental, de la siguiente manera.

El artículo 1 contiene la definición de diversos términos, tales como «organismos de telecomunicaciones», «derechos especiales o exclusivos», «red pública de telecomunicaciones», «servicios de telecomunicaciones», «terminales de la red», «exigencias esenciales», etc. Por otra parte, el artículo 1 precisa que la Directiva no se aplicará al servicio de télex, a la radiotelefonía móvil, a la radiomensajería ni a las comunicaciones por satélite.

A tenor del artículo 2, los Estados miembros garantizarán la abolición de los derechos exclusivos o especiales para el suministro de servicios de telecomunicaciones, distintos de los servicios de telefonía vocal, y adoptarán las medidas necesarias a fin de garantizar el derecho de todo operador económico a ofrecer dichos servicios de telecomunicaciones.

* Lenguas de procedimiento: español (en el asunto 271/90); francés (en el asunto 281/90) e italiano (en el asunto 289/90).

El artículo 4 obliga a adoptar modalidades de aplicación en lo relativo al arrendamiento de circuitos, así como a comunicar a la Comisión los elementos que permitan apreciar las razones en que se basan los aumentos de las tarifas aplicables a los circuitos arrendados.

El artículo 6 prevé, entre otras cosas, la supresión de las restricciones existentes relativas al tratamiento de las señales antes de su transmisión por la red pública o tras su recepción, así como la obligación de comunicar a la Comisión las medidas adoptadas.

El artículo 7 dispone que a partir del 1 de julio de 1991 se atribuirán a una entidad independiente de los organismos de telecomunicaciones ciertas funciones administrativas, técnicas, de control y de vigilancia.

El artículo 8 reconoce a los clientes vinculados por un contrato de suministro de servicios de telecomunicaciones que tenga por objeto derechos exclusivos o especiales, la posibilidad de rescindir dicho contrato con un preaviso determinado.

Por último, según el artículo 9, los Estados miembros comunicarán a la Comisión las informaciones necesarias que le permitan elaborar al final de cada año, durante un período de tres, un informe global sobre la aplicación de la Directiva.

II. Procedimiento en vía judicial

Los recursos del Reino de España, del Reino de Bélgica y de la República Italiana se registraron en la Secretaría del Tribunal de Justicia los días 7, 14 y 20 de septiembre de 1990, respectivamente. Mediante auto de 5 de diciembre de 1990, el Tribunal de Justicia admitió, en el asunto C-271/90, la intervención de la República Francesa en apoyo de las pretensiones de la parte demandante.

Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal de Justicia decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba. No obstante, instó a las partes a que le indicasen de una manera precisa cuáles de sus motivos y alegaciones tenían intención de mantener, habida cuenta de la sentencia que había dictado el 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión (C-202/88, Rec. p. I-1223).

III. Pretensiones de las partes

En el asunto C-271/90, el *Reino de España*, apoyado por la *República Francesa*, solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, en lo relativo al artículo 2 por cuanto atañe a los derechos especiales, así como en lo relativo a los artículos 8 y 9.

— Condene en costas a la Institución demandada.

La *Comisión* solicita al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso.

— Condene en costas al demandante.

En el asunto C-281/90, el *Reino de Bélgica* solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones.

— Condene a la parte demandada a cargar con las costas de la parte demandante.

La *Comisión* solicita al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso de anulación de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, interpuesto por el Estado belga.

— Condene en costas a la parte demandante.

En el asunto C-289/90, la *República Italiana* solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, en lo que atañe a sus artículos 2, 4 y 8.

— Condene en costas a la Comisión.

La *Comisión* solicita al Tribunal de Justicia que:

— Desestime el recurso de la República Italiana que tiene por objeto la anulación de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990.

— Condene en costas a la demandante.

IV. Motivos y alegaciones de las partes

1. *Motivos contenidos en los escritos de interposición de los recursos*

a) Para fundamentar su recurso, el *Gobierno español* invocó cinco motivos, a saber, la incompetencia de la Comisión, la infracción del apartado 1 del artículo 90 del Tratado, la utilización de un procedimiento inapropiado, la falta de motivación y la violación del principio de proporcionalidad.

