Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. ANTHONY MICHAEL COLLINS
presentadas el 9 de junio de 2022 [1]

Asunto