CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER
presentadas el 10 de junio de 2008 [1]

I. Introducción

1. La Comisión de las Comunidades Europeas pretende en este proceso, instado al amparo del artículo 226 CE, que el Tribunal de Justicia declare el incumplimiento por la República de Polonia de las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 4, apartado 1, y 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (en lo sucesivo, «Directiva acceso» o «Directiva 2002/19»). [2]

2. La inadecuada transposición de las reglas comunitarias, que la Comisión achaca a la República de Polonia, requiere indagar las exiguas facultades de injerencia que, en los mercados liberalizados como el de las telecomunicaciones, corresponden al poder público.

3. El Estado demandado, lejos de mostrar una actitud neutra, cuando integra en su derecho la Directiva 2002/19, interviene para estimular el proceso de apertura, conminando *ex lege* a todos los operadores a gestionar el acceso a la red, sin condicionar esa obligación a la previa diagnosis de la competencia.

4. Diseccionar los problemas que plantea el recurso y esbozar una respuesta mesurada entraña cierta complejidad, pues la legislación polaca no obstaculiza los pactos entre empresas, [3] antes al contrario, exige que, al menos, se intenten.

5. Además, en ausencia del resultado apetecido, faculta a la autoridad nacional compe-

1 — Lengua original: español.
2 — DO L 108, p. 7.
3 — El artículo 3 de la Directiva 2002/19 compromete a los Estados a velar por evitar restricciones que impidan a las empresas negociar entre sí acuerdos sobre mecanismos técnicos y comerciales de acceso y/o interconexión, con arreglo a la normativa comunitaria.

tente para tomar una decisión vinculante sustitutiva, lo que parece cohonestar con los postulados del liberalismo clásico de más rancio abolengo. [4]

6. Por tanto, hay que eludir cualquier confusión y, tras la asepsia conceptual necesaria, desenterrar el tesoro de la solución que el entramado normativo comunitario esconde. [5]

II. El marco normativo

A. *El derecho comunitario*

1. El «principio de cooperación leal»

7. A tenor del artículo 10 CE, «los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o de los actos de las Instituciones de la Comunidad», facilitando «a esta última el cumplimiento de su misión». También «se abstendrán de todas aquellas medidas que pongan en peligro la realización de los fines» de la Unión.

2. La Directiva 2002/19

8. Esta norma se ubica en el denominado «nuevo marco reglamentario», [6] aprobado el 7 de marzo de 2002 y publicado el 24 de abril siguiente. [7]

9. Acompasada por el metrónomo que representa la denominada Directiva marco, [8] la Directiva 2002/19 se preocupa por la armonización del acceso y de la interconexión para hacer compatibles los suministros de las redes y de los servicios con los principios del mercado interior.

4 — El eslogan económico «laissez faire, laissez passer», popularizado por las teorías económicas de Adam Smith, constituía una nítida declaración de ideas.

5 — Como acontece en el caso de autos, la obviedad del problema no siempre implica un fácil desenlace, pues como escribe Quevedo y Villegas, F., en «El mundo por de dentro», *Los Sueños*, Ed. Espasa Calpe, Madrid, 2002, colección Biblioteca Austral, nº 20, p. 187, alertando en forma alegórica sobre la hipocresía humana, «[…] No es filósofo el que sabe dónde está el tesoro, sino el que trabaja y lo saca. Ni aun ése lo es del todo, sino el que después de poseído, lo usa bien».

6 — Con esta expresión aludo, en las conclusiones Deutsche Telekom, de 28 de junio de 2007, leídas en el asunto en el que fue dictada la sentencia de 22 de noviembre de 2007 (C-262/06, aún no publicada en la Recopilación), a cuatro Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo: la ya citada 2002/19; la 2002/20/CE, atinente a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas; la 2002/21/CE, relativa a un marco regulador común de la redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (en adelante, «Directiva marco» o «Directiva 2002/21»); y la 2002/22/CE, que aborda el servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas.

7 — DO L 108, pp. 7, 21, 33 y 51.

8 — Citada en la nota 6, donde se explica esa denominación.

10. El derecho comunitario de las telecomunicaciones ha evolucionado en dos ámbitos que, aun estrechamente ligados, se distinguen con facilidad por sus destinatarios.

11. Así, junto a la ordenación de los operadores, en la que emergen entrelazadas las reglas de la interconexión y de la competencia, hay otro ámbito, más difuso, que rige los derechos de los usuarios bajo los emblemas de la liberalización del sector y de la garantía del servicio universal, adquiriendo un hondo calado al proyectarse sobre las libertades fundamentales de los individuos. [9]

12. Parece evidente que el asunto de autos se inserta indudablemente en el primero de esos ámbitos.

13. Según el artículo 4, apartado 1, de la Directiva acceso:

«Los operadores de redes públicas de comunicaciones tendrán el derecho y, cuando así lo soliciten otras empresas igualmente autorizadas, la obligación de negociar la interconexión mutua con el fin de prestar servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público con vistas a garantizar el suministro de servicios y su interoperabilidad en toda la Comunidad. Los operadores ofrecerán acceso e interconexión a otras empresas en condiciones acordes con las obligaciones impuestas por las autoridades nacionales de reglamentación de conformidad con los artículos 5, 6, 7 y 8.»