El *Gobierno francés*, que intervino en apoyo de las pretensiones del Reino de España, invocó la incompetencia de la Comisión basada en el artículo 90 del Tratado, vicios sustanciales de forma y la utilización de un procedimiento inadecuado.

b) Para fundamentar su recurso, el *Gobierno belga* invocó dos motivos, a saber, por una parte, la infracción de los artículos 4, 59, 85, 86 y 87, apartados 1 y 2, letra c), 90, apartados 1 y 3, 100 A, 145, 155 y 222 del Tratado así como violación de los principios generales que rigen el equilibrio insti-

tucional interno de la Comunidad, y, por otra parte, la infracción de los artículos 90, apartado 3, y 190 del Tratado. El *Gobierno belga* precisa en su recurso que el primer motivo de anulación es un motivo genuinamente institucional, puesto que parte de la comprobación, que se motiva en el recurso, de que el verdadero objeto de la Directiva impugnada es el ejercicio por parte de la referida Institución de un poder genuinamente normativo y no meramente represivo de las infracciones de la normativa comunitaria. El segundo motivo, de carácter subsidiario en relación con el anterior, tiene por objeto examinar la Directiva desde el punto de vista de la obligación comunitaria de motivar.

c) El *Gobierno italiano* invocó cinco motivos en su recurso, a saber: 1) incompetencia de la Comisión para adoptar las disposiciones recogidas en los artículos 1, 2, 4, 6, 7 y 8 de la Directiva, violación y aplicación indebida del apartado 3 del artículo 90 del Tratado, infracción de los artículos 100 A y 155 del Tratado; 2) violación del principio de requerimiento previo que puede deducirse de los artículos 93, apartado 2, y 169 del Tratado, desviación de poder, motivación insuficiente; 3) otras infracciones del artículo 90 del Tratado, desviación de poder, incompetencia; 4) violación del principio de proporcionalidad, y 5) otras infracciones del artículo 90 del Tratado y del principio de proporcionalidad.

2. Respuestas de las partes al requerimiento del Tribunal de Justicia de que indicasen los motivos y alegaciones que tenían intención de mantener

a) El *Gobierno español* hace constar que renuncia a sus motivos primero y tercero, es decir, la incompetencia de la Comisión y la utilización de un procedimiento inapropiado, al haber sido tales motivos resueltos por la sentencia recaída en el citado asunto C-202/88. En cuanto al segundo motivo, es decir, la infracción del apartado 1 del artículo 90 del Tratado, el Gobierno español lo mantiene por lo que se refiere a los derechos especiales, y renuncia en aquello que afecte a los derechos exclusivos. En cuanto al cuarto motivo, la falta de motivación, el Gobierno español lo mantiene respecto del artículo 2 de la Directiva impugnada en relación con los derechos especiales así como respecto de los artículos 8 y 9 de la misma disposición legal. Por último, en cuanto al quinto motivo, es decir, la violación del principio de proporcionalidad, el Gobierno español lo mantiene respecto del artículo 8 de la Directiva impugnada.

El *Gobierno francés*, que intervino en apoyo de las pretensiones del Reino de España, desea mantener la totalidad de los motivos y alegaciones que invocó contra la Directiva impugnada.

b) El *Gobierno belga* desea mantener la totalidad de los motivos y alegaciones contenidos en su recurso.

c) El *Gobierno italiano* mantiene el primer motivo (incompetencia, infracción del artículo 90, etc.) y el tercer motivo (otras infracciones del artículo 90) con respecto a los derechos especiales mencionados en los artículos 2 y 4 de la Directiva impugnada. Mantiene en su integridad el cuarto motivo (violación del principio de proporcionalidad), así como el quinto motivo (otras infracciones del artículo 90 del Tratado y del principio de proporcionalidad) con respecto al artículo 8 de la Directiva.

d) La *Comisión* mantiene en su integridad las alegaciones que invocó en sus escritos de contestación y dúplica.

