CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. L.A. GEELHOED

presentadas el 13 de diciembre de 2001 [1]

I. Introducción

1. En el presente asunto el Verwaltungsgerichtshof austriaco ha planteado dos cuestiones.

2. La primera cuestión se refiere a la interpretación del artículo 5 *bis*, apartado 3, de la Directiva 90/387/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones, [2] en su versión modificada por la Directiva 97/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997. [3] En particular, el Verwaltungsgerichtshof pide que se responda sobre el efecto directo de esta disposición, que reconoce a determinadas partes un derecho de recurso ante una instancia independiente.

3. La segunda cuestión —referente a la interpretación de los artículos 82 CE, 86 CE, del artículo 2 de la Directiva 96/2/CE de la Comisión, de 16 de enero de 1996, por la que se modifica la Directiva 90/388/CEE en relación con las comunicaciones móviles y personales, [4] y de los artículos 9 y 11 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— [5] trata de la admisibilidad de determinadas concesiones de frecuencias adicionales para DCS 1800. DCS 1800 forma parte de los sistemas existentes de telefonía GSM. En cuanto a la segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pide que tan sólo se responda a ella si el artículo 5 *bis*, apartado 3, de la Directiva 90/387 tuviese efecto directo.

II. Marco jurídico

Derecho comunitario

4. El artículo 5 *bis*, apartado 3, de la Directiva 90/387 dispone lo siguiente:

«3. Los Estados miembros velarán por que existan a nivel nacional mecanismos ade-

1 — Lengua original: neerlandés.

2 — DO L 192, p. 1. Cuando en las presentes conclusiones se haga referencia a esta Directiva, se entenderá que la remisión se hace a la redacción resultante de la modificación por la Directiva 97/51.

3 — DO L 295, p. 23.

4 — DO L 20, p. 59.

5 — DO L 117, p. 15.

cuados en virtud de los cuales una parte afectada por una decisión de la autoridad nacional de reglamentación pueda recurrir ante una instancia independiente con respecto a las partes involucradas.»

5. Los apartados 3 y 4 del artículo 2 de la Directiva 96/2, pertinentes para responder a la segunda cuestión del órgano jurisdiccional remitente, tienen el siguiente contenido: [6]

«3. Los Estados miembros no restringirán la combinación de tecnologías o sistemas móviles, en particular cuando se disponga de equipos que respondan a normas múltiples. Cuando amplíen las licencias existentes para cubrir tales combinaciones, los Estados miembros garantizarán que la ampliación esté justificada de conformidad con lo dispuesto en el apartado 4.

4. Cuando resulte necesario, los Estados miembros adoptarán medidas para garantizar la aplicación del presente artículo tomando en consideración la exigencia de asegurar una competencia efectiva entre los operadores competidores en los mercados de referencia.»

6 — Si bien en las presentes conclusiones, según se verá, no responderé a la segunda cuestión, citaré en este contexto jurídico algunas disposiciones objeto de discusión en el marco de la segunda cuestión. Estas disposiciones dan una buena visión del sistema legal y sirven para ilustrar mi planteamiento en relación con la primera cuestión.

6. También citaré los considerandos de la Directiva 96/2. En el octavo considerando podemos leer lo siguiente:

«En este contexto, ha de tenerse debidamente en cuenta la necesidad de impulsar las inversiones de las nuevas empresas que comiencen a operar en estas áreas. Los Estados miembros deberían poder abstenerse de conceder una licencia a los operadores existentes, por ejemplo a los operadores de sistemas GSM que ya están presentes en su territorio, cuando pueda demostrarse que dicha licencia eliminaría la competencia efectiva, en particular mediante la ampliación de una posición dominante. En concreto, cuando un Estado miembro conceda o ya haya concedido licencias DCS 1800, la concesión de licencias nuevas o suplementarias a operadores de GSM o DCS 1800 sólo podrá tener lugar en condiciones que garanticen una competencia efectiva.»

El decimoquinto considerando establece, en particular, lo siguiente:

«En el contexto de los sistemas de comunicaciones móviles y personales, las radiofrecuencias son un recurso esencial aunque limitado. La asignación, por parte de los Estados miembros, de radiofrecuencias para las comunicaciones móviles y personales con arreglo a criterios que no sean objetivos, transparentes y no discriminatorios, constituye una restricción incompatible con el artículo 90 en relación con el artículo 59 del Tratado, en la medida en que los operadores de otros Estados miem-

bros resultan desfavorecidos en estos procedimientos de asignación. El desarrollo de una competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones puede constituir una justificación objetiva para denegar la asignación de frecuencias a operadores que ya ocupen una posición dominante en el mercado geográfico.»

7. El artículo 9, apartado 2, de la Directiva 97/13 dispone lo siguiente:

«2. Cuando un Estado miembro tenga la intención de conceder licencias individuales:

— concederá dichas licencias con arreglo a procedimientos abiertos, no discriminatorios y transparentes y, a tal efecto, someterá a todos los solicitantes a los mismos procedimientos, a menos que exista una razón objetiva para un tratamiento diferenciado, y

— establecerá plazos razonables y, en particular, informará al solicitante de su decisión lo antes posible y a más tardar seis semanas después del recibo de la solicitud. En las disposiciones que adopten para dar cumplimiento a la presente Directiva, los Estados miembros podrán ampliar este plazo a cuatro meses en casos debidamente justificados y definidos expresamente en dichas disposiciones [...]»