14. Su artículo 5, apartado 1, párrafo primero, prescribe que para la consecución de los objetivos que se establecen en el artículo 8 de la Directiva 2002/21, las autoridades nacionales de reglamentación fomentarán y, en su caso, garantizarán, de conformidad con lo dispuesto en la presente Directiva, la adecuación del acceso, la interconexión y la interoperabilidad de los servicios, y ejercerán sus responsabilidades de tal modo que se promueva la eficiencia, la competencia sostenible y el máximo beneficio para los usuarios finales.

En particular y sin perjuicio de las medidas que puedan adoptarse en relación con las empresas que tengan un peso significativo en

9 — Cabe pensar, por ejemplo, en la protección de los datos personales o en el respeto a la vida privada en Internet.

el mercado de conformidad con el artículo 8, las autoridades nacionales de reglamentación podrán imponer, en la medida que sea necesario, obligaciones:

a) A las empresas que controlen el acceso a los usuarios finales, incluida, en casos justificados, la interconexión de sus redes cuando no lo hayan hecho, para garantizar la posibilidad de conexión de extremo a extremo;

b) A los operadores, para que faciliten acceso a los demás recursos contemplados en la parte II del anexo I en condiciones justas, razonables y no discriminatorias y asegurar el acceso de los usuarios finales a los servicios digitales de radiodifusión y televisión que determine el Estado miembro en cuestión.

15. Aunque el artículo 18 de la Directiva acceso fijó el 24 de julio de 2003 como último día para que los Estados miembros adoptasen y publicasen las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas para acatar sus prescripciones, el acta de adhesión de la República de Polonia [10] extendió el plazo de transposición hasta el 30 de abril de 2004.

B. *La Ley polaca reguladora de las telecomunicaciones*

16. El artículo 26 de la Ley polaca de las telecomunicaciones [11] obliga a todos los operadores de redes públicas de comunicaciones a negociar un contrato de acceso, a solicitud de una empresa o de una de las entidades enumeradas en el artículo 4, apartados 1, 2, 4, 5, 7 y 8, para cubrir los servicios de telecomunicaciones destinados al público y para potenciar su interoperabilidad.

17. Para evitar actitudes displicentes, el artículo 27, apartado 1, faculta al presidente de la Urzad Komunikacji Electronicznej (oficina de las comunicaciones electrónicas; en adelante, «UKE») a señalar el plazo del proceso para la toma de acuerdos, que no puede exceder de 90 días desde la referida solicitud para celebrar un contrato de acceso.

10 — Acta relativa a la adhesión de la República Checa, la República de Estonia, la República de Chipre, la República de Letonia, la República de Lituania, la República de Hungría, la República de Malta, la República de Polonia, la República de Eslovenia y la República Eslovaca, así como a las adaptaciones de los Tratados en los que se basa la Unión (DO 2003, L 236, p. 987).

11 — Ley de 16 de julio de 2004 (Dz. U. 2004, nr 171, p. 1800).

18. Si las negociaciones no se entablan, si se rechaza la entrada en la red de telecomunicaciones, o si transcurre el tiempo máximo señalado, cada parte puede pedir al presidente de la UKE que falle los trámites pendientes o que defina los términos de la colaboración (artículo 27, apartado 2), incorporando a su petición un proyecto de contrato de acceso, con la indicación de las distintas posiciones y de las cláusulas sobre las que hubiera discrepancias (artículo 27, apartado 3).

19. Al resolver, el presidente de la UKE ha de ponderar el interés de los usuarios, las obligaciones impuestas a las empresas, la promoción de los servicios de telecomunicaciones modernos, el carácter de los temas discutidos, la viabilidad práctica de las propuestas y las soluciones alternativas, con especial atención a los aspectos técnicos y económicos del acceso; [12] asimismo, ha de extremar el cuidado en mantener la integridad y la interoperabilidad de los servicios, velando tanto por que no haya condiciones discriminatorias, como por el desarrollo de la competencia. [13]

20. La posición dominante de una empresa en el ámbito de las redes interconectadas, el interés público, comprendida la protección del medio ambiente, y la continuidad del servicio universal, constituyen también pautas del arbitraje forzoso [14] que provee el presidente de la UKE. [15]

21. En lo atinente a la variación del acceso así adoptado, el artículo 28, apartado 5, de la Ley de telecomunicaciones matiza que, si los interesados llegan a un acuerdo, la decisión administrativa se extingue de pleno derecho en todo lo que esté cubierto por el convenio, [16] aunque el presidente de la UKE retiene la competencia de alterarla, a instancia de parte o de oficio, cuando la protección de los consumidores, una competencia eficaz o la interoperatividad de los servicios lo justifiquen. [17]