3. *Resumen de los motivos y alegaciones mantenidos por las partes*

Los motivos y alegaciones mantenidos por las partes pueden resumirse de la siguiente manera:

a) La utilización de un procedimiento inapropiado

La *parte coadyuvante* estima que la Comisión, al adoptar, en virtud del apartado 3 del artículo 90, una Directiva que ordena la abolición pura y simple de determinados derechos especiales o exclusivos en materia de servicios de telecomunicaciones, ha utilizado un procedimiento inapropiado.

Según ella, incumbía a la Comisión bien cuestionar, a través del artículo 86 del Tratado y del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22), el uso que hacían de sus derechos las empresas de telecomunicaciones, o bien entablar un procedimiento por incumplimiento, en virtud del artículo 169 del Tratado CEE, contra los Estados miembros involucrados, con el fin de forzarles a adoptar las medidas necesarias para que sus empresas de telecomunicaciones respetasen las normas del Tratado.

No obstante, ambos procedimientos implican, por una parte, la prueba de la infracción o del incumplimiento alegado, y, por otra, la apertura de un debate contradictorio —debe darse a la empresa del Estado miembro afectado la posibilidad de presentar sus observaciones—, que la Comisión ha podido eludir recurriendo abusivamente al apartado 3 del artículo 90 del Tratado.

Por otra parte, el Gobierno francés señala que el hecho de que la Comisión acuda al apartado 3 del artículo 90, conduce a una verdadera inversión de la carga de la prueba, puesto que ya no se trata de que la Comisión, como en los procedimientos del Reglamento nº 17 y del artículo 169 del Tratado, demuestre las infracciones cuya comisión se imputa a las empresas de telecomunicaciones o a los Estados, sino que, por el contrario, se constriñe a los Estados miembros a desvirtuar tales imputaciones.

Dado que el apartado 3 del artículo 90 no prevé ningún procedimiento contradictorio previo, el Gobierno francés considera que la Comisión no podía recurrir al instrumento de la Directiva, previsto en el apartado 3 del artículo 90, con fines «represivos» y en sustitución del artículo 169 del Tratado.

Para responder a este motivo, invocado en primer lugar por el Gobierno español, la *Comisión* alegó en su escrito de contestación en el asunto C-271/90 que, en lo que atañe al mercado de servicios de telecomunicaciones, en la mayor parte de los Estados miembros se daban situaciones de infracción de las normas del Tratado. Ahora bien, el artículo 169 del Tratado, del mismo modo que el procedimiento de aplicación del ar-

tículo 86 permiten únicamente acciones puntuales e individuales de carácter represivo, cuando lo que se necesitaba en este sector en concreto era una solución conjunta y coherente para todos los Estados miembros, no sólo para poner fin a infracciones ya existentes, sino también para prevenir las futuras. Para la Comisión, el artículo 90 del Tratado es la base jurídica más adecuada para alcanzar este resultado.

b) La incompetencia de la Comisión

aa) El apartado 3 del artículo 90 del Tratado no atribuye a la Comisión poder normativo alguno

El *Gobierno belga* considera que una misión de vigilancia como la que prevé el apartado 3 del artículo 90 del Tratado únicamente puede entenderse con relación a normas preexistentes. Como ninguna de las disposiciones del Tratado a las que hace referencia el apartado 1 del artículo 90 impone a los Estados miembros las obligaciones contenidas en los artículos 1, 2, 4 y 6 de la Directiva impugnada, la Comisión asumió en realidad el poder legislativo de organizar por su cuenta el mercado común de los servicios de telecomunicaciones, es decir, una política sectorial común que no figura en el Tratado.

En lo relativo a los derechos especiales mencionados en los artículos 2 y 4 de la Directiva impugnada, el *Gobierno italiano* estima que la Comisión ejercitó facultades de contenido normativo reglamentario, cuyo fundamento no puede encontrarse ni en el apartado 3 del artículo 90 ni en ninguna otra norma del Tratado.

El *Gobierno francés* señala asimismo que, al adoptar una Directiva cuyo artículo 2 ordena la pura y simple abolición de los derechos exclusivos o especiales para el suministro de servicios de telecomunicaciones, distintos de los servicios de telefonía vocal, la Comisión ha ido más allá del deber de vigilancia y de inspección que el Tribunal de Justicia subrayó en su sentencia de 6 de julio de 1982, Francia, Italia y Reino Unido/Comisión (asuntos acumulados 188/80 a 190/80, Rec. p. 2545), y ejerció un poder normativo que en ninguna parte se le había atribuido.

