CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO
presentadas el 13 de febrero de 1990 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El presente recurso impugna la ya denominada Directiva 88/301/CEE de la Comisión, de 16 de mayo de 1988,[1] relativa a la competencia en el mercado de terminales de telecomunicaciones, cuya base jurídica es el apartado 3 del artículo 90 del Tratado CEE. Se trata de la segunda aplicación dada por la Comisión a dicha disposición con el fin de adoptar una Directiva, después de aquella, igual de conocida, que ha recibido el nombre de la Directiva «transparencia», y que condujo al Tribunal de Justicia a dictar su sentencia de 6 de julio de 1982, Francia, Italia y Reino Unido/Comisión.[2] Y se pone de manifiesto que el recurso al apartado 3 del artículo 90 del Tratado está muy lejos de ser aceptado pacíficamente por los Estados miembros no sólo por la adhesión de cuatro Gobiernos (belga, griego, italiano y alemán) a las pretensiones del Estado miembro demandante, sino también por la oposición —subrayada en varias ocasiones por la prensa— de los Estados y del Consejo a una ulterior Directiva en materia de telecomunicaciones, que guarda relación en particular con los servicios, que la Comisión adoptó pocos meses después de la que ahora nos ocupa y que aún no ha sido notificada.

Es evidente que el presente litigio ofrece al Tribunal de Justicia la ocasión de apreciar y resolver un problema de Derecho de indudable relieve, incluso institucional, que tiene por objeto, por una parte, el alcance de las obligaciones de los Estados miembros en cuanto a la existencia y a la forma de operar de empresas públicas o concesionarias de derechos exclusivos o especiales, en el presente caso en el sector de terminales de telecomunicaciones, y, por otra parte, y sobre todo, la definición de las competencias de la Comisión (e implícitamente también las de las demás Instituciones) en materia de intervención pública en la economía de los Estados miembros. En síntesis se pide al Tribunal de Justicia una interpretación del artículo 90, en particular de sus apartados 1 y 3, que permita superar la clara [...] oscuridad.

El objeto del litigio

2. Tanto en la fase escrita como sobre todo en la vista, se ha puesto de manifiesto que la preocupación principal de los Estados que impugnan la Directiva no es tanto el contenido material del acto impugnado, como la *competencia* de la Comisión para regular dicha materia de acuerdo con el apartado 3 del artículo 90, así como las modalidades de su ejercicio. Esto no significa evidentemente que todos los Estados estén de acuerdo con la Comisión en reconocer que el mantenimiento de los derechos exclusivos o especiales concedidos a los organismos que operan en el sector de las telecomunicaciones en los respectivos ordenamientos jurídicos sea contrario al Tratado, sino sólo que, algunos más abiertamente, y otros de modo más circunspecto, todos han dado a entender que el proceso de liberalización del mercado de

* Lengua original: italiano.

1 — DO L 131 de 27.5.1988, p. 73.

2 — Asuntos acumulados 188/80, 189/80 y 190/80, Rec. p. 2545.

los terminales de telecomunicaciones que está en la base de la acción de la Comisión no les deja indiferentes. Sin embargo, respecto a las modalidades, al procedimiento y a la base jurídica utilizada por la Comisión, todos los Estados —demandante y coadyuvantes— parecen hacer suyas las palabras de Dante: «[...] il modo ancor m'offende [...]»

3. Veamos, pues, cuál es el contenido y la «manera». Aunque el informe para la vista expone exhaustivamente los hechos, el marco normativo y los argumentos de las partes, no me parece superfluo resumir brevemente el origen del litigio.

4. La iniciativa de la Comisión parte de la comprobación de que, gracias al desarrollo tecnológico y en particular a los efectos que la informática ha tenido en el sector de las telecomunicaciones, la situación actual del mercado en cuestión es insatisfactoria. Para conseguir realizar el gran mercado interno parece pues necesario progresar hacia una forma de liberalización más amplia, en particular por lo que se refiere a los terminales de acceso a las redes de telecomunicaciones. En otras palabras, si bien la Comisión parece —al menos por ahora— reconocer como inevitable la persistencia de estructuras monopolísticas de carácter público en relación con las *redes de telecomunicación* dicha Institución considera que los eventuales derechos especiales o exclusivos concedidos por los Estados a las empresas concesionarias en cuanto se refiere tanto a la importación como a la comercialización, la conexión, la instalación y el mantenimiento de los *terminales de telecomunicaciones* ya no son aceptables. El núcleo central de la Directiva impugnada consiste, por lo tanto, en la obligación que su artículo 2 impone a los Estados miembros de suprimir tales derechos y de comunicar a la Comisión las medidas adoptadas y los proyectos presentados a tal efecto.

Además del artículo 2, son también impugnados por parte del Gobierno demandante los artículos 6, 7 y 9 de la Directiva: el artículo 6 en cuanto que prevé la separación de las funciones de la regulación técnica y de la comercialización de bienes y/o servicios; el artículo 7 en cuanto que prevé que los Estados miembros tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para hacer posible la rescisión, con un preaviso máximo de un año, de los contratos de arrendamiento o de mantenimiento de aparatos terminales que en el momento de la celebración de los mismos fueran objeto de derechos exclusivos o especiales concedidos a determinadas empresas, y el artículo 9 en cuanto que prevé la obligación de presentar cada año un informe que permita a la Comisión comprobar si se cumplen las disposiciones de la Directiva.

En cambio, por lo que respecta a los demás artículos, que se consideran disociables de los impugnados, el Gobierno francés estima que podrían ser mantenidos, ya que, en su opinión, no pueden alegarse contra ellos los mismos vicios inherentes a los artículos impugnados.

Las tesis enfrentadas

5. Los motivos alegados por el Gobierno demandante y que han hecho suyos los Gobiernos coadyuvantes consisten en la incompetencia de la Comisión, en los vicios sustanciales de forma, que se concretarían en una insuficiencia de motivación, en la violación del principio general de proporcionalidad y, por último, en la utilización de procedimiento inadecuado.

6. Sin embargo, hay que poner bien de manifiesto, cualquiera que sea la articulación y la calificación de los motivos, que el problema central sometido al examen del Tribunal de Justicia es el de la *competencia* de la Comisión. Precisamente por esto conviene decir enseguida que la supuesta incompetencia se plantea con distintos perfiles.

En una primera configuración, el vicio de incompetencia asume específicamente el perfil de la aplicación errónea de una norma sustantiva, precisamente del apartado 1 del artículo 90. Lo que esencialmente se alega es que la Comisión, con el acto impugnado, declaró la ilegalidad (y en consecuencia exigió la supresión) de los derechos especiales y exclusivos, cuando la legalidad de estos últimos viene *postulada* por el apartado 1 del artículo 90. En otros términos, se afirma que la Institución ha realizado una aplicación errónea de tal norma en la medida en que identificó la *concesión de los derechos especiales y exclusivos* —que resultaría lícita incluso a la luz del artículo 37— con la *adopción de medidas contrarias a las normas del Tratado,* comportamiento, éste sí, prohibido por el apartado 1 del artículo 90. Por lo tanto, la apreciación que la Comisión hubiera podido (y debido) desarrollar, si hubiera querido mantenerse en los límites materiales establecidos por la norma, hubiera debido referirse exclusivamente al ejercicio de los derechos mencionados, a fin de verificar su compatibilidad con las demás normas sustanciales del tratado.

A esta cuestión fundamental de principio se añade el motivo de la violación del principio de proporcionalidad, ya que se afirma que la Comisión ha utilizado un medio —la abolición de los derechos— manifiestamente desproporcionado en relación con el propósito de contener su ejercicio dentro de los límites establecidos por el Tratado.