8. El artículo 11 de la misma Directiva establece:

«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.»

Derecho nacional

9. La Telekommunikationsgesetz [7] establece que la asignación de frecuencias para comunicaciones públicas móviles tiene lugar mediante concesión, de conformidad con el procedimiento del artículo 22 y siguientes de dicha Ley. La autoridad nacional de reglamentación otorga la concesión a la parte que garantice la utilización más eficaz de las frecuencias, lo cual se determina por la cuantía de la contrapartida por la utilización. La asignación se realiza con arreglo a principios abiertos, equitativos y no discriminatorios, con base en una licitación abierta. La asignación de frecuencias adicionales al titular de una concesión para el mismo servicio constituye una ampliación de la concesión existente y queda regulada por las disposiciones de la concesión. Si en éstas nada se establece al respecto, se aplica el procedimiento normal.

10. La Telekom-Control-Kommission es la autoridad nacional de reglamentación. [8] La Telekom-Control-Kommission es competente, en particular, para conceder, retirar y revocar las concesiones, así como para aprobar cesiones y modificaciones de las concesiones. La Telekom-Control-Kommission está constituida legalmente como una autoridad colegiada independiente. Está integrada por tres miembros nombrados por el Gobierno federal. Uno de los miembros ha de pertenecer a la magistratura. Esta Comisión decide en calidad de última (y única) instancia.

11. Contra las resoluciones de la Telekom-Control-Kommission cabe interponer recurso ante el Verfassungsgerichtshof, con arreglo al artículo 144, apartado 1, de la Bundes-Verfassungsgestz (en lo sucesivo, «B-Vg»). La facultad de revisión del Verfassungsgerichtshof es limitada. El Verfassungsgerichtshof sólo entra a examinar el caso de violación de los derechos constitucionalmente protegidos o de violación de derechos causada por la aplicación de un reglamento ilícito, de una ley inconstitucional o de un tratado internacional ilícito.

12. El Derecho austriaco, en la medida en que sea aplicable al asunto principal, no prevé recursos por motivos distintos de los citados. Con arreglo al Derecho austriaco, las cuestiones resueltas por la Telekom-Control-Kommission están excluidas de la competencia del Verwaltungsgerichtshof. En virtud del artículo 133, número 4, de la B-Vg, el Verwaltungsgerichtshof carece de jurisdicción en asuntos sobre los que resuelva en última instancia otro órgano colegiado en el que participe al menos un magistrado, salvo que expresamente se declare la admisibilidad de un recurso ante el Verwaltungsgerichtshof. Esto no ha ocurrido respecto de decisiones de la Telekom-Control-Kommission, que puede considerarse órgano colegiado con arreglo al artículo 133, número 4.

7 — Ley de telecomunicaciones, BGBl. I, 1997, nº 100.

8 — En algunas materias, que aquí no vienen al caso, la Telekom-Control-Kommission carece de competencias. Para ello está designada como autoridad nacional de reglamentación la Telekom-Control GmbH.

13. Por lo demás, la normativa nacional austriaca ha sido modificada entretanto. Desde el 1 de julio de 2000 el Verwaltungsgerichtshof es competente para conocer de los recursos interpuestos contra las resoluciones de la Telekom-Control-Kommission. Ésta también es la razón por la cual la Comisión no interpuso un recurso por incumplimiento contra la República de Austria, como hizo saber la Comisión en la fase oral del caso de autos.

14. Para responder a la segunda cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente reviste importancia el artículo 125, apartado 3, de la Telekommunikationsgesetz. El tenor de dicho apartado es el siguiente:

«En caso necesario, la autoridad podrá asignar, a los titulares existentes de una concesión para la prestación del servicio reservado de telefonía móvil celular digital, frecuencias adicionales en tramos de 5 MHz de la banda de frecuencia reservada para servicios DCS 1800, siempre que hayan transcurrido al menos tres años desde la entrada en vigor de la resolución por la que se otorga al solicitante de la licencia la concesión de servicios DCS 1800 que se debe adjudicar en 1997. Antes de dicha fecha se podrá asignar a los titulares existentes de una concesión frecuencias adicionales de las reservadas para servicios DCS 1800, si se demuestra que han llegado al límite de su capacidad de abonados por agotamiento de todas las posibilidades técnicas económicamente viables.»

15. Para la asignación de la «banda de frecuencias restante reservada para servicios DCS 1800», en 1998 se añadió el apartado 3a al artículo 125 de la Telekommunikationsgesetz,[9] que establece que en cualquier caso se otorgará una nueva concesión con obligación de cobertura en todo el territorio nacional y además varias concesiones de ámbito territorial menor y que los titulares de concesiones existentes estarán excluidos del otorgamiento de una nueva concesión con obligación de cobertura en todo el territorio nacional. Los titulares de concesiones existentes pueden solicitar la asignación de nuevas frecuencias, pero no pueden utilizar dichas frecuencias antes de transcurrir el período de tres años mencionado en el artículo 125, apartado 3.