La *Comisión* alega que el objetivo de la Directiva es garantizar que todos los agentes económicos tengan acceso, con arreglo a criterios objetivos, a la prestación de los servicios de telecomunicaciones y al ejercicio de dicha actividad. Según la Comisión, aunque la Directiva tiene alcance general y carácter obligatorio, ello no significa que tenga carácter normativo, es decir, que introduzca en el ordenamiento jurídico comunitario *nuevas* normas generales. Las normas jurídicas, que la Directiva se limita a explicar y a aplicar a casos concretos o a posibilidades concretas de infracción, figuran en ciertas disposiciones del Tratado, tales como los artículos 59 y 86, artículos que tienen un indudable carácter normativo. La Comisión estima, por consiguiente, que la Directiva se inscribe claramente en el marco de la misión de velar por la aplicación de las disposiciones contenidas en el Tratado, misión que le atribuye el apartado 3 del artículo 90.

bb) El apartado 1 del artículo 90 del Tratado presupone la existencia de derechos especiales o exclusivos

Los *Gobiernos español, italiano* y *francés* alegan que el apartado 1 del artículo 90 presupone la existencia de derechos especiales. El *Gobierno francés* considera que dicha disposición presupone también la existencia de derechos exclusivos. Según él, en efecto, considerar, como hace la Comisión, que los derechos de que se trata constituyen en sí mismos una medida en el sentido de dicho artículo privaría de toda eficacia a esta norma del Tratado. En efecto, añade, el Tribunal de Justicia estimó que la existencia de un monopolio en favor de una empresa a la que un Estado conceda, a efectos del artículo 90, derechos exclusivos o la ampliación de estos derechos como consecuencia de una nueva intervención de este Estado, no es, en cuanto tal, incompatible con el Tratado (sentencia de 30 de abril de 1974, Sacchi, 155/73, Rec. p. 409). Por lo tanto, correspondía a la Comisión cuestionar el uso de tales derechos, caso por caso, en cada uno de los Estados, pero de ningún modo los propios derechos.

A juicio de la *Comisión,* el apartado 1 del artículo 90 del Tratado no constituye en modo alguno una legitimación comunitaria de cualesquiera derechos exclusivos o especiales. Según ella, el apartado 1 del artículo 90 se limita a hacer constar la posible existencia de derechos exclusivos o especiales, y si tan sólo los menciona explícitamente en un inciso que no forma parte de los elementos principales de carácter imperativo («los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán [...] ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado [...]»), ello quiere decir únicamente que los derechos exclusivos o especiales sólo se admiten si no son incompatibles *en sí* mismos con otras normas del Tratado, y en la medida en que no lo sean.

cc) La invasión de las competencias que los artículos 87 y 100 A del Tratado atribuyen al Consejo

El *Gobierno belga* considera que, al disponer la abolición de los derechos especiales y exclusivos, la Comisión invadió las competencias que los artículos 87 y 100 A del Tratado atribuyen al Consejo. Según este Gobierno, la formación del mercado común de las telecomunicaciones requiere, lo mismo que cualquier política común en un sector específico, que la armonización y la liberalización se lleven a cabo sistemáticamente en paralelo, y ello no sólo por razones de mera sensatez económica o exigencias técnicas, sino sobre todo a causa del carácter primordial de la interacción política entre armonización y liberalización. Así pues, concluye el Gobierno belga, es a la misma Institución a quien corresponde legislar tanto en materia de armonización como en materia de liberalización.

El *Gobierno italiano* alega que, al disponer la abolición de los derechos especiales, la Comisión prácticamente decidió la política comunitaria de competencia en el sector de las telecomunicaciones y llevó a cabo, de un modo implícito pero necesario, una armonización de los intereses de los diversos Estados miembros y de las diferentes legislaciones. Ahora bien, concluye, de los artículos 100 y 100 A del Tratado se desprende claramente que la Comisión carece de competencia para ello.