Además, incluso admitiendo que la Comisión no haya sobrepasado los límites materiales del apartado 1 del artículo 90, en cualquier caso habría superado los límites establecidos por el apartado 3 del artículo 90, que no permiten adoptar una Directiva con funciones «represivas» de una infracción, en lugar de utilizar el procedimiento del artículo 169: de ahí el otro vicio alegado de utilización de procedimiento inadecuado.

Por último, la Comisión también habría ejercido mal la discutida facultad represiva, teniendo en cuenta que no se ha proporcionado ninguna indicación puntual respecto a las razones por las cuales los mencionados derechos habrían dado lugar a situaciones discriminatorias o al menos incompatibles con las normas sobre competencia y con el mercado común, y por lo tanto existiría también el vicio de defecto de motivación.

7. Pero el recurso de la República Francesa, así como las observaciones de los demás Estados coadyuvantes, no se limitan a esta problemática. La incompetencia de la Comisión también se alega desde otro punto de vista; y esta vez debe entenderse como incompetencia en sentido estricto. La Comisión, al infringir el principio de la competencia de atribuciones establecido por el artículo 4 del Tratado, habría eludido la dificultad de la obligación de estudiar caso por caso si en los diversos Estados miembros existían discriminaciones en relación con los aparatos terminales importados, adoptando un acto general de carácter *normativo* cuyo alcance sería en síntesis el de regular todo un sector de la economía. Se afirma que tal acto rebasa obviamente la esfera de facultades (la facultad-deber de vigilancia) que el apartado 3 del artículo 90 le reconoce, y hubiera debido ser objeto de una *propuesta al Consejo* de acuerdo con el artículo 100 A.

8. La Comisión niega naturalmente la supuesta incompetencia que alega la demandante bajo los dos aspectos subrayados antes.

En primer lugar, la demandada niega que el apartado 1 del artículo 90 presuponga el mantenimiento de todos los derechos especiales o exclusivos. En algunos casos existirían derechos cuya propia existencia es indisociable de su ejercicio y la única posibilidad, en tal caso, para evitar su ejercicio ilegítimo, sería abolir el propio derecho. En segundo lugar, la Comisión, tras haber confirmado que el acto incriminado no es una simple Decisión destinada a poner fin a medidas contrarias al Tratado, sino «una Directiva que toma en consideración la estructura global de los mercados de terminales de telecomunicaciones de los diversos Estados miembros y define, de acuerdo con una aproximación global y un análisis particularizado de las situaciones de los Estados miembros, las medidas que hay que adoptar para que los Estados miembros puedan adecuarse a las normas del Tratado que son de aplicación» —en tal sentido se expresó el Agente de la Comisión, también en la vista—, sostiene que la Directiva *de qua* no constituye el ejercicio de un poder normativo que exceda los límites de vigilancia o de control, ni, aún menos, representa una actividad normativa sobre un sector completo de la economía. La realidad sería mucho más simple: se trata por una parte de poner remedio a las infracciones existentes, y por otra de prevenir futuras infracciones, entrando ambas finalidades plenamente dentro de la competencia atribuida a la Comisión por el apartado 3 del artículo 90 del Tratado.

La Comisión refuta, además, el argumento según el cual el objetivo que dicho organismo ha pretendido conseguir con la Directiva discutida basada en el apartado 3 del artículo 90 hubiera debido ser objeto de una Directiva del Consejo basada en el artículo 100 A. Afirma que el ámbito de aplicación de las dos disposiciones es distinto. El artículo 100 A tiene por objetivo hacer desaparecer los obstáculos derivados de la existencia de legislaciones o de normativas nacionales, mientras que el apartado 3 del artículo 90 atribuye a la Comisión un deber de vigilancia sobre el cumplimiento por parte de los Estados miembros de las obligaciones impuestas por el apartado 1 del artículo 90, lo que implica la facultad de adoptar las Decisiones y las Directivas necesarias a tal efecto.

Consideraciones generales

9. Antes de tomar partido en relación con las tesis enfrentadas, quisiera expresar algunas consideraciones previas.

a) *Acerca del artículo 90*

10. En primer lugar, pongo de manifiesto que la jurisprudencia hasta ahora emitida por el Tribunal de Justicia, si bien ofrece elementos interesantes, no permite resolver todos los problemas que hoy nos ocupan. Es bien cierto que la sentencia sobre la Directiva «transparencia», en particular, así como la más reciente sentencia de 30 de junio de 1988, Comisión/República Helénica,[3] han aclarado en parte el *alcance* de la facultad de la Comisión en virtud del apartado 3 del artículo 90 del Tratado, en la medida en que han confirmado que «las Directivas y las Decisiones a que se refiere esta disposición del Tratado corresponden a la categoría general de Directivas y Decisiones a que se refiere el artículo 189» (apartado 11 de la sentencia dictada en el asunto 226/87).

3 — Asunto 226/87, Rec. p. 3611.

Sin embargo, mientras que la cuestión sobre la legitimidad del ejercicio de la facultad prevista en el apartado 3 del artículo 90 en funciones «represivas» ha quedado sin resolver por la sentencia Comisión/República Helénica, el vivo debate producido en el presente litigio es significativo de la incertidumbre que todavía subsiste respecto al *carácter* y a los *límites* de la facultad de la Comisión en virtud del apartado 3 del artículo 90, tanto entre los Estados miembros como entre las Instituciones.

11. Con carácter más general, se observa en primer lugar que aquella clara oscuridad antes aludida del artículo 90 (así como la oscura claridad atribuida autorizadamente hace tiempo al artículo 37, por tener ambas disposiciones el mismo origen y por figurar en el artículo 28 del proyecto del Tratado) no se debe ciertamente al azar o a una imprevista dificultad de expresión, sino más bien a la dificultad objetiva en conciliar la propia idea de un monopolio o de una empresa que disfrute de derechos exclusivos con un régimen de libre competencia y de mercado común.

Tal dificultad surge en mi opinión de la contradicción de fondo de todo el diseño comunitario tal como ha sido reflejado en el Tratado, entre la previsión puntual de un mercado común y de un régimen de libre competencia, por un lado, y el mantenimiento de las opciones de política económica a favor de los Estados miembros, sin perjuicio de su coordinación, por otro. Las contradicciones mencionadas han producido en términos formales los artículos 222, 37 y 90, con carácter específico en el presente litigio, pero también han provocado, desde otro punto de vista, por ejemplo la mayor «cautela» de las normas sobre libre circulación de capitales respecto a las demás libertades o también las particularidades y los retrasos aceptados en los sectores de la banca y de seguros. En términos sustanciales, el proyecto de liberalización del Tratado, cuanto más afecta a las opciones dejadas a la autonomía y a la responsabilidad de los Estados miembros, tanto menos puede hacerlo si no es «en la medida» que resulta indispensable para su realización. A este respecto, permítaseme asociar en la misma dimensión lógica expresada los términos «en la medida necesaria para el buen funcionamiento del mercado común», que define y limita en el artículo 67 el deber de los Estados miembros de suprimir las restricciones a los movimientos de capitales, la prudencia del apartado 2 del artículo 90, que somete a las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general a las normas del Tratado «en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada» y la afirmación del Tribunal de Justicia, en la sentencia sobre la Directiva «transparencia», de que la competencia atribuida a la Comisión por el apartado 3 del artículo 90 «se limita a las Directivas y a las Decisiones que son necesarias para la realización, de modo eficaz, del deber de vigilancia impuesto por el mismo apartado» (apartado 13, sentencia citada) *(traducción provisional).*

b) *Dos claves de interpretación de la Directiva*

12. En segundo lugar, se deduce con suficiente claridad del debate desarrollado entre las partes, y en el que se han alegado algunas tomas de posición de otras Instituciones comunitarias —aunque efectuadas fuera del presente procedimiento—, que la apreciación del litigio sometido al Tribunal de Jus-

ticia se sitúa en dos niveles distintos, ya que la Directiva impugnada puede ser —y de hecho ha sido— interpretada y valorada con dos claves de interpretación distintas.