22. Paralelamente, por idénticas razones, el artículo 29 habilita al presidente de la UKE para rectificar de oficio, no ya su propia

12 — Artículo 28, apartado 1, puntos 1, 2, 3 y 4.
13 — Artículo 28, apartado 1, punto 5.
14 — Sobre esta denominación, Bellodi L., *Telecomunicazioni e concorrenza nel diritto comunitario,* Ed. Scientifica, Nápoles, 1999, p. 209.
15 — Artículo 28, apartado 1, puntos 6, 7 y 8.
16 — Artículo 28, apartado 5.
17 — Artículo 28, apartado 6.

resolución, sino el texto de un contrato de acceso o para instar a las partes a reformarlo. [18]

23. Además, el artículo 45 de la Ley polaca de telecomunicaciones permite al presidente de la UKE imponer a una empresa que controle el acceso a los usuarios finales, las obligaciones reglamentarias indispensables que garanticen sus comunicaciones con quienes disfrutan de los servicios de otro operador, incluido el deber de interconexión, siempre que aparezcan como remedios proporcionados y apropiados al problema suscitado.

III. La vía administrativa previa, la posición de las partes y el procedimiento ante el Tribunal de Justicia

24. El 21 de marzo de 2005 la Comisión expresó sus dudas al Estado miembro demandado sobre la compatibilidad de la Ley de telecomunicaciones de 2004 con los artículos 4, apartado 1, y 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva acceso.

18 — Sin perjuicio de la remisión que el artículo 30 de la Ley realiza al procedimiento administrativo descrito para la modificación de los contratos de acceso.

25. En su respuesta de 25 de mayo de 2005, el Gobierno polaco reiteró la corrección jurídica de los preceptos expresados, defendió la extensión de la obligación de negociar para reducir los costes de construcción de nuevas infraestructuras a cargo de los operadores independientes y reconoció que las disposiciones del artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva acceso fueron indirectamente traspuestas.

26. Disconforme con tales explicaciones, el 4 de julio de 2006 la Comisión dirigió al Estado miembro un dictamen motivado; el 4 de septiembre de 2006 Polonia impugnó dicho dictamen, pues, aunque la Directiva acceso no prevea *expressis verbis* la instauración por ley del deber de negociar los contratos de acceso, ese deber favorece una competencia duradera y promueve la interoperabilidad en defensa del consumidor; se basa, por tanto, en el artículo 5, apartado 1, párrafo primero, de la Directiva acceso, norma programática que emplaza a las autoridades reglamentarias para alcanzar el acceso y las interconexiones de la red.

27. El 8 de mayo de 2007, la Comisión, al amparo del artículo 226 CE, párrafo segundo, interpuso este recurso, en cuyo transcurso la Institución demandante y el Estado demandado han refrendado sus respectivas posiciones.

28. Transcurrido el plazo para solicitar la celebración de una vista sin que nadie la hubiese instado, tras la reunión general de 6 de mayo de 2008, el asunto quedó expedito para la formulación de conclusiones.

IV. El análisis de los incumplimientos denunciados

A. *Planteamiento*

29. Desde los albores de la liberalización de las telecomunicaciones, la Comisión no ha ocultado su inquietud en torno al acceso a los recursos esenciales y ha rechazado supuestos de explotación abusiva por las empresas que, gozando en exclusiva de los activos necesarios para operar, se los niegan a un competidor.

30. La asunción del credo liberal había de comportar, también, una apertura de los mecanismos de entrada en el mercado y, para no dejar en penumbra un régimen flexible de acceso, el derecho comunitario impulsó una transformación de su concepción tradicional.

31. Pero la sola aplicación de la libertad del comercio no permitía consagrar una competencia leal; el monopolio fáctico del antiguo operador público y los derechos de los que había disfrutado durante largo tiempo, junto con su profundo conocimiento del mercado y el lugar privilegiado que ocupaba, requerían impulsar la aparición de otras empresas, introduciendo medidas de acompañamiento en su favor.

32. La doctrina de las «essential facilities» [19] se refleja en la Comunicación de la Comisión sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones (en lo sucesivo, «Comunicación de acceso»), [20] que procura fomentar el engarce de los operadores noveles, con iguales prerrogativas, a las infraestructuras y a las redes de telecomunicaciones existentes, propiedad, en la mayoría de los casos, de los anteriores monopolistas.

33. A tal efecto, se exige, de forma acumulada: que una instalación se repute «esencial», en el sentido de que resulte irrenunciable para

19 — Doherty, B., *Just what are essential facilities?,* CMLR, 2001, pp. 397 a 436, y Richer, L., *Le droit à la paresse? Essential Facilities, version française,* Ed. Dalloz, 1999, nº 44, p. 523.