La *Comisión* niega que la Directiva lleve a cabo una armonización de las legislaciones de los Estados miembros en el sector de las

telecomunicaciones. Según ella, la única finalidad del articulado de la Directiva es suprimir los derechos exclusivos y especiales, eliminar las restricciones y, en los casos en que tales derechos exclusivos o especiales se mantengan, garantizar que las condiciones de acceso y de ejercicio sean objetivas y no discriminatorias.

Por otra parte, la Comisión estima que, según se desprende del artículo 89 del Tratado, ella puede velar por la aplicación de los artículos 85 y 86 aun cuando el Consejo no haya adoptado medidas, así como precisar, «eventualmente», el ámbito de aplicación de tales artículos [letra c) del apartado 2 del artículo 87 del Tratado].

c) La falta de motivación

Los *Gobiernos belga* y *francés* alegan que, en la medida en que la Directiva trata de poner fin a determinadas infracciones al Derecho comunitario cometidas por los Estados miembros, carece de la motivación adecuada, puesto que no se especifican los Estados miembros que han cometido infracciones ni en qué circunstancias éstas se han cometido. El *Gobierno español* hace suya esta argumentación en lo relativo a los derechos especiales a que alude el artículo 2, así como en lo relativo a los artículos 8 y 9 de la Directiva.

La *Comisión* señala que la Directiva hace un análisis completo, claro y preciso de la situación existente, de las infracciones y de los objetivos que deben alcanzarse para poner remedio a las mismas. Según ella, conviene no olvidar que el acto de que se trata es una Directiva, que por naturaleza es un acto general dirigido a todos los Estados miembros en el que es imposible incluir un examen circunstanciado de cada situación particular, aun cuando para su elaboración la Comisión haya tenido en cuenta todos los elementos que estaban a su disposición. Además, la Comisión alega que los Estados miembros participaron en la elaboración de la Directiva y tuvieron la oportunidad de manifestar su opinión sobre el contenido de la misma.

d) La violación del principio de proporcionalidad

Según el *Gobierno italiano*, en lugar de suponer que la atribución misma de derechos especiales o exclusivos resulta contraria al Tratado, con la consiguiente obligación de suprimir tales derechos (artículo 2 de la Directiva) o limitarlos (artículo 4), la Comisión habría debido llevar a cabo una investigación sobre las diferentes conductas adoptadas en el ejercicio de tales derechos, comprobar si esas conductas resultaban o no conformes con el Tratado y, en caso negativo, reprimirlas. Resulta evidente que la supresión constituye un instrumento desproporcionado en relación con el objetivo que se pretende alcanzar.

Por esas mismas razones, los *Gobiernos español* e *italiano* señalan que el apartado 3 del artículo 90 del Tratado no atribuye a la Comisión competencia para obligar a los Estados miembros a intervenir de una manera autoritaria en el contenido de contratos celebrados libremente en el pasado entre empresas gestionarias y clientes (artículo 8 de la Directiva).

La *Comisión* alega que el argumento desarrollado por el Gobierno italiano consiste, de hecho, en presentar de forma distinta el motivo basado en la incompetencia de la Comisión (el apartado 1 del artículo 90 del Tratado presupone la existencia de derechos especiales o exclusivos), motivo al que la Comisión estima haber respondido en grado suficiente.

Por lo que se refiere al artículo 8 de la Directiva, que ofrece a los clientes de los organismos de telecomunicaciones la posibilidad de rescindir los contratos de suministro de servicios de telecomunicaciones de duración superior a un año, la Comisión observa que tal disposición no constituye sino el corolario de la obligación de suprimir los derechos especiales o exclusivos. Como indica el trigesimoprimer considerando de la Directiva, sería inútil abrir el mercado de los servicios de telecomunicaciones a la competencia de las empresas privadas si los clientes, vinculados por contratos de larga duración a organismos de telecomunicaciones que disfrutan de derechos exclusivos, siguiesen durante años ligados al antiguo titular del monopolio del servicio de que se trate.

M. Zuleeg

Juez Ponente