13. Con la primera, estamos ante una Directiva que en síntesis declara la incompatibilidad con el Tratado (en particular con sus artículos 37, 59 y 86) de un régimen de derechos exclusivos vigente en la mayor parte de los Estados miembros en el sector de terminales de telecomunicaciones y que impone su supresión al conjunto de los Estados miembros, además de prescribir medidas accesorias y complementarias. Leída así la Directiva, la impugnada competencia de la Comisión parece ejercitada a través de un control (normal) de legitimidad del comportamiento de los Estados miembros respecto a las normas del mercado común (mercancías y servicios) y de la competencia. La misma Comisión reivindicó en la fase contenciosa sustancialmente en estos términos su propia competencia, aunque no faltan algunas afirmaciones de signo diverso en respuesta a deducciones específicas del Estado demandante y de los coadyuvantes en el proceso.

14. Con la segunda clave de interpretación, por el contrario, nos encontramos frente a una Directiva que revela el ejercicio de un poder normativo en sentido propio y digamos incluso amplio, en la medida en que la Comisión, basándose en la definición de las obligaciones que incumben a los Estados miembros en virtud de los artículos 30, 37, 59 y 86 del Tratado, ha pretendido regular el sector de los terminales de telecomunicaciones de un modo distinto respecto a un modelo, presente en la mayor parte de los Estados miembros en relación con algunos o con todos los aparatos terminales de que se trata. Leída así la Directiva, ésta ya no resulta clasificable en un plano de estricto control de legalidad, sino que se plantea sustancialmente como una decisión de oportunidad, típica del ejercicio de un poder normativo en sentido propio y que por supuesto no excluye que sea dictada por la exigencia de «reprimir» y/o «prevenir» posibles violaciones del Tratado. Lo cierto es que ésta es la visión de la Directiva que resulta también de la referencia alternativa al artículo 100 A como legítima base jurídica de un acto que tenga la finalidad de la Directiva controvertida, referencia hecha tanto por los Estados demandantes (en particular el Gobierno belga), así como, en otro contexto, por el Parlamento Europeo [4] y el Consejo; [5] pero que de hecho se puede observar en el propio sistema de la Directiva y en particular en su motivación, así como en la circunstancia de que la Comisión había anunciado su adopción como un importante elemento de una serie de iniciativas legislativas dirigidas a «desarrollar» el mercado de los terminales y de los servicios de telecomunicaciones. [6]

15. Dadas estas consideraciones generales, las apreciaciones siguientes abordarán de forma sucesiva (en los apartados 16 a 41 y 42 a 55, respectivamente) las dos hipótesis mencionadas, pues considero que el Tribunal de Justicia debe dar a las cuestiones que se plantean la respuesta completa que reclaman las partes y que se impone en el presente caso.

4 — Resolución sobre la necesidad de poner fin a la fragmentación en las telecomunicaciones, de 14 de diciembre de 1988, punto 8, (DO 1989, C 12, p. 66).

5 — Véase *Agence de l'Europe* de 13.10.1989, p. 13, y de 9.12.1989, p. 7.

6 — Véase, por ejemplo, doc. COM(88) 48 final, comunicación de 9 de febrero de 1988.

Acerca de la aplicación errónea del apartado 1 del artículo 90

16. Debemos por tanto comprobar ante todo si una Directiva que impone a los Estados miembros la supresión del régimen de derechos exclusivos en el sector de terminales de telecomunicaciones a causa de su incompatibilidad con determinadas disposiciones del Tratado respeta los límites sustantivos y de procedimiento establecidos por el artículo 90.

17. Considerando que la facultad de la Comisión en virtud del apartado 3 del artículo 90 está limitada en su objeto por el apartado 1 del artículo 90, estimo que en primer lugar deberá responderse a la cuestión de si la simple existencia de un régimen de derechos exclusivos a favor de determinadas empresas puede incluirse entre las «medidas» contrarias al Tratado que los Estados tienen prohibido «adoptar» y «mantener» y sobre las cuales se ejerce la facultad de vigilancia. Como se ha dicho antes, el Estado demandante mantiene que la supresión de un monopolio o de un régimen de derechos exclusivos no está previsto, independientemente de su procedencia, en ninguna norma del Tratado: se afirma que, por el contrario, el artículo 90 en particular se basa justamente sobre el presupuesto de la legitimidad de su existencia.

18. Sobre este punto el Tribunal de Justicia ha tenido más ocasiones de pronunciarse, de modo que las partes no han dejado de invocar algunas sentencias significativas. En el caso Manghera,[7] por ejemplo, el Tribunal de Justicia, después de haber puesto de manifiesto, respecto al artículo 37, que «sin exigir la supresión de tales monopolios, dicho artículo impone una adecuación de los mismos que asegure, una vez transcurrido el período transitorio, la completa supresión de las discriminaciones de que se trata» (apartado 5) *(traducción provisional)*, afirmó finalmente que «el apartado 1 del artículo 37 del Tratado CEE debe interpretarse en el sentido de que, a partir del 31 de diciembre de 1969, todo monopolio de carácter comercial deberá haber sido adecuado de tal modo que quede suprimido el derecho exclusivo de importación de los demás Estados miembros» (apartado 13) *(traducción provisional)*.

19. El principio enunciado por el Tribunal de Justicia en el caso Manghera parece pues apuntar en la misma dirección que la Comisión. Sin embargo, aunque no se olvida que en aquel asunto, y a diferencia del que ahora examinamos, el beneficiario del derecho exclusivo de importación era también productor, de modo que la discriminación frente a los demás operadores comunitarios podía fácilmente presumirse, hay que señalar también que la citada sentencia se limita al derecho exclusivo de importación y no se dice que sea extensible tal cual a los demás derechos exclusivos o especiales. En este último sentido no carece de importancia que el Tribunal de Justicia precisara en la misma sentencia que el artículo 37 no exige la supresión de los monopolios comerciales, que se consideran legítimos, sino sólo la eliminación de las discriminaciones, resultantes estas últimas, en el caso de autos, de la mera existencia de un derecho exclusivo de importación (apartados 10 a 13).

20. En términos más generales, el Tribunal de Justicia en otras ocasiones afirmó que «el apartado 1 del artículo 90 permite la concesión por los Estados miembros de derechos especiales o exclusivos a empresas [...] No obstante, en el ejercicio de su misión, tales entidades se mantienen sujetas a las prohibiciones de discriminación y se inscriben en el ámbito de las disposiciones a las que se re-

7 — Sentencia de 3 de febrero de 1976 (59/75, Rec. p. 91).

fiere el artículo 90, relativo a las empresas públicas y a las empresas a las que los Estados concedan derechos especiales o exclusivos. La interpretación conjunta de los artículos 86 y 90 lleva a concluir que la existencia de un monopolio en favor de una empresa al que un Estado miembro conceda derechos exclusivos no es, en sí misma, incompatible con el artículo 86. Por consiguiente, otro tanto hay que decir de una extensión de los derechos exclusivos como consecuencia de una intervención nueva de dicho Estado» [8] (apartado 14) *(traducción provisional)*. Y el Tribunal de Justicia ha dejado al Juez nacional la apreciación caso por caso de la compatibilidad de conductas concretas con las normas materiales del Tratado.

21. En el caso Hansen, [9] el Tribunal de Justicia confirmó que «el artículo 37 no exige la supresión total de los monopolios nacionales de carácter comercial, sino únicamente su adecuación, de tal manera que quede asegurada la exclusión de toda discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado», y, significativamente, que «el artículo 37 sigue siendo aplicable, incluso tras la adecuación prescrita por el Tratado, en la medida en que el ejercicio, por parte de un monopolio público, de sus derechos de exclusiva entrañe alguna de las discriminaciones o restricciones prohibidas por dicha disposición» (apartado 8) *(traducción provisional)*.

22. La Comisión llega a la conclusión, basándose en particular en la citada afirmación del Tribunal de Justicia en el caso Manghera, según la cual todo monopolio comercial deberá ser adecuado de modo que quede suprimido el derecho exclusivo de importación de los demás Estados miembros, de que el propio hecho de mantener, en beneficio de las empresas titulares de derechos exclusivos sobre las redes de telecomunicaciones, un derecho exclusivo de importación, comercialización, conexión, puesta en servicio y mantenimiento de los aparatos terminales constituye una medida en el sentido del apartado 1 del artículo 90, y que la propia existencia de tales derechos constituye la infracción, teniendo en cuenta que es precisamente del derecho exclusivo de donde nace la discriminación y el abuso (véase en particular el escrito de dúplica, p. 11).

No creo poder compartir tal posición, porque constituye una interpretación arbitraria del principio enunciado por el Tribunal de Justicia en el asunto Manghera, en la medida en que extiende el alcance de la sentencia a la totalidad del régimen de derechos exclusivos, tanto si se refiere a bienes como a servicios y, en cualquier caso, no sólo al derecho de importación, y porque no tiene en cuenta las ulteriores precisiones al respecto que da la misma sentencia Manghera y la jurisprudencia posterior, que he recordado antes, de la cual resulta con suficiente claridad una orientación general distinta a la que pretende la Comisión.

23. De hecho, y más allá de las manifestaciones vinculadas al presente caso, considero que de la mencionada jurisprudencia del Tribunal de Justicia resulta una orientación de fondo inequívoca y coherente. Por un lado, se pone de manifiesto la exigencia de dar un sentido a la formulación del artículo 37 y apartado 1 del artículo 90: no puede olvidarse la insistencia (incluso en la sentencia Manghera, apartado 5) en excluir que un monopolio comercial o un régimen de derechos exclusivos sea en sí mismo contrario al Tratado (artículos 37 a 86) y que, por lo tanto, se imponga su supresión como

8 — Sentencia de 30 de abril de 1974 (155/73, Rec. p. 409).
9 — Sentencia de 3 de marzo de 1979 (91/78, Rec. p. 935).

tales. Por otro lado, se pone de manifiesto también la exigencia de comprobar concretamente —pero sin límites ni prejuicios— la compatibilidad de los regímenes nacionales con el Tratado y de solicitar en su caso tal comprobación al Juez nacional. [10] Por ejemplo, en la sentencia de 7 de junio de 1983, Comisión/Italia, [11] el Tribunal de Justicia, después de haber afirmado, recordando la sentencia Manghera, que el artículo 37 «no impone la supresión absoluta de los monopolios nacionales» (apartado 11) *(traducción provisional)*, ha añadido que «tratándose de una normativa que se aplica indistintamente a los productos nacionales y a los importados, debe considerarse si la normativa en cuestión a pesar de ello puede tener efectos discriminatorios o falsear la competencia, reduciendo las importaciones de labores del tabaco, y obstaculizar así el comercio intracomunitario» (apartado 12) *(traducción provisional)*.

24. De modo más general, el hecho de que un monopolio o un régimen de derechos exclusivos o especiales puede no compaginarse perfectamente con un sistema basado en la libre competencia es evidente; pero por esto mismo es un hecho que el legislador comunitario no podía dejar de tener bien presente.

Está claro, pues, que el Tratado, si se quiere por coherencia con el artículo 222 y con el diseño comunitario general, ha pretendido «tolerar», considerándolos «en sí mismos» legítimos, los monopolios y los regímenes de derechos exclusivos o especiales, atribuyendo no obstante a la Comisión la tarea de velar por el necesario respeto a la normativa relativa al mercado común de bienes y servicios y de la libre competencia, sin perjuicio en su caso de la excepción a la que se refiere el apartado 2 del artículo 90.

De tal modo se explica la formulación aparentemente oscura, pero adecuadamente equilibrada, tanto del artículo 37 como del apartado 1 del artículo 90 y, en particular, la «adecuación» de los monopolios comerciales establecida por el artículo 37, para cuyo impulso se ha previsto el instrumento de la Recomendación, y las facultades de vigilancia de la propia Comisión en virtud del apartado 3 del artículo 90, así como, «en tanto fuere necesario», la posibilidad de utilizar los instrumentos supuestamente más contundentes de la Directiva y de la Decisión siempre con el fin de mejor ejercer su deber de vigilancia.

25. En términos abstractos, por lo tanto, considero que la mera existencia de un monopolio o de un régimen de derechos exclusivos no es «intrínsecamente» contraria al Tratado. Pero esta respuesta es precisamente abstracta.

26. En especial, el examen de los hechos concretos puede sugerir una respuesta distinta. La esencia real del artículo 90, leído con el auxilio de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es que pretende impedir que los Estados, libres de elegir una opción social de política económica y de establecer o mantener un régimen de monopolio o de derechos exclusivos en uno u otro sector, no sean también libres para sustraer completamente la empresa pública o concesionaria de los derechos exclusivos a las reglas del juego, en particular, las del mercado común de mercancías y servicios, y las de la libre competencia. Y ello de igual manera que el artículo 37, que según el Tribunal de Justicia «pretende garantizar la observancia del

10 — Véanse, además de las sentencias citadas, la sentencia de 9 de mayo de 1985, Comisión/República Francesa (21/84, Rec. p. 1355), la sentencia de 3 de octubre de 1985, Telemarketing, (311/84, Rec. p. 3261, apartado 17) y la sentencia de 4 de mayo de 1988, Bodson (30/87, Rec. p. 2479).

11 — Asunto 78/82, Rec. 1955.

principio fundamental de la libre circulación de mercancías en todo el mercado común [...] y mantener de tal manera las condiciones normales de competencia entre las economías de los Estados miembros cuando, en uno u otro de dichos Estados, un determinado producto está sujeto a un monopolio nacional de carácter comercial» (sentencia antes citada Comisión/Italia, apartado 11) *(traducción provisional).*

27. Si ello es cierto, entonces no puede excluirse totalmente, alegando el tenor literal del artículo 90 y del artículo 37, que en la creación de la situación jurídica, o bien en la concesión de los derechos especiales o exclusivos, se produzca una infracción del Tratado y, por lo tanto, sea de aplicación la prohibición del apartado 1 del artículo 90. Al contrario, precisamente en esta hipótesis no será necesario que el Estado adopte otras «medidas» para que se manifieste una infracción al Tratado y se entre pues dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 90 (y por ello mismo del apartado 3 del artículo 90). El Tribunal de Justicia todavía no se ha pronunciado expresamente sobre si el artículo 37 o el artículo 90 implican la eliminación de las discriminaciones llamadas potenciales, es decir, de la mera posibilidad de discriminaciones provocadas por la existencia de derechos exclusivos, a pesar de que se hayan presentado ante él en varias ocasiones pretensiones en tal sentido (véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Warner en el asunto Manghera y la propia cuestión prejudicial del Juez nacional).

28. En definitiva, considero que en la disposición en cuestión puede incluirse también la hipótesis, para utilizar la expresión empleada en este procedimiento, de incompatibilidad «intrínseca» del monopolio o del régimen de derechos exclusivos o especiales.

Sin embargo, también estoy convencido, sobre todo a la vista de la mencionada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluida la sentencia Manghera, de que a la conclusión de la incompatibilidad con el Tratado de las meras concesiones de derechos exclusivos sólo se puede llegar a través de una verificación puntual del modo de ser y de operar, de la finalidad y de las implicaciones de la introducción o del mantenimiento de la situación jurídica de que se trata respecto al mercado común de mercancías y servicios y a la libre competencia. En resumen, la respuesta debe ser concreta, y no puede darse en abstracto.

29. Añadiré que de la relación directa y transparente entre el artículo 90 y el artículo 222 del Tratado, sin exceder de la propia filosofía que inspira el Tratado y a la que se aludía antes, se deriva claramente la existencia al menos de una fuerte *presunción de legalidad* a favor de la empresa pública o beneficiaria de los derechos exclusivos como tal. Esta me parece una interpretación útil y razonable del apartado 1 del artículo 90, respetuosa del artículo 222 y de las normas adoptadas para proteger al mercado común y a la competencia. Limitarse meramente a la letra del artículo 90, para deducir en abstracto la imposibilidad absoluta y radical de que entre las hipótesis de incompatibilidad con el Tratado se incluya también la mera existencia del régimen de derechos exclusivos, como mantiene el Gobierno francés, me parece, francamente, una perspectiva parcial y, en parte, limitativa del «efecto útil» del artículo 90. Del mismo modo sería erróneo apartarse totalmente de la formulación sin duda no casual del artículo 90, así como olvidar su vinculación con el artículo 222, y negar que la existencia o la introducción de una situación del tipo como la que

nos ocupa goza, al menos en principio, de una presunción de legalidad.

Dentro de estos límites, debe desestimarse pues la alegación del Estado demandante.

Sobre la utilización de procedimiento inadecuado

30. La siguiente (y subsidiaria) cuestión planteada en el presente litigio, y en cierto sentido vinculada a la antes considerada, es si la Comisión tenía la facultad, en virtud del apartado 3 del artículo 90, y en particular con el instrumento de la Directiva, de declarar que la existencia de un régimen de derechos exclusivos constituye una infracción, en lugar de activar el mecanismo general del artículo 169 del Tratado. Como ya he señalado, tanto el Estado demandante como los coadyuvantes en el procedimiento niegan que, para imponer la supresión de los regímenes de derechos exclusivos, la Directiva adoptada en virtud del apartado 3 del artículo 90 constituya una alternativa legítima al procedimiento establecido por el artículo 169; es éste un extremo ampliamente tratado por la doctrina.

El problema, incluso planteado en términos abstractos, suscita bastantes dudas; por otra parte, tampoco parece resuelto por la sentencia Comisión/Grecia, teniendo en cuenta que en aquel procedimiento el Tribunal de Justicia no debía establecer si la Comisión había hecho un uso ilegítimo de las facultades que le concede el apartado 3 del artículo 90, adoptando una Decisión «represiva» de una infracción, sino tan sólo si tal Decisión tenía los mismos efectos que una Decisión en virtud del artículo 189.

31. Como es sabido, el Tratado ha establecido para el supuesto en que un Estado «haya incumplido una de las obligaciones que le incumben en virtud del presente Tratado» un mecanismo general de represión, basado en la comunicación formal de los cargos por la Comisión y, posteriormente, en el recurso ante el Tribunal de Justicia para que éste declare la existencia de una infracción. En tal procedimiento existe una precisa garantía de respeto, antes incluso de la fase contenciosa, del principio contradictorio y de los derechos de los Estados en un sentido amplio, garantía que no está expresamente recogida en el apartado 3 del artículo 90. Además, si es cierto que el esquema lógico del procedimiento en virtud del artículo 169 tiene ya algunas excepciones, resultando sustancialmente invertido, por ejemplo en el artículo 93, también es cierto que las excepciones al artículo 169 están expresamente previstas en el Tratado: el apartado 2 del artículo 93, así como los artículos 100 A y 225. Y no puede olvidarse la circunstancia de que en materia de infracción de las normas sobre la competencia, es la Comisión la que debe declarar la infracción, pero respetando el principio de la contestación a los cargos y el principio contradictorio de la fase administrativa previa, como por otra parte está previsto por el apartado 2 del artículo 93.

En el apartado 3 del artículo 90, no se recogen ni tales previsiones, ni una excepción expresa, como la propia Comisión ha debido reconocer para justificar en el presente caso la ausencia de un verdadero procedimiento contradictorio previo (escrito de contestación, p. 33).

32. Me pregunto también si no plantea una dificultad adicional el tipo de acto utilizado por la Comisión. Si ya es discutible que una Decisión en virtud del apartado 3 del ar-

tículo 90 pueda constituir una alternativa congruente y legítima al procedimiento previsto en el artículo 169, aún parece menos adecuado el uso de la Directiva, instrumento ya por su naturaleza poco apropiado para poner fin a una infracción, tanto más cuanto que, como en el presente caso, va dirigida a los Estados miembros considerados colectivamente.

No aclara mucho las cosas la explicación dada por la Comisión sobre este aspecto, que se limitó a afirmar que había preferido la vía del apartado 3 del artículo 90 a la del artículo 169, en cuanto que esta última no hubiera tenido «el mismo efecto directo e inmediato» de la primera (escrito de contestación, p. 12), ni tampoco la manifestación de haber realizado en el presente caso consultas previas con los Estados miembros y con las demás Instituciones. Ninguno de estos argumentos me parece suficiente para remediar la ausencia de una excepción explícita al artículo 169 y de garantías mínimas del principio contradictorio que implican los procedimientos por incumplimiento.

Considero, por lo tanto, que en principio la Comisión no puede recurrir al instrumento de la Directiva previsto por el apartado 3 del artículo 90, con funciones «represivas» y como alternativa al artículo 169.

Acerca de la motivación

33. Por otra parte, en el presente caso la apreciación del Tribunal de Justicia puede concentrarse más adecuadamente sobre el punto esencial, inherente a la motivación del acto impugnado, dejando quizás para ocasiones más propicias la solución «de principio» del problema. De hecho, tratándose de un procedimiento por infracción, dirigido además en el presente caso a eliminar una situación jurídica cuya legalidad en sí es presumida por el Tratado, hubiera sido necesario en cualquier caso una verificación específica y analítica de la infracción por parte de la Comisión.

34. En el presente caso esta comprobación de la Comisión, necesaria en un procedimiento que se pretende de tipo «represivo» y que en cualquier caso debe permitir al Tribunal de Justicia el control definitivo de su legalidad, me parece que ya a primera vista brilla por su ausencia: esto se refiere no sólo a los artículos 2 y 7 de la Directiva, necesaria y estrechamente vinculados, sino también al artículo 6, que hipotéticamente podría tener una consideración parcialmente autónoma desde los demás puntos de vista considerados.

En particular, respecto del artículo 30 del Tratado, se considera que el régimen de derechos especiales o exclusivos de importación y comercialización «puede crear y, a menudo, crea en la práctica obstáculos a las importaciones» (tercer considerando). Respecto al artículo 37 del Tratado, se considera que los derechos en cuestión «se ejercen de tal modo que desfavorecen, en la práctica, los aparatos procedentes de otros Estados miembros, en particular, al impedir que los usuarios elijan libremente los aparatos que necesitan, en consideración a su precio y calidad, con independencia de su procedencia (y) que el ejercicio de tales derechos es por ello incompatible con el artículo 37 en todos los Estados miembros» (quinto considerando).

35. No me parece que afirmaciones tan lapidarias como éstas puedan constituir una base para la comprobación de una infracción. Sin duda no es así cuando, como en el presente caso, se pretende que la propia existencia de un régimen de derechos exclusivos constituye una infracción. Las propias fórmulas utilizadas (el monopolio que «*generalmente*» se realiza mediante la atribución de derechos exclusivos, derechos que «*con frecuencia*» afectan a los terminales, «*puede crear y, a menudo, crea en la práctica*» obstáculos a las importaciones, que las desfavorecen «*en la práctica*») son bien poca cosa respecto a la exigencia del particular rigor que se impone en estos casos, tratándose de superar la presunción de legalidad intrínseca del régimen de derechos especiales o exclusivos que viene recogido en el apartado 1 del artículo 90 (y, por tanto, en el artículo 37). En otros términos, repito, que el monopolio pueda —frecuentemente, en la práctica, *aut similia*— perjudicar al buen funcionamiento del mercado común y a la libre competencia es un hecho que los redactores del Tratado conocían y que sin embargo toleraron, por lo que la Directiva de la Comisión, por una parte, no descubre nada nuevo y, por otra, suprimiendo pura y simplemente el monopolio o el régimen de derechos exclusivos, altera radicalmente el contexto establecido por el apartado 1 del artículo 90, sin dar una motivación suficiente.

La falta de motivación es aún más evidente si se considera, en primer lugar, la circunstancia de que en una Directiva dirigida a todos los Estados miembros y que, según la Comisión, pretende reprimir infracciones, no se especifica que todos los Estados miembros hayan cometido tales infracciones, ni tampoco mediante qué disposiciones legislativas o prácticas. Esto era tanto más necesario cuanto que del tenor de los considerandos y aún más de los autos del asunto, incluidos los escritos de la Comisión, se pone de manifiesto que en algunos Estados el régimen de monopolio o de derechos exclusivos sólo es parcial respecto a los terminales considerados, o incluso rige un régimen de libertad absoluta, como parece ser el caso, paradójicamente, también del Estado demandante (véase el documento 3 presentado como anexo al escrito de la Comisión), mientras que en otros tales regímenes no impiden en absoluto los intercambios o no son discriminatorios o bien respetan las normas sobre la competencia (véase, por ejemplo, la página 9 de las observaciones del Gobierno italiano, no contestadas por la Comisión). Tampoco parece irrelevante, en segundo lugar, la circunstancia de que el Estado demandante haya discutido la posibilidad de aplicar el régimen de la libre circulación de mercancías al conjunto de derechos especiales o exclusivos en cuestión, en la medida en que al menos algunos de dichos terminales pueden considerarse parte de la red de telecomunicaciones y por lo tanto clasificarse más adecuadamente en los servicios.

36. Todo esto nos da la medida también de las posibilidades de control ofrecidas al Tribunal de Justicia, cuyos criterios de apreciación deben existir antes de la fase contenciosa y no pueden ser determinados *ex post*. Basta pensar que el Tribunal de Justicia no ha podido conocer si las supuestas infracciones han sido cometidas por todos o sólo por algunos Estados miembros, respecto a todos los aparatos terminales o sólo algunos, y cuál es el *modus operandi* que específicamente se imputa como contrario al Tratado, más allá de la mera existencia de un régimen de derechos de los que no se sabe tampoco si son exclusivos o especiales.

37. Tampoco me parece que nos lleve a distintas conclusiones la otra afirmación de la Directiva, es decir, la contradicción intrínseca de los derechos especiales o exclusivos con la prohibición de abuso de posición dominante según el artículo 86 del Tratado. La Comisión pone de manifiesto ante todo (considerando decimotercero) que «los organismos de telecomunicaciones ejercen individual o conjuntamente un monopolio sobre la red nacional de telecomunicaciones» y que las redes constituyen otros tantos mercados, y que de esto se deriva que tales organismos mantienen una posición dominante en una parte sustancial del mercado. Además, la Comisión afirma que los derechos exclusivos o especiales concedidos a los organismos en cuestión tienen como efecto el de imponer «el arrendamiento de los aparatos terminales» (sin precisar cuáles) cuando el usuario podría encontrar más conveniente comprarlos, lo que equivale a una imposición de prestaciones suplementarias además de limitar los intercambios y el progreso técnico, en el sentido de las letras b) y d) del artículo 86 (sin especificar bajo qué aspecto).

Como se ve, y sin que sea tampoco necesario entrar en los complicados meandros de la realidad de las imputaciones, una vez más nos encontramos frente a una clara petición de principio, es decir, no frente a una motivación analítica como la que, repito, se imponía en el presente caso, sino ante afirmaciones tan lapidarias como no demostradas. Baste sólo pensar en los requisitos que se exigen para una Decisión de la Comisión contra un abuso en posición dominante por parte de una empresa, y cuán analíticas, específicas y detalladas han sido las motivaciones que la propia Comisión justamente ha considerado debían fundamentar las Decisiones en virtud del apartado 3 del artículo 90, dirigidas a reprimir otras tantas infracciones de Grecia, [12] España [13] y, más recientemente, de los Países Bajos. [14]

38. En definitiva, la Directiva que nos ocupa se limita a enunciar el *quid demostrandum*, deduciéndolo genéricamente de la propia existencia de un régimen de derechos exclusivos o especiales en el conjunto de los Estados miembros en el sector de los aparatos terminales de telecomunicaciones, también considerado en su conjunto. Suscribir tales afirmaciones constituiría para el Tribunal de Justicia no el resultado de una apreciación de los elementos de hecho y de Derecho y de un control sobre la legalidad del acto impugnado, sino un verdadero acto de fe, que en cualquier caso no considero que pueda sugerirse al Tribunal de Justicia.

39. No puede alegarse fundadamente que «en una Directiva, que por su carácter es un acto general dirigido a todos los Estados miembros, no procede hacer el examen circunstancial de todas las situaciones particulares» (escrito de contestación de la Comisión, p. 27). Esto puede ser válido con carácter general y cuando se trata de una Directiva [...] «normal», no cuando, como hasta ahora se ha presentado el asunto, se trata de un acto con el cual se pretende declarar una infracción al Tratado.

40. Por todas las consideraciones hasta aquí expuestas, me parece poder llegar a una primera conclusión. Si la Directiva de la Comisión pretendía, tal como la propia Comisión ha subrayado reiteradamente en sus escritos y en la vista, declarar la existencia de infrac-

12 — Decisión de 24 de abril de 1985 (DO L 152, p. 25), origen del asunto 226/87, antes citado.

13 — Decisión de 22 de junio de 1987 (DO L 194, p. 28.)

14 — Decisión de 12 de enero de 1990 (DO L 10, p. 47).

ciones del Tratado en todos los Estados miembros, y si por lo tanto se planteaba como ejercicio de la facultad-deber de vigilancia entendido en el sentido de facultad de control sobre la legitimidad de los comportamientos de los Estados, tal Directiva está viciada, dejando aparte cualquier otro aspecto, al menos desde el punto de vista de la falta de motivación.

41. Sin duda la exigencia de motivación hubiera sido mucho menos rigurosa si, en vez de ejercitar un control sobre la legitimidad del comportamiento de uno o varios Estados miembros, la Comisión hubiese realizado una *opción normativa en sentido propio*, regulando el sector de terminales de telecomunicaciones de una manera o de otra, e incluso suprimiendo el régimen de monopolio o de derechos exclusivos, supuestamente existentes en varios Estados miembros. De hecho, en esta hipótesis, la determinación de una u otra infracción específica en el modo de operar o simplemente de existir de un monopolio o de un régimen de derechos exclusivos, en uno o en varios o en todos los Estados miembros, ya no sería el objeto del acto, sino la ocasión para ser adoptado, y por lo tanto incluso el instrumento de la Directiva sería, en definitiva, totalmente apropiado.

Acerca de la incompetencia en sentido propio

42. Esta es la segunda clave de interpretación de la Directiva impugnada, como señalé al principio, y que se plantea evidentemente a la apreciación del Tribunal de Justicia en la medida en que se niega que la Comisión, con independencia de la discutida existencia de las presuntas infracciones, tuviera la facultad de suprimir el régimen de derechos exclusivos en el conjunto de los Estados miembros y de tal manera regular el sector de los terminales de telecomunicaciones en virtud de las facultades conferidas por el apartado 3 del artículo 90, en lugar de utilizar un mecanismo normal legislativo (en este supuesto el del artículo 100 A), y en la medida en que se niega que la Comisión, como sobre todo ha hecho el Gobierno belga, haya realizado una opción de verdadera política industrial.

43. No puede excluirse que esta sea la clave para la interpretación correcta de esta Directiva. Así, no faltan los indicios que señalan en tal sentido, y sobre todo el sistema y la motivación de la Directiva.

Una motivación tan manifiestamente genérica e insuficiente respecto al tipo de actos exigidos para la declaración de una infracción, así como respecto a los mencionados precedentes de Decisiones adoptadas de acuerdo con el apartado 3 del artículo 90, más que un vicio del acto debido a un error fortuito de la Comisión, constituye la prueba de un modo de ejercitar la facultad conferida por el apartado 3 del artículo 90, distinto del hasta ahora considerado y del que se utilizó en la Directiva «transparencia» o en otras Decisiones recordadas.

En particular me refiero a fórmulas del tipo de «puede crear, y a menudo crea, en la práctica obstáculos a las importaciones de los demás Estados miembros» o la otra según la cual la concesión de derechos exclusivos o especiales sobre la explotación de la red y de los servicios de telecomunicaciones se extiende «con frecuencia» a la puesta a disposición de los terminales. Y me refiero también al segundo considerando, donde se pone de manifiesto que los avances técnicos y económicos han inducido a varios Estados

miembros a «revisar el sistema de derechos especiales o exclusivos en el sector de las telecomunicaciones», y que el rápido incremento de los diferentes tipos de terminales y la posibilidad de su múltiple utilización requieren que los usuarios puedan elegirlos libremente: consideraciones que están más vinculadas a una opción de la nueva orientación que hay que dar al sector que no a la mera exigencia de poner fin a infracciones que, por otra parte, no han sido específicamente individualizadas.

44. No carece de importancia que, a la supresión de los regímenes de los derechos especiales o exclusivos en el sector de los terminales, haya seguido una Directiva adoptada en los mismos términos, con la misma estructura y análogas motivaciones, para el sector de servicios de telecomunicaciones, y cuyo artículo 2 tiene prácticamente la misma formulación que el artículo objeto del presente litigio.[15] La circunstancia sería como mínimo singular si se tratara de una mera declaración de infracción, como justamente ha señalado el Gobierno belga en la vista; pero en cualquier caso deja entrever más bien una perspectiva general, que a su vez resulta de los propósitos liberalizadores que en los últimos años han inspirado a las Instituciones comunitarias e, *in primis*, al Consejo.

45. En relación con esto, parece útil recordar la Directiva 86/361/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986,[16] relativa a la primera etapa del reconocimiento mutuo de la homologación de equipos terminales, en la cual se pone de manifiesto la necesidad de «diseñar un marco más amplio para preparar la segunda etapa en la que se crearía un mercado abierto y unificado de los equipos terminales de telecomunicaciones, teniendo en cuenta el hecho de que, en el campo de las telecomunicaciones, ello deberá incluir tanto la libre circulación de los equipos como la libre conexión a las redes, de conformidad con las prescripciones armonizadas» (décimo considerando).

46. También es significativa una Resolución del Consejo de 30 de junio de 1988,[17] en la cual el Consejo, *a propuesta de la Comisión* y basándose en consideraciones en gran parte análogas a las que fundamentan la Directiva objeto del presente litigio, invita a la propia Comisión «a proponer, cuando ello sea necesario, las medidas que hay que adoptar para alcanzar estos objetivos en las áreas prioritarias, basándose en los procedimientos comunitarios adecuados, particularmente en lo que se refiere a la creación del mercado común de servicios y equipos de telecomunicaciones», y ello después de haber compartido plenamente «los objetivos del programa de acción definido en la Comunicación de 9 de febrero de 1988 relativo a la apertura del mercado común de las telecomunicaciones a la competencia de aquí a 1992, habida cuenta por otro lado de los artículos 8 A y 8 C del Tratado introducidos por el Acta Unica Europea, así como del fortalecimiento de la competitividad europea, al tiempo que se mantienen los objetivos del servicio público de las Administraciones de telecomunicaciones».

47. La Comisión, por otra parte, basándose en las mismas exigencias claras de defensa técnica que la han inducido esencialmente a reducir, en el procedimiento ante el Tribu-

15 — Documento C(89) 671 final. La Directiva aún no ha sido notificada.

16 — DO L 217, p. 21.

17 — DO C 257, p. 1.

nal de Justicia, el alcance de la Directiva a la mera represión y prevención de las infracciones, no ha podido evitar algunas manifestaciones significativas y en particular que:

— En una Directiva, que por su naturaleza es un acto general dirigido a todos los Estados miembros, no procede una motivación circunstanciada (escrito de contestación, p. 27).

— La elección de la Directiva, en virtud del apartado 3 del artículo 90, en lugar del procedimiento establecido por el artículo 169, tiene su origen en la comprobación de que «medidas contrarias al Tratado eran mantenidas o adoptadas por la mayor parte de los Estados miembros» (pero no se indican ni los Estados miembros ni las medidas), de la exigencia (que, sin embargo, es de carácter general) de «integrar el conjunto de aspectos del mercado de los terminales de telecomunicaciones en un solo acto coherente, que pueda permitir la continuación del ejercicio eficaz del deber de vigilancia» (escrito de contestación, p. 30).

— La Comisión, considerado el importante desarrollo tecnológico que ha conocido el sector de las telecomunicaciones en los últimos años y el número creciente de denuncias relativas a «eventuales infracciones» a las normas sobre libre circulación de mercancías y sobre la competencia, «ha pretendido no limitarse a acciones puntuales puramente represivas de las *infracciones comprobadas o presuntas,* sino por el contrario, tras un examen profundo del mercado y de las observaciones de los Estados miembros, *precisar las obligaciones de los Estados miembros* en sus relaciones con las empresas de telecomunicaciones a las cuales hayan concedido derechos especiales o exclusivos» (dúplica, p. 10; el subrayado es mío).

48. Considero que esta última afirmación de la Comisión ilumina claramente el punto de vista adoptado por la Institución, que por lo tanto supera o incluso prescinde de la facultad de control prevista por el Tratado. Y ello con el propósito de establecer una regulación general y abstracta del sector («precisar las obligaciones de los Estados miembros») que supera los límites del apartado 3 del artículo 90 y que es competencia del Consejo.

Además, en la vista, a la pregunta precisa de si en el supuesto de una infracción del artículo 30 por parte de un organismo público concesionario de un derecho exclusivo la Comisión hubiera respondido bien con el procedimiento del artículo 169, o bien con la supresión del organismo público de acuerdo con el apartado 3 del artículo 90, el Agente de la Comisión respondió que, para dar un efecto útil a este último, «es necesario superar el que podría tener un simple recurso por incumplimiento», por lo tanto sin excluir la adopción de un acto que tuviera como contenido la supresión del organismo público concesionario de derechos exclusivos o especiales.

49. Esto puede relacionarse con la tesis esencial de la Comisión según la cual, lejos de haber ejercido una facultad de regulación o normativa en sentido propio, se habría limitado a remediar las infracciones existentes

y a prevenir las infracciones futuras, de acuerdo con el ejercicio de la facultad-deber de vigilancia que el Tratado impone a la Comisión al respecto. Pero aun aceptando esta tesis, pretendidamente minimalista, queda evidentemente por aclarar la prevención de las infracciones futuras, porque la apreciación es muy distinta según el contenido y el alcance que la Comisión atribuye de hecho al acto de prevención. Sin duda, el resultado de prevenir se consigue de un modo satisfactorio y definitivo suprimiendo la situación jurídica que puede producir infracciones al Tratado; pero es bastante dudoso que ésta sea una actividad de simple prevención, como tampoco estaría seguro de encontrarme ante una auténtica prevención de las infracciones a la prohibición para los Estados miembros de introducir exacciones de efecto equivalente a derechos de aduana si se suprimiese... el «monopolio» de la imposición tributaria a cargo de cada Estado miembro, o si, para evitar distorsiones de competencia entre empresas públicas y empresas privadas, se impusiera la liquidación de las primeras.

50. Por lo tanto, me parece plenamente fundada la tesis de que la Directiva impugnada se coloca en un nivel distinto al de la simple represión de infracciones existentes y a la prevención de infracciones futuras; por otra parte, ésta es la interpretación también dada por el Parlamento Europeo (véase, por ejemplo, la Resolución de 23 de noviembre de 1989 en relación con la Directiva «paralela» sobre servicios de telecomunicaciones, PE 136.784) e incluso anunciada oficialmente por la propia Comisión en una Comunicación de 9 de febrero de 1988, en el marco de una serie de iniciativas de tipo legislativo. [18]

18 — Doc. COM(88) 48 final.

Pero a la cuestión, planteada sustancialmente por el Estado demandante y sobre todo por algunos de los Gobiernos coadyuvantes, de si puede reconocerse a la Comisión un poder normativo que, con independencia de la existencia de infracciones, se concrete en una regulación distinta del sector que nos ocupa, considero que se debe responder sin duda negativamente.

51. En primer lugar, no me parece que se pueda prescindir del principio enunciado con toda claridad por el Tribunal de Justicia en la sentencia de la Directiva «transparencia». La competencia que atribuye a la Comisión el apartado 3 del artículo 90 «se limita a las Directivas y Decisiones que son necesarias para el cumplimiento, de modo eficaz, del deber de vigilancia que le impone el mismo apartado» (apartado 13) *(traducción provisional)*, y ello a diferencia de las competencias atribuidas al Consejo, en la medida en que «el artículo 94 permite al Consejo establecer todos los Reglamentos útiles a efectos de la aplicación de los artículos 92 y 93» (apartado 13).

Del principio así enunciado puede fácilmente deducirse que la Comisión, a diferencia del Consejo, no puede adoptar todos los actos útiles a los propósitos de aplicación del apartado 1 del artículo 90 (por lo que aquí interesa), sino sólo aquellos actos que sean necesarios para una realización más eficaz del deber de vigilancia. Ello no permite sin duda reconocer a la Comisión un poder normativo que, basándose en la posibilidad de infracciones en cierto sector y por medio de un acto dirigido indistintamente al conjunto de los Estados miembros, defina los límites de la legalidad del comportamiento de esos mismos Estados y sobre esta

base imponga al mismo tiempo la supresión de un monopolio de un régimen de derechos exclusivos. En efecto, el Tribunal de Justicia ha reconocido que la Comisión puede adoptar Directivas y Decisiones necesarias para el cumplimiento del deber de vigilancia y no que la Comisión pueda eliminar los propios presupuestos de la realización de tales deberes.

52. A este respecto me parece útil recordar las conclusiones del Abogado General Sr. Reischl en el asunto sobre la Directiva «transparencia», en las que, tras haber negado que existiera una alternativa entre el artículo 169 y el apartado 3 del artículo 90, puso de manifiesto que la competencia de la Comisión se limita a la aplicación del artículo 90, que garantiza que la Comisión sólo puede adoptar actos «que se distingan por su carácter técnico e instrumental» *(traducción provisional)*, mientras que la del Consejo se extiende a la adopción de medidas de ejecución destinadas a completar y concretar las normas del Tratado; que tal limitación respeta el equilibrio institucional sobre el que se basa el Tratado y explica también la inexistencia de garantías propias a un procedimiento normativo, como el derecho de iniciativa y el dictamen del Parlamento, y que, también a la luz del artículo 222, la Comisión «carece de competencia general para establecer un régimen particular aplicable a las empresas públicas» (Rec. 1983, pp. 2584 y ss.).

53. En segundo lugar, no debe olvidarse la posición sistemática del artículo 90, que no por casualidad está incluido en las normas sobre la competencia aplicables a las empresas y no en la parte institucional.

El conjunto de las normas sobre la competencia (del artículo 85 al artículo 94) está estructurado de tal modo que la facultad de precisar, en su caso completándolas, las condiciones de aplicación de las normas del Tratado queda reservada al Consejo, recibiendo la Comisión por el contrario una competencia de vigilancia y de ejecución.

A este respecto basta señalar que el artículo 87, apartados 1 y 2, atribuye al Consejo entre otras la facultad de precisar, eventualmente respecto de los sectores económicos, el ámbito de aplicación de los artículos 85 y 86 (véase en particular el Reglamento nº 141 del Consejo sobre la no aplicación del Reglamento nº 17 del Consejo al sector de los transportes, DO 1962, p. 2751; EE 07/01, p. 57).

En el mismo sentido, en materia de ayudas otorgadas por los Estados, corresponde al Consejo la facultad de decidir que una ayuda debe ser considerada compatible con el mercado común, como excepción a lo dispuesto por el artículo 92, cuando circunstancias excepcionales justifiquen tal decisión.

La única excepción aparente a esta línea seguida por los autores del Tratado está representada por la facultad que la última frase del apartado 2 del artículo 91 atribuye a la Comisión, en materia de prácticas de dumping (dentro del mercado común), de «establecer las regulaciones oportunas para la aplicación del presente apartado». Pero es una excepción sólo aparente, porque en realidad se trata de un simple poder normativo de aplicación (Recomendaciones de la Comisión nº 8 de 11 de marzo de 1960 y nº 21 de 25 de marzo de 1960).

54. Y, por último, es indudable que la facultad de vigilancia en virtud del apartado 3 del artículo 90 guarda relación con el primer guión («velará por la aplicación de las disposiciones del presente Tratado») y no con el tercer guión («dispondrá de un poder de decisión propio») del artículo 155. Es cierto pues que la facultad de adoptar Decisiones y Directivas sólo puede tener un carácter estrictamente funcional respecto al deber de vigilancia y no puede desembocar en un acto de contenido normativo general, que regule la organización de un sector determinado en el sentido de suprimir un régimen público de derechos especiales o exclusivos.

Por otra parte, el gran número de tomas de posición y de actos de la propia Comisión, pero sobre todo del Consejo, en los últimos años en relación con el sector de las telecomunicaciones, y de los cuales hemos recordado sólo algunas muestras, diseñan en su conjunto un marco esencialmente programático, cuyo desarrollo natural puede fundadamente imaginarse que consista en la regulación, esta vez preceptiva, de la materia, así pues con un proceso normativo impulsado a propuesta de la Comisión y finalizado, con la contribución del Parlamento Europeo, por el Consejo. En este marco, por lo demás exento de contradicciones sustanciales en cuanto al fondo de la liberalización, la Directiva adoptada por la Comisión por su cuenta y que «ha pretendido [...] después de un estudio profundo del mercado y de haber recabado las observaciones de los Estados miembros, precisar las obligaciones de los Estados miembros en sus relaciones con las empresas de telecomunicaciones», aparece como una anticipación anómala del proceso normativo en curso, en la medida en que las obligaciones de los Estados miembros no habían sido aún definidas ni «precisadas» respecto a las previsiones generales del Tratado, lo que explica también la falta de motivación.

55. La remisión al artículo 4 y al principio de atribución de facultades, así como al equilibrio institucional, que hace la parte demandante no carece pues de fundamento. La adopción por parte de la Comisión de un acto normativo que, aunque sea con el propósito de prevenir infracciones, modifica los propios presupuestos de la presencia del Estado en un determinado sector económico afecta en mi opinión al equilibrio institucional y por lo tanto no puede ser considerado conforme a Derecho por el Tribunal de Justicia.

Conclusión

56. Vistas las observaciones anteriores, sugiero al Tribunal de Justicia que anule los artículos 2, 6 y 7, así como el artículo 9 en la medida en que sea necesario, de la Directiva 88/301/CEE de la Comisión, de 16 de mayo de 1988, relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones, y que condene en costas a la Comisión.