20 — DO C 265, p. 2.

competir con quien la controla y no pueda reproducirse de manera razonable; y que, aun susceptible de entregarse a otra compañía, se le impida el acceso o se le impongan limitaciones no asumibles. [21]

34. El Tribunal de Justicia admitió, en un contexto diferente al de las telecomunicaciones, que, si la infraestructura se tilda de «esencial», el propietario se obliga a pactar con otras empresas su utilización, siempre que su actividad necesite el acceso a la instalación; no obstante, se atemperó esta idea con una serie de condiciones de rigurosa apreciación, destinadas a evitar los atropellos de una posición de dominio (artículo 82 CE). [22]

35. Los acuerdos se traducen en herramientas privilegiadas para lograr una competencia sin trabas, por lo que la Comisión se reservó el poder de dirimir los conflictos con transcendencia comunitaria, [23] y confió al juez nacional los desprovistos de esta relevancia.

36. El considerando quinto de la Directiva 2002/19 rechaza, en un mercado abierto y competitivo, los obstáculos para que las empresas negocien, especialmente cuando los convenios presenten una dimensión transfronteriza, y exige, *en principio,* [24] una discusión de buena fe, sobre una base comercial.

37. Sin embargo, toda intervención estatal en este sector se atiene a la salvaguarda de diversos intereses públicos, como la promoción del desarrollo, el despliegue de las redes e, incluso, la cohesión territorial, económica y social.

38. Por consiguiente, no cabe restringir sin causa la economía de mercado, pues su postergación, siempre bajo el respeto de los principios de idoneidad y proporcionalidad, sólo se tolera en función de las metas que el derecho comunitario persigue.

21 — Gran parte de estas limitaciones, forjadas por la jurisprudencia norteamericana, son perceptibles en el párrafo 91 de la Comunicación de acceso.

22 — La sentencia de 26 de noviembre de 1998, Bronner (C-7/97, Rec. p. I-7791), analizó la jurisprudencia anterior [sentencias de 6 de marzo de 1974, Commercial Solvents/Comisión (6/73 y 7/73, Rec. p. 223); de 3 de octubre de 1985, CBEM (311/84, Rec. p. 3261); y de 6 de abril de 1995, RTE e ITP/Comisión (C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. p. I-743)] y declaró que el dueño del único sistema de reparto de periódicos a domicilio de ámbito nacional no incurre en abuso de posición dominante cuando niega la distribución a otro editor, al haber otras modalidades alternativas, como el correo o la venta en comercios o quioscos, sin que, además, se dieran obstáculos técnicos, reglamentarios o económicos que imposibilitaran o dificultasen a los competidores desplegar su propio sistema de entrega.

23 — Párrafo 26 de la Comunicación de acceso.

24 — La cursiva es mía.

39. Así, el considerando décimo noveno de la Directiva 2002/19 expresa que, «aunque la obligatoriedad de la concesión de acceso a la infraestructuras de la red es justificable como instrumento para aumentar la competencia, las autoridades nacionales de reglamentación han de llegar a un equilibrio entre el derecho del propietario de una infraestructura a la explotación de la misma en beneficio propio y el derecho de otros proveedores de servicios competidores a acceder a recursos que resulten esenciales para el suministro de sus servicios [...]».

40. En este contexto, la Comisión imputa a la República de Polonia un doble incumplimiento con relación a la Directiva 2002/19: por un lado, critica que su Ley regule las potestades de la autoridad nacional de reglamentación, incurriendo en la negociación obligatoria; por otro lado, le reprocha la falta de habilitación para la consecución de ciertos objetivos.

B. *Sobre el primer motivo de incumplimiento*

41. La Comisión denuncia una extralimitación en la transposición del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2002/19, porque Polonia: 1) impone por ley a las empresas la obligación de alcanzar acuerdos, lo que la Directiva contempla como una medida específica de corrección de una situación anómala, a la que se vincula en exclusiva la autoridad nacional de reglamentación; 2) elude las circunstancias que concurran en el sector y no discrimina entre operadores, según su influencia; y 3) confunde la obligación de consensuar la interconexión, pretendida por la Directiva, con la realización de un contrato de acceso.

42. En el actual panorama de las telecomunicaciones en Europa, las obligaciones *ex ante* se legitiman sólo cuando el mercado lo requiere, ante riesgos serios para la libre competencia.

43. La Directiva acceso recoge el guante y confiesa sin ambages, en su considerando décimo tercero, que «[...] el objeto es reducir progresivamente las normas *ex ante* de carácter sectorial, conforme avanza el desarrollo de la competencia [...]», aunque no extraña esa posibilidad cuando el devenir de las nuevas tecnologías dé lugar a un estrangulamiento que reclame su aplicación, por ejemplo, en el ámbito de las redes de acceso de banda ancha.