III. Marco fáctico y procesal

16. Con base en las resoluciones de concesión del Ministro competente, de 6 de noviembre de 1996 y 23 de julio de 1997, Mobilkom Austria AG (en lo sucesivo, «Mobilkom») fue autorizada a utilizar un espectro de frecuencias de 2 x 8 MHz (39 canales) en la banda de 900 MHz. Mobilkom es el sucesor jurídico del antiguo monopolio de correos y telecomunicaciones en Austria (Post & Telekom Austria AG). El Estado es el accionaista mayoritario.

9 — BGBl. I Nr. 98/1998.

17. En virtud de las resoluciones del Ministro, de 25 de enero de 1996 y 23 de julio de 1997, adoptadas a raíz de un procedimiento de licitación, Ö CALL-MOBIL Telekommunikation Service GmbH (actualmente, max.mobil Gesellschaft für Telekommunikation GmbH; en lo sucesivo, «max.mobil») dispone del mismo derecho. Este operador pagó el importe de 4.000 millones de ATS en concepto de contraprestación por la concesión. El 2 de julio de 1996, también se impuso a la antecesora jurídica de Mobilkom una aportación por el mismo importe. En la actualidad, la obligación de pago incumbe a Mobilkom.

18. A raíz de un procedimiento de licitación, el 19 de agosto de 1997 se otorgó a Connect Austria Gesellschaft für Telekommunikation GmbH, la demandante en el litigio principal (en lo sucesivo, «Connect Austria»), la concesión para la banda de DCS 1800. Por dicha concesión Connect Austria debía pagar una aportación por valor de 2.300 millones de ATS. Se le asignó un espectro de frecuencias de 2 x 16,8 MHz (84 canales). Asimismo, se le prometió una ampliación a 2 x 22,5 MHz (112 canales) cuando alcanzase los 300.000 abonados y un índice de cobertura del 75 %.

19. Mediante resolución de 10 de agosto de 1998, la Telekom-Control-Kommission asignó a Mobilkom un espectro de frecuencias adicional en la banda de DCS 1800, como ampliación de la concesión que se le había otorgado con anterioridad. El 1 de enero de 1999 se asignó este espectro de frecuencias adicional, de 2 x 5 MHz (24 canales DCS 1800) para la prestación de telefonía GSM mediante la utilización de las estaciones de base situadas en el Land de Viena. Se desestimó una solicitud de asignación de otro espectro de frecuencias de 2 x 3,4 MHz de la banda reservada de frecuencias DCS 1800. La base jurídica de esta resolución de 10 de agosto de 1998 era el artículo 125, apartado 3, de la Telekommunikationsgesetz. Ésta es la resolución que actualmente es impugnada ante el Verwaltungsgerichtshof.

20. Connect Austria recurrió contra la resolución de 10 de agosto de 1998 ante el Verfassungsgerichtshof, que mediante resolución de 24 de febrero de 1999 declaró que ni se había producido una violación de los derechos de la demandante protegidos constitucionalmente ni se habían lesionado sus derechos por la aplicación de una norma general ilícita. El recurso fue desestimado.

21. En los fundamentos jurídicos de su resolución, el Verfassungsgerichtshof también invoca el artículo *5 bis,* apartado 3, de la Directiva 90/387. El Verfassungsgerichtshof estima que el contenido de esta disposición «en relación con el derecho a un procedimiento de recurso contra las decisiones de las autoridades nacionales de reglamentación, es suficientemente preciso para surtir efecto directo, según la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas [...] [10] en la medida en que establece que debe existir la posibilidad de recurso ante una instancia superior independiente». De la Directiva no se desprende cuál es la instancia nacional competente.

10 — El Verfassungsgerichtshof se remite a la sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (asuntos acumulados, C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357).

22. A continuación, el Verfassungsgerichtshof deduce de los artículos 131, apartado 1, número 1, y 133, número 4, de la B-Vg «que contra las decisiones de autoridades colegiadas con competencias jurisdiccionales sólo se podrá recurrir ante el Verwaltungsgerichtshof». El Verfassungsgerichtshof expone que el artículo 133, número 4, de la B-Vg parece oponerse a la posibilidad de recurrir ante el Verwaltungsgerichtshof. Sin embargo, la primacía del Derecho comunitario —el Verfassungsgerichtshof estima que el artículo 5 *bis*, apartado 3, de la Directiva 90/387 tiene efecto directo— da lugar a que se deje inaplicado el artículo 133, número 4, de la B-Vg en el ámbito de aplicación de la Directiva. Por lo tanto, también es posible recurrir ante el Verwaltungsgerichtshof las resoluciones de la Telekom-Control-Kommission en su calidad de «autoridad nacional de reglamentación».

23. El razonamiento del Verfassungsgerichtshof da a entender que la posibilidad de dirigirse al propio Verfassungsgerichtshof no puede considerarse como un derecho de recurso en el sentido artículo 5 *bis*, apartado 3, de la citada Directiva. En efecto, el Verfassungsgerichtshof sólo tiene una facultad de revisión limitada. La competencia del Verwaltungsgerichtshof para controlar la legalidad de la actuación administrativa sí cumple las exigencias del Derecho comunitario.