44. Arroja luz el considerando vigésimo séptimo de la Directiva marco, al aclarar que no hay competencia efectiva en los mercados

en los que una o más empresas actúan con un peso significativo, cuando los mecanismos legislativos, nacionales y comunitarios, «no basten para remediar el problema».

45. Con los años todo evolucionó hasta el punto de proclamar la Directiva marco que se ha logrado «crear las condiciones necesarias para una competencia efectiva en el sector de las telecomunicaciones». [25]

46. Por tanto, acometer la transposición de la normativa comunitaria, [26] conminando a la consecución de pactos, parece contradictorio e implica negar la fundamental premisa de que, en ese estadio, la libre competencia habría de imperar ya como una realidad incuestionable.

47. Podría buscarse una eventual excusa en la hipótesis de que el legislador polaco partiera de una ausencia de libertad verdadera, ante indicios que falsearan su mercado, pero las dudas enseguida se desvanecen, acudiendo a la lógica, ya que entonces se acometería la materialización de otra norma jurídica, mas no de la Directiva acceso, que milita en el «nuevo marco reglamentario».

48. El derecho comunitario no descuida las reacciones ante ciertas patologías excepcionales, susceptibles de infectar una competencia sana.

49. Pero, para diagnosticar las carencias y prescribir el tratamiento adecuado en cada caso, se precisan unas entidades especializadas e imparciales como las autoridades nacionales de reglamentación, llamadas a estos menesteres por la Directiva 2002/19.

50. En el plano interno, a tenor de su artículo 12, apartado 1, corresponde a la autoridad nacional de reglamentación y no

25 — Considerando primero.

26 — Si bien el recurso atañe a la Directiva acceso, no puede obviarse que se inspira en la Directiva marco.

al legislador vigilar que los operadores satisfagan las peticiones razonables de acceso a elementos específicos de las redes y a recursos asociados, así como las relativas a su utilización.

51. Además, esa vigilancia sólo se extiende a los supuestos que, en *numerus apertus,* describe el precepto, como, por ejemplo, cuando se deniega el acceso o se reclaman condiciones excesivas de efecto análogo, que constituyan un obstáculo en un mercado competitivo sostenible a escala minorista.

52. Entre estos correctivos figura «la negociación de buena fe con las empresas que soliciten el acceso» [artículo 12, apartado 1, letra b), de la Directiva 2002/19], con un estudio previo de su conveniencia y una evaluación de su coherencia con los propósitos marcados por el artículo 8 de la Directiva marco (artículo 12, apartado 2, de la Directiva 2002/19), que la autoridad nacional de reglamentación ha de procurar con criterios realistas de índole tecnológica, económica y de justa tutela. [27]

53. El derecho comunitario no desea el automatismo que la República de Polonia imprime desde su poder legislativo; al contrario, propugna que organismos independientes decidan lo que en cada ocasión convenga, una vez analizado el mercado. [28]

54. El proceder del Estado polaco anquilosa así el dinamismo propio del sector, en constante transformación por el continuo progreso que experimentan las comunicaciones electrónicas.

55. Ante la expectativa de que la competencia se desarrolle a ritmos diferentes, según los segmentos y los Estados miembros, no ha de desdeñarse la posibilidad de retroceder, a cuyo fin, las autoridades nacionales de reglamentación han de estar habilitadas para suavizar las obligaciones reglamentarias, cuando la competencia permita obtener los resultados previstos (considerando décimo tercero de la Directiva acceso). [29]

27 — El artículo 12, apartado 2, se refiere a la viabilidad técnica y económica de utilizar o instalar recursos que compitan entre sí, según las condiciones del mercado, la naturaleza y el tipo de interconexión y acceso de que se trate, a la posibilidad de proporcionarlo, a la inversión inicial del propietario, a la necesidad de salvaguardar la competencia a largo plazo, así como a los derechos en materia de propiedad intelectual y al suministro de servicios paneuropeos.

28 — Incluso, el artículo 16, apartado 3, de la Directiva marco exige no imponer ni mantener las servidumbres del apartado 2 (entre las que, por reenvío, se hallan las del artículo 8 de la Directiva acceso), cuando la autoridad nacional adquiera el convencimiento de que el mercado es realmente competitivo.

29 — El artículo 8 de la Directiva acceso, aunque en la órbita de unas cargas distintas (las de los artículos 9 a 13), contempla que las autoridades nacionales de reglamentación tengan la oportunidad de modificarlas o de suprimirlas.

56. La Ley polaca contradice esa flexibilización, ya que, al enunciar tales reservas, genera una congelación del rango de la regulación, que impide al organismo regulador independiente sofocar el fuego de la intervención.

57. La Directiva acceso sistematiza las obligaciones de todos los operadores, respetando los principios de transparencia y de publicidad, [30] aunque acentúa las que conciernen a las compañías con un «peso significativo en el mercado», [31] expresión ilustrativa, a mi juicio, del tránsito del monopolio a la apertura, que encaja mejor que la de «posición dominante» en un escenario sin lastres mercantilistas.

58. Si bien la dotación de la interconexión se perfila con carácter general, hay asimetría en las condiciones de su ejercicio, ya que varían según que la empresa sea más o menos poderosa, pues, de entrada, su exigencia a las de peso significativo no requiere ningún análisis adicional de mercado, [32] sino la mera justificación en términos de idoneidad. [33]

59. De hecho, el artículo 8 de la Directiva acceso se refiere expresamente a la noción de «operador que tiene un peso significativo en un mercado específico» y es objeto de sendas remisiones desde otros preceptos de la Directiva.

60. Su artículo 4 supedita el ofrecimiento del acceso y de la interconexión a las obligaciones que establezca la autoridad nacional de reglamentación, de acuerdo con el artículo 8.

61. Asimismo, el artículo 12, que prevé la medida de negociar de buena fe, encuentra su densidad normativa en el citado artículo 8, dado que las exigencias de las autoridades nacionales de reglamentación han de atender sus directrices.

30 — Saracci, F., en *L'interconnexion, objet du droit communautaire des télécommunications:exemple de régulation (application comparée France-Italie)*, Atelier national de reproduction de thèses, 2004, p. 97, destaca que las telecomunicaciones se dinamizan con los principios clásicos del derecho comunitario, como la igualdad y la no discriminación, calificados por el Tribunal de Justicia como derechos fundamentales [sentencias de 19 de octubre de 1977, Ruckdeschel y otros (117/76 y 16/77, Rec. p. 1753); y de 15 de junio de 1978, Defrenne (149/77, Rec. p. 1365)].

31 — El artículo 14, apartado 2, de la Directiva marco confiere tal carácter al que, individual o conjuntamente con otros, disfruta de una posición equivalente a la de dominio, con tal intensidad económica que su comportamiento pueda apreciarse independientemente de los competidores, de los clientes y, en última instancia, de los consumidores.

32 — Que se deriva con carácter general del artículo 16 de la Directiva 2002/21.

33 — Considerando décimo quinto de la Directiva 2002/19.

62. Esta dualidad de regímenes en función de la fuerza de las empresas no se atisba en la Ley polaca.

63. Además, identificar, al abrigo del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2002/19, «acceso» [34] e «interconexión» [35] abona sin paliativos la tesis del incumplimiento. [36]

64. La interconexión discurre por la senda de las relaciones entre privados, se aproxima a una institución de derecho privado [37] y supone una técnica de interacción de redes con diseños diferentes.

65. A su lado, el concepto de acceso provoca unas repercusiones jurídicas más amplias que la mera conexión de infraestructuras, pues comprende la puesta a disposición de una globalidad de recursos o servicios y, en definitiva, abarca la «interconexión», que constituye un tipo singular de acceso entre operadores de redes públicas [artículo 2, letra b), *in fine,* de la Directiva 2002/19].

66. En esta tesitura, la norma controvertida no sigue los dictados del principio de intervención mínima, trasunto del de proporcionalidad, de contornos bien delimitados en la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, [38] erigido sobre la idoneidad, la necesidad y la ecuación costes-beneficios.

67. Nada añade el argumento del Gobierno de Polonia sobre la pacífica aceptación de su legislación por las compañías de telecomunicaciones, ya que los particulares no pueden manejar la fiel observancia del derecho comunitario, de la misma manera que las

34 — Definido en el artículo 2, letra a), de la Directiva 2002/19.

35 — El artículo 2, letra b), de la Directiva 2002/19 precisa su contenido.

36 — Sorprende que la propia Ley de telecomunicaciones polaca, en su artículo 2, apartado 6, letra a), describa la conexión como un elemento más del acceso.

37 — Saracci, F., *op. cit.*, p.106, y Strubel, X., *Brèves observations sur la nature juridique du contrat d'interconnexion de réseaux de télécomunications*, Lex Electronica, nº 4/1998, en www.lex-electronica.org.

38 — Entre las tempranas, me parecen destacables las sentencias de 17 de diciembre de 1970, Internationale Handelsgesellschaft(11/70, Rec. p. 1125); de 24 de octubre de 1973, Balkan (5/73, Rec. p. 1091); de 28 de octubre de 1975, Rutili (36/75, Rec. p. 1219); de 7 de julio de 1976, Watson y Belmann (118/75, Rec. p. 1185); de 5 de julio de 1977, Bela Mühle (114/76, Rec. p. 1211); de 20 de febrero de 1979, Buitoni (122/78, Rec. p. 677); de 21 de junio de 1979, Atalanta (240/78, Rec. p. 2137); y de 13 de diciembre de 1979, Hauer (44/79, Rec. p. 3727).

simples prácticas administrativas, por naturaleza modificables por la Administración y desprovistas de una publicidad adecuada, no garantizan la adaptación correcta de una directiva. [39]

68. Difieren, pues, los mecanismos arbitrados por la Directiva acceso y los contemplados en la Ley de telecomunicaciones polaca, que se aparta de su matriz porque convierte en regla la excepción, asimila la posibilidad de que la autoridad nacional exhorte a negociar la interconexión con la generalización de la carga de acordar un contrato de acceso y, además, perpetúa una injerencia que el órgano de reglamentación no puede suprimir, ni siquiera modificar, lo que fundamenta el acogimiento del primer motivo esgrimido por la Comisión.