24. Con base en el razonamiento antes expuesto, mediante resolución de 3 de marzo de 1999, el Verfassungsgerichtshof devolvió el recurso, con arreglo al artículo 144, apartado 3, de la B-Vg, al Verwaltungsgerichtshof para que este último resolviera.

Cuestiones prejudiciales

25. A continuación, mediante resolución de 24 de noviembre de 1999, recibida en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 2 de diciembre siguiente, el Verwaltungsgerichtshof (Austria) presentó una petición de decisión prejudicial sobre las siguientes cuestiones:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 5 *bis*, apartado 3, de la Directiva 90/387/CEE en el sentido de que esta norma tiene efecto directo de modo que, dejando inaplicada una regla nacional de competencia incompatible con ella, establece la competencia de una determinada "instancia independiente" nacional ya existente para conocer, como "mecanismo adecuado", del recurso de una parte afectada contra una decisión de la autoridad nacional de reglamentación?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión: ¿Deben interpretarse los artículos 82 CE y 86 CE, apartado 1, el artículo 2, apartados 3 y 4, de la Directiva 96/2/CE, así como los artículos 9, apartado 2, y 11, apartado 2, de la Directiva 97/13/CE u otras disposiciones del Derecho comunitario, en el sentido de que se oponen a una disposición interna que establece que se podrán asignar a los titulares existentes de una concesión para la prestación de los servicios reservados de telefonía móvil celular digital frecuencias adicionales de la banda de frecuencias reservada para los servicios DCS 1800,

cuando concurran las siguientes circunstancias:

— que se demuestre que se ha llegado al límite de la capacidad de abonados por agotamiento de todas las posibilidades técnicas económicamente viables;

— que entre los titulares existentes de una concesión se encuentre una empresa pública que ocupa una posición dominante en el mercado de la banda de GSM 900;

— que aún no haya transcurrido un período de tres años desde que adquirió firmeza la resolución de 1997 por la que se otorga una concesión;

— que no se imponga la obligación de desembolsar una aportación por la utilización de las frecuencias adicionales?» [11]

26. Ante el Tribunal de Justicia presentaron observaciones escritas la demandante del litigio principal, Connect Austria, la demandada del litigio principal, la Telekom-Control-Kommission, así como Mobilkom Austria, el Gobierno austriaco, el Gobierno sueco y la Comisión. En la vista ante el Tribunal de Justicia de fecha 11 de octubre de 2001 se oyeron las explicaciones orales de todas las partes interesadas, a excepción del Gobierno sueco.

IV. Primera cuestión

Observaciones presentadas

27. Connect Austria deriva la competencia del Verwaltungsgerichtshof de la primacía del Derecho comunitario. Habida cuenta del contenido del artículo *5 bis*, apartado 3, de la Directiva 90/387, debe dejarse inaplicado el artículo 133, número 4, de la B-Vg. En la vista, Connect Austria señaló que el Verwaltungsgerichtshof es el órgano jurisdiccional de última instancia con competencia general para ejercer el control jurisdiccional sobre la Administración austriaca. Es pacífico que ningún otro órgano jurisdiccional es competente para conocer de los litigios de que se trata, por lo que tampoco cabe concebir un conflicto de competencias.

28. Mobilkom subraya un aspecto completamente distinto. En opinión de Mobilkom, el artículo *5 bis*, apartado 3, de la Directiva 90/387 no guarda relación alguna con el caso de autos. Esta disposición confiere a los operadores de telecomunicaciones un derecho a recurrir las resoluciones de las que sean destinatarios dictadas por la autoridad nacional de reglamentación relativas al acceso a redes y a la interconexión. El artículo no otorga ninguna protección en materia de competencia. Los terceros interesados no pueden deducir de dicho artículo ningún derecho de recurso. Mobilkom propone al Tribunal de Justicia que, por esta razón, reformule la cuestión que se le plantea.

29. Tanto el Gobierno austriaco como el Gobierno sueco señalan que el artículo *5 bis*, apartado 3, no tiene efecto directo, habida cuenta de que la disposición no tiene un contenido incondicional y suficientemente preciso, como exige la jurisprudencia reite-

11 — En aras de la legibilidad de la segunda cuestión en neerlandés he modificado sustancialmente la estructura de esta segunda cuestión, manteniendo, por supuesto, el contenido material.

rada del Tribunal de Justicia. En efecto, los Estados miembros deben adoptar medidas complementarias. Designan la instancia competente y determinan el modo de su organización. El Gobierno sueco sostiene, invocando la sentencia Dorsch Consult, [12] que la designación del órgano jurisdiccional competente corresponde a la organización judicial nacional y que no incumbe al Tribunal de Justicia.

30. El Gobierno austriaco también menciona otro aspecto. La competencia del Verfassungsgerichtshof cumple tanto los principios generales de tutela judicial efectiva como los requisitos del artículo 5 *bis*, apartado 3, de la Directiva 90/387. En la vista, el Gobierno austriaco expuso la siguiente postura. La Telekom-Control-Kommission debe considerarse un órgano jurisdiccional en el sentido del artículo 234 CE y además —cuando se pronuncie en calidad de última instancia—, está obligada a plantear cuestiones prejudiciales. Si no cumple esta obligación y no plantea cuestiones prejudiciales, el Derecho austriaco considera este hecho como violación de un derecho constitucional, contra la que cabe recurso ante el Verfassungsgericht.

31. La Comisión señala que el artículo 5 *bis*, apartado 3, tiene naturaleza idéntica al artículo 41 de la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, [13] sobre el que versaba la sentencia Dorsch Consulting. Por lo que se refiere al efecto directo del artículo 5 *bis*, apartado 3, de la Directiva 90/387, la Comisión manifiesta lo siguiente: en el plano material, esta disposición tiene efecto directo, dado que los justiciables pueden deducir de ella un derecho de recurso. En el plano procedimental, la disposición carece de efecto directo. El Derecho interno deberá determinar ante qué órgano pueden ejercer su derecho de recurso. Asimismo, los requisitos de interpretación conforme con la Directiva y de protección efectiva de los derechos de los justiciables implican que las autoridades nacionales —como el Verwaltungsgerichtshof en el caso de autos— debe examinar si existe un derecho de recurso contra las resoluciones de la autoridad de reglamentación en materia de telecomunicaciones. Cuando no exista tal derecho de recurso que cumpla con la Directiva 90/387, los interesados podrán exigir una indemnización del Estado miembro, por no haber adaptado la Directiva dentro del plazo señalado. [14]

32. En concreto, la Comisión afirma que la legislación austriaca no ha sido correctamente adaptada al artículo 5 *bis*, apartado 3, de la Directiva 90/387, puesto que no existe ninguna instancia independiente que controle la legalidad de las resoluciones de la autoridad nacional de reglamentación.

12 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de septiembre de 1997 (C-54/96, Rec. p. I-4961).

13 — DO L 209, p. 1.

14 — Véase la sentencia de 24 de septiembre de 1998, EvoBus Austria (C-111/97, Rec. p. I-5411).

La sentencia Dorsch Consult

33. En gran parte de las observaciones presentadas se efectúan, acertadamente, comparaciones entre el caso de autos y la sentencia Dorsch Consult. Esta última sentencia versaba sobre el posible efecto directo de una disposición de una Directiva en un supuesto en el que el Derecho interno no había sido adaptado dentro del plazo señalado a la Directiva, la citada Directiva 92/50 en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios. [15] En concreto, surgió la cuestión de si los órganos jurisdiccionales de recurso que los Estados miembros habían designado en materia de contratos públicos de obras y de suministro también son competentes para conocer de los recursos relativos a contratos públicos de servicios, sin que el legislador nacional les hubiese atribuido expresamente dicha competencia. El Tribunal de Justicia razona del siguiente modo. [16]

34. En primer lugar, el Tribunal de Justicia aborda, de modo general, la preocupación por un procedimiento adecuado en los litigios que se refieran a derechos individuales derivados del ordenamiento jurídico comunitario. El Tribunal de Justicia afirma que no le corresponde intervenir en la solución de los problemas de competencia que pueda plantear, en el plano de la organización judicial nacional, la calificación de determinadas situaciones jurídicas fundadas en el Derecho comunitario. Corresponde al Derecho interno de cada Estado miembro designar el órgano jurisdiccional competente para conocer de los litigios que se refieran a derechos individuales derivados del ordenamiento jurídico comunitario. Por lo tanto, la competencia territorial de los órganos jurisdiccionales nacionales incumbe a los Estados miembros. A este respecto, los Estados miembros están obligados a garantizar en todo caso la protección efectiva de los derechos de los justiciables.

35. A continuación, el Tribunal de Justicia examina la Directiva 92/50. Si bien esta Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar que en materia de contratos públicos de servicios pueda recurrirse de manera eficaz, no prevé a qué órganos nacionales debe otorgarse esta competencia. No debe tratarse necesariamente de los mismos órganos designados por los Estados miembros para procedimientos similares en materia de contratos públicos de obras o de suministro.

36. Seguidamente, el Tribunal de Justicia analiza el significado de la falta de adaptación del Derecho interno a la Directiva 92/50 dentro del plazo señalado. El Tribunal de Justicia recuerda que las obligaciones que se derivan de una Directiva se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros, con inclusión, en el marco de sus competencias, de las autoridades jurisdiccionales. Esto también se aplica a la interpretación conforme con la Directiva de las disposiciones de Derecho nacional.

37. El Tribunal de Justicia declara que, en determinadas circunstancias, los justiciables tienen el derecho a invocar judicialmente una Directiva frente a un Estado miembro que haya incumplido sus obliga-

15 — Véase el punto 31 de mis conclusiones.

16 — Apartados 40 y siguientes de la sentencia. En la sentencia de 24 de septiembre de 1998, EvoBus Austria (citada en la nota 14), el Tribunal de Justicia sigue el mismo razonamiento.

ciones, sin que esta garantía pueda servir de justificación para que un Estado miembro eluda la adopción, dentro de plazo, de las medidas adecuadas al objetivo de cada Directiva. Si las disposiciones nacionales no pueden interpretarse de manera conforme a la Directiva, los interesados pueden solicitar, siguiendo los procedimientos del Derecho nacional, la reparación de los daños sufridos como consecuencia de la falta de adaptación del Derecho interno a la Directiva dentro del plazo señalado.

38. A la luz de este razonamiento, el Tribunal de Justicia responde a la cuestión planteada del siguiente modo. De la Directiva no se deriva «que, en caso de que el Derecho interno no se haya adaptado a esta Directiva al finalizar el plazo señalado al efecto, los organismos responsables de los procedimientos de recurso de los Estados miembros competentes en materia de procedimientos de adjudicación de contratos públicos de obras y de suministro estén facultados también para conocer de los recursos relativos a los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de servicios. No obstante, las exigencias de interpretación del Derecho nacional con arreglo a la Directiva 92/50 y de protección eficaz de los derechos de los justiciables requieren que el órgano jurisdiccional nacional compruebe si las disposiciones pertinentes del Derecho nacional permiten reconocer a los justiciables un derecho a interponer recursos en materia de adjudicación de contratos públicos de servicios. En circunstancias como las del caso de autos, el órgano jurisdiccional nacional está obligado, en particular, a comprobar si este derecho a interponer recursos puede ejercerse ante los mismos organismos que los previstos en materia de adjudicación de contratos públicos de suministros y de obras.»

39. En resumen, en una situación en la que no se ha adaptado el Derecho interno a la Directiva, el justiciable no puede deducir directamente del Derecho comunitario un derecho de recurso. Este derecho de recurso —pero esto incumbe al órgano jurisdiccional nacional— podría inferirse de la interpretación conforme con la Directiva del Derecho nacional. A este respecto, el Tribunal de Justicia sugiere a continuación una disposición adecuada procedente del Derecho interno.

Apreciación

40. En mi opinión, en el caso de autos el Tribunal de Justicia puede basarse en el razonamiento y en la apreciación efectuados en el asunto Dorsch Consult. Al aplicar al presente asunto dicho razonamiento y dicha apreciación, distinguiré una serie de etapas.

41. Estimo que la primera etapa es la afirmación de que el Derecho interno no ha sido adaptado adecuadamente al artículo 5 *bis*, apartado 3, de la Directiva 90/387. En este contexto recordaré, en primer lugar, la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia relativa al artículo 249 CE, según la cual todo Estado miembro está obligado, en el marco de su ordenamiento jurídico nacional, a adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la plena eficacia de una directiva de conformidad con el objetivo que persigue.

42. La Directiva 90/387 forma parte de un paquete de medidas comunitarias aprobado en los años noventa con objeto de liberalizar el sector de las telecomunicaciones. Con frecuencia resultó necesario adoptar una normativa detallada para garantizar que las nuevas empresas pudieran acceder a un mercado que hasta ese momento estaba dominado por un monopolio. Gran parte de dicha normativa se caracteriza por imponer al antiguo monopolio obligaciones de las que pueden beneficiarse los nuevos operadores en el mercado. A modo de ilustración me remito a los considerandos de la Directiva 96/2, citados en el punto 6 de las presentes conclusiones. La necesidad de estimular las inversiones de las nuevas empresas pudo incluso dar lugar a que los operadores existentes de sistemas GSM no pudiesen obtener una licencia DCS 1800. De este modo, en el caso de autos el artículo 125 de la Telekommunikationsgesetz austriaca tuvo como consecuencia que los operadores existentes, Mobilkom y max.mobil, sólo podían optar a una frecuencia DCS 1800 bajo condiciones muy restrictivas. De esta manera se garantizaba que las nuevas empresas en el mercado, como Connect Austria, pudiesen acceder realmente al mercado austriaco de la telefonía móvil.

43. En ese régimen, que tiene por finalidad eliminar las desigualdades entre las —potenciales— empresas, debe atenderse no sólo a una normativa material equilibrada, sino también a una aplicación equilibrada y efectiva.

44. En este ámbito las autoridades nacionales de reglamentación desempeñan una función importante. Como se desprende, en particular, del noveno considerando de la Directiva, en su actuación es central la independencia o, en su caso, la imparcialidad. Deben ser independientes de las empresas y también de los servicios prestados por la Administración central en la medida en que ello sea necesario en relación con el interés económico que con frecuencia pueda seguir teniendo la Administración en el antiguo monopolio. Precisamente tal organismo independiente —que primordialmente se compone de expertos en la materia y en el que al menos cabe un control parlamentario indirecto— sólo es compatible con el Estado de Derecho cuando sea posible un control jurisdiccional de sus decisiones. En este contexto sitúo el artículo 5 *bis*, apartado 3, de la Directiva 90/387, que dispone que «una parte afectada por una decisión de la autoridad nacional de reglamentación pueda recurrir ante una instancia independiente con respecto a las partes involucradas».

45. Las autoridades nacionales de reglamentación, como la Telekom-Control-Kommission, desempeñan primordialmente una función administrativa que han recibido de la Administración central. Forma parte de sus funciones esenciales, entre otras, la concesión de licencias. En ese caso también deben considerarse órganos administrativos, sin que tengan, a diferencia de lo que manifiesta el Gobierno austriaco, funciones jurisdiccionales. Ciertamente, en

la concesión de licencias no se cumplen los requisitos que el Tribunal de Justicia exige a la competencia para plantear cuestiones prejudiciales con arreglo al artículo 234 CE. Sobre este extremo me remito a la reciente sentencia Salzmann, [17] de la que resulta que sólo existe compentencia para pedir al Tribunal de Justicia que se pronuncie, si ante el órgano remitente está pendiente un litigio y si debe adoptar su resolución en el marco de un procedimiento que concluya con una decisión de carácter jurisdiccional.

46. En consecuencia, resulta evidente que es errónea la afirmación del Gobierno austriaco según la cual las propias autoridades nacionales de reglamentación podrían plantear cuestiones prejudiciales. A mayor abundamiento señalaré que, aun cuando el Tribunal de Justicia corrobore la afirmación del Gobierno austriaco, ello no dará lugar a que se cumpla el artículo 5 *bis*, apartado 3, de la Directiva 90/387. En efecto, con arreglo a esta disposición debe caber recurso contra decisiones de la autoridad de reglamentación. Ésta no puede ser a su vez autoridad competente para resolver los litigios, como implica el tenor de la Directiva.

47. Entiendo que el derecho de recurso es indispensable en el sistema de la Directiva y, más generalmente, en el sistema de liberalización de la legislación sobre telecomunicaciones. Con independencia del hecho de que el Derecho interno debe adaptarse de modo minucioso y completo a todas las disposiciones de las directivas comunitarias, lo anterior significa que el derecho de recurso no puede interpretarse en sentido restrictivo. Considero inadmisible la limitación del alcance del derecho de recurso o de los tipos de decisiones recurribles.

48. Ni en el tenor de la Directiva ni en los considerandos de la misma encuentro argumento alguno en favor de la afirmación de Mobilkom según la cual el artículo 5 *bis*, apartado 3, no comprende los litigios sobre asignación de frecuencias por la Telekom-Control-Kommission. El artículo 5 *bis* tiene carácter general y pretende garantizar que la adopción de decisiones por las autoridades nacionales de reglamentación revista las garantías necesarias. No puede ser que a los terceros interesados a quienes afecte directamente la decisión no corresponda un derecho de recurso. Es más, el artículo 5 *bis*, apartado 3, pretende precisamente proteger los intereses de nuevas empresas en el mercado como, por ejemplo, Connect Austria.

49. Además, en mi opinión no puede cumplirse la disposición relativa al derecho de

17 — Sentencia de 14 de junio de 2001 (C-178/99, Rec. p. I-4421), apartados 13 y 14.

recurso mediante el examen limitado por parte del Verfassungsgericht, previsto en la legislación austriaca. Me parece evidente que el artículo *5 bis,* apartado 3, contempla un derecho de recurso de plena jurisdicción. La ilicitud de la decisión, cualquiera que sea el motivo, debe poder discutirse.

50. Siendo esto así, estoy convencido de que Austria no ha adaptado correctamente el Derecho interno al artículo *5 bis,* apartado 3, de la Directiva 90/387, dado que contra (determinadas) resoluciones de la Telekom-Control-Kommission no cabe ningún recurso que cumpla los requisitos de la Directiva.

51. La segunda etapa se refiere al posible efecto directo del artículo *5 bis,* apartado 3. De la sentencia Dorsch Consult deduzco que el artículo *5 bis,* apartado 3, no puede tener efecto directo. La competencia territorial de los órganos jurisdiccionales es asunto de los Estados miembros. Éstos —y, por lo tanto, no el legislador comunitario— deben designar el órgano jurisdiccional competente. Así es el reparto de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros en materia de protección jurisdiccional. El Derecho comunitario puede establecer requisitos materiales en el ámbito de protección jurisdiccional, lo que hace en numerosos casos. Corresponde a los Estados miembros realizar efectivamente dicha protección jurisdiccional, en el seno de su propia organización judicial. En este contexto sitúo también la observación de la Comisión según la cual el artículo *5 bis,* apartado 3, de la Directiva 90/387 tiene efecto directo, en el plano material, pero no en el plano procedimental.

52. También con base en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de efecto directo de directivas llego a la misma conclusión. Los particulares sólo pueden invocar contra los Estados miembros las disposiciones, que sean incondicionales y suficientemente precisas, de las Directivas, cuando no se ha producido la adaptación del Derecho interno a éstas. Sobre este extremo entiendo, a semejanza de la Comisión, que el artículo *5 bis,* apartado 3, de la Directiva 90/387 es suficientemente preciso e incondicional en lo que respecta al contenido de dicha disposición, pero que esto no basta para que los particulares puedan invocar esa disposición ante los órganos jurisdiccionales nacionales.[18] En todos los supuestos se exige la intervención del legislador nacional, que debe designar el órgano jurisdiccional competente para conocer de los recursos.

53. Esta apreciación también coincide con la reciente sentencia Gharehveran.[19] En esta sentencia el Tribunal de Justicia reconoce el recurso de un trabajador frente al Estado miembro en un supuesto en el que la legislación nacional, contraria a una directiva, excluye a dicho trabajador del círculo

18 — Esta formulación está inspirada en la sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, citada en la nota 10.

19 — Sentencia de 18 de octubre de 2001 (C-441/99, Rec. p. I-7687).

de los beneficiarios de un determinado pago. El Tribunal de Justicia basa este reconocimiento en la circunstancia de que en dicho asunto el Estado miembro no podía invocar la existencia de un margen de apreciación. En el caso de autos la situación es distinta: la designación de un órgano jurisdiccional competente corresponde expresamente a la facultad discrecional del Estado miembro.

54. La tercera etapa trata de la cuestión de si la interpretación conforme con la Directiva puede ser suficiente. En virtud de esta doctrina, aplicada repetidas veces por el Tribunal de Justicia,[20] el órgano jurisdiccional nacional debe interpretar el Derecho nacional a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al artículo 249 CE, párrafo tercero.

55. Sin embargo, en el presente asunto no me parece que la interpretación conforme con la Directiva sea el camino a seguir. El sistema de la Constitución federal austriaca es, en efecto, absolutamente unívoco y no ambiguo. Con arreglo al Derecho nacional, el Verwaltungsgerichtshof austriaco no es competente, salvo que el legislador permita expresamente un recurso. La interpretación conforme con la Directiva no puede modificar nada a este respecto. A ello viene a añadirse que, según el Derecho nacional, en un determinado momento la resolución de la Telekom-Control-Kommission ha adquirido firmeza y que crear una posibilidad de recurso —*¡contra legem!*— con base en una interpretación conforme con la Directiva dañaría gravemente la seguridad jurídica de otros interesados.

56. El enfoque que el Tribunal de Justicia adoptó en el asunto Dorsch Consult no me lleva a una conclusión distinta. En dicho asunto el Tribunal de Justicia sugirió al órgano jurisdiccional nacional que examinase si del Derecho nacional cabía deducir una competencia, en particular de los órganos que resuelven conflictos muy similares.

57. En este aspecto el caso de autos es muy similar al caso de la sentencia Dorsch Consult. En ambos asuntos existe una evidente instancia jurisdiccional nacional a la que cabría atribuir la competencia. En ninguno de los dos asuntos la atribución de competencia daría lugar a un menoscabo de la organización judicial nacional y tampoco generaría cuestiones de competencia. En el asunto Dorsch Consult se había designado un organismo para conflictos muy similares a los que se debatían en aquel asunto; el caso de autos trata de un tipo de conflicto que corresponde al Verwaltungsgerichtshof austriaco, pero que, por razones que no guardan relación con la Directiva, habían

20 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 13 de noviembre de 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135), apartado 8.

sido sustraídos de la competencia de dicho órgano jurisdiccional.

58. En esencia, la solución del Tribunal de Justicia en la sentencia Dorsch Consult equivale a pedir al órgano jurisdiccional remitente que examine si puede otorgarse a sí mismo una competencia propia mediante una interpretación del Derecho nacional conforme con la Directiva. No me pronunciaré sobre el resultado que ha generado o hubiera podido generar dicho examen por el órgano jurisdiccional nacional en el asunto Dorsch Consult. Sin embargo, en el caso de autos no considero útil un examen de este tipo. Según la legislación nacional austriaca no cabe duda alguna acerca de la falta de competencia del Verwaltungsgericht. Esto es irrefutable.

59. Naturalmente, y esta es la cuarta etapa, el interesado lesionado por la falta de adaptación del Derecho interno al artículo 5 *bis*, de la Directiva 90/387 tiene derecho a invocar ante un órgano jurisdiccional la Directiva frente al Estado miembro Austria. A mi entender, dicha invocación podrá dar lugar a una indemnización para el interesado,[21] pero no a una modificación de una resolución ya adoptada por la Telekom-Control-Kommission.

60. En resumen: aunque la legislación austriaca no ha sido adaptada al artículo 5 *bis*, apartado 3, de la Directiva 90/387, el justiciable no puede basar su derecho de recurso en el efecto directo de esta disposición ni tampoco en la interpretación conforme con la Directiva de la legislación nacional. Lo que queda es una solicitud de indemnización contra el Estado austriaco.

V. Segunda cuestión

61. Habida cuenta de mi respuesta —negativa— a la primera cuestión, no responderé a la segunda cuestión. El órgano jurisdiccional remitente sólo pide que se responda a la segunda cuestión en caso de respuesta afirmativa a la primera. Además, a mi juicio queda suficientemente acreditado que el Verwaltungsgerichtshof no es competente para conocer del fondo del litigio principal. De este modo, la segunda cuestión ya no guarda relación alguna con un litigio real. Según reiterada jurisprudencia, en tales casos el Tribunal de Justicia no se pronuncia sobre las cuestiones que se le han planteado.

21 — Me remito a reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia a raíz de la sentencia de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros, citada en la nota 10.

VI. Conclusión

62. Habida cuenta de todo lo expuesto anteriormente, propongo que el Tribunal de Justicia responda a las cuestiones del Verwaltungsgerichtshof del siguiente modo:

«1) En los casos en los que la legislación nacional no haya sido adaptado o no haya sido adaptado en su totalidad al artículo 5 *bis*, apartado 3, de la Directiva 90/387/CEE del Consejo, de 28 de junio de 1990, relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones, en su versión modificada por la Directiva 97/51/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997, los justiciables no pueden deducir directamente de la Directiva su derecho de recurso ante una instancia independiente. Cuando la legislación nacional excluya expresamente un derecho de recurso, tal derecho tampoco podrá basarse en el principio de interpretación conforme con la Directiva.

2) No procede responder a la segunda cuestión.»