C. *Sobre el segundo motivo de incumplimiento*

69. La Comisión sostiene que el artículo 5, apartado 1, de la Directiva acceso ordena habilitar a la autoridad nacional de reglamentación para terciar, puntualmente, en pos de los objetivos del artículo 8 de la Directiva marco, mediante la fijación de condiciones transparentes, proporcionadas y no discriminatorias, facultades excepcionales de las que, en su opinión, carece la Ley polaca.

70. De nuevo, hay que buscar la clave en la Directiva 2002/21, cuyo artículo 8 encabeza el capítulo tercero, dedicado a la «misión de las autoridades nacionales de reglamentación». [40]

71. Aunque comparto con el Gobierno demandado que el artículo 8 de la Directiva marco hace gala de una enorme generalidad, la técnica legislativa, en concreto la de las directivas, acarrea en ocasiones un elevado grado de abstracción, para otorgar el suficiente margen de maniobra a los Estados miembros y preservar así su eficacia.

72. En cualquier caso, los apartados 2, 3 y 4 del referido artículo 8 sistematizan los desig-

39 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de marzo de 1997, Comisión/Francia (C-197/96, Rec. p. I-1489); de 9 de marzo de 2000, Comisión/Italia (C-358/98, Rec. p. I-1255); y de 10 de marzo de 2005, Comisión/Reino Unido (C-33/03, Rec. p. I-1865).

40 — El artículo 5 de la Directiva 2002/19 se remite a los objetivos del artículo 8 de la Directiva 2002/21.

nios de preservar, respectivamente, la competencia en las redes de comunicaciones electrónicas, el fomento del mercado interior y la promoción de los intereses de los ciudadanos en la Unión Europea.

73. El Tribunal de Justicia, en su reciente sentencia de 31 de enero de 2008 [41] (apartado 81), identificó, en el artículo 8 de la Directiva marco, el mandato de tomar, a través de las autoridades nacionales de reglamentación, todas las medidas razonables encaminadas a fomentar una competencia real y sin obstáculos, declaración que debilita el mero carácter programático que, con insistencia, le imputa Polonia.

74. En esta tesitura, la aplicación uniforme del derecho comunitario y el principio de igualdad determinan que el sentido y el alcance del precepto imperen también de manera uniforme, máxime ante la ausencia de remisiones expresas al derecho nacional. [42]

75. La jurisprudencia matizó que la adaptación del ordenamiento interno no acarrea necesariamente una transcripción formal y literal de la norma europea, pues basta que el contexto jurídico asegure su plena aplicación de modo claro y preciso. [43]

76. El argumento de que en el seno del Estado miembro no tengan lugar actividades incompatibles con las previsiones comunitarias no avala la preterición de la ley nacional. [44]

77. Para resolver el trance, hay que destacar que el artículo 5, apartado 1, de la Directiva acceso comporta el encargo permanente, [45] dirigido a los organismos reguladores, de observar el mercado, para impulsar y respaldar la adecuación del acceso, la interconexión y la operabilidad de los servicios.

78. Por tanto, la habilitación, cuya falta denuncia la Comisión, no sólo ha de facilitar los eventuales movimientos aislados de las

41 — Sentencia Centro Europa 7 (C-380/05, aún no publicada en la Recopilación).

42 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de enero de 1984, Ekro (327/82, Rec. p. 107); de 19 de septiembre de 2000, Linster (C-287/98, Rec. p. I-6917); y de 18 de octubre de 2007, Österreichischer Rundfunk (C-195/06, Rec. p. I-8817).

43 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de abril de 1988, Comisión/Francia (252/85, Rec. p. 2243).

44 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 15 marzo de 1990, Comisión/Países Bajos (C-339/87, Rec. p. I-851).

45 — Coincido en este aspecto con las alegaciones del Gobierno polaco.

autoridades de reglamentación, sino que también ha de perseguir una facultad de control, lo que se ignora en el escrito de recurso.

79. El artículo 5 de la Directiva 2002/19 introduce, «en particular», una serie de obligaciones que las entidades de regulación han de estar en disposición de reclamar para garantizar la conexión de extremo a extremo y el acceso de los usuarios finales a los servicios digitales de radiodifusión y televisión (apartado 1, segundo párrafo).

80. Pero no lo hace de manera cerrada, sino con la apertura suficiente para responsabilizarlas de su imposición, en condiciones de eficiencia, de competencia sostenible y del máximo beneficio para los consumidores.

81. Esta tesis ha sido refrendada por la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de diciembre de 2001, [46] que indagó los poderes de estas autoridades en la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión de las telecomunicaciones para salvaguardar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la puesta en marcha de los principios de la oferta de red abierta. [47]

82. Este pronunciamiento, [48] que afectó al Reino de España, brindó a la República de Polonia un cobijo no tan efímero como el que Frédéric Chopin encontró, junto a George Sand, en la Cartuja de Jesús Nazareno de Valldemosa, [49] puesto que, sobre una suerte de vinculación positiva [50] de las administraciones nacionales a la Directiva interconexión, les reconoció un extenso abanico de facultades, de modo que, además de fomentar acuerdos negociados entre competidores, también establecieran *ex ante* [51] el acceso al bucle de abonado y la interconexión en las centrales de conmutación locales y de nivel superior.

46 — Sentencia Telefónica de España (C-79/00, Rec. p. I-10075).

47 — DO L 199, p. 32.

48 — En el que se siguen las conclusiones del abogado general Jacobs presentadas el 21 de junio de 2001.

49 — La célebre pareja, con los hijos de la escritora, se instaló en Mallorca en el otoño de 1838, con la esperanza de gozar de un invierno benigno que atenuara la tuberculosis que aquejaba al músico polaco, aunque las inclemencias del tiempo y, específicamente, la humedad precipitaron su partida en febrero de 1839, no sin antes avanzar en la composición de sus 24 Preludios *op.* 28, tras recibir desde París, solventados unos tediosos trámites aduaneros, el piano Pleyel que había encargado. George Sand reflejó en un ambiente intimista y romántico sus experiencias en la isla en *Un hiver à Majorque,* Ed. Cort, 2004.

50 — Susceptible de enunciarse como «todo lo que no prohíba la Directiva resulta permitido».

51 — Frente al de peso significativo en el mercado.

83. Ante estos avatares, que denotan la indefinición de los poderes de las entidades de regulación, el argumento de la Comisión padece de insuficiencia probatoria [52] y se aviene mal con la postulada falta de diligencia en la transposición del artículo 5 de la Directiva acceso, ya que los artículos 26 a 30 de la Ley polaca de telecomunicaciones, conforme a lo expuesto, confieren a la autoridad de reglamentación unas amplias posibilidades de intervención. [53]

84. Además, aunque coincido con la recurrente en que no convendría supeditar estas potestades a la existencia de un litigio previo entre operadores, tampoco cabe deducir de la Directiva acceso una interdicción en este sentido, pues, si bien los artículos 26 a 30 de la Ley polaca se circunscriben al ámbito de un procedimiento administrativo, no acontece lo mismo con su artículo 45, que decididamente exhorta al presidente de la UKE a recabar las obligaciones reglamentarias indispensables para cumplir los enunciados del artículo 1, apartados 2 y 3, de la Ley de comunicaciones, coincidentes con los descritos en el artículo 8 de la Directiva marco.

52 — En un recurso por incumplimiento, próximo en contenido al de autos, la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de enero de 2008, Comisión/Finlandia (C-387/06, aún no publicada en la Recopilación), rechazó que la norma interna limitara las facultades de la autoridad reglamentaria, ya que la Comisión no procedió a su examen circunstanciado ni demostró que el órgano nacional no pudiera adoptar las medidas pertinentes para la consecución de los objetivos del artículo 8 de la Directiva marco.

53 — Abstracción hecha del exceso en el que incurren, que fundamenta precisamente el acogimiento del primer motivo de incumplimiento.

85. No aprecio, por consiguiente, el incumplimiento que a través del segundo motivo patrocina la Comisión, pues los fines proclamados de forma general por el derecho comunitario [54] reciben respuesta al amparo del bloque normativo de los artículos 26 a 30 y 45 de la Ley nacional controvertida.

V. Sobre las costas

86. Según los apartados 2 y 3 del artículo 69 del Reglamento de Procedimiento, ante la estimación parcial del recurso, el Tribunal de Justicia puede repartir las costas entre los litigantes o declarar que cada uno abone las causadas a su instancia.

87. La admisión de uno solo de los dos motivos esgrimidos por la Comisión frente a la República de Polonia aconseja, por razones de equidad, que cada parte asuma las costas derivadas de su actuación.

54 — He de insistir en el artículo 5 de la Directiva 2002/19, con relación al artículo 8 de la Directiva 2002/21.

VI. Conclusión

88. En atención a las anteriores consideraciones, sugiero al Tribunal de Justicia:

«1) Declarar que la República de Polonia ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, al imponer *ex lege* a todos los operadores de telecomunicaciones la obligación de negociar un contrato de acceso.

2) Desestimar el recurso en todo lo demás.

3) Condenar a cada parte a abonar sus propias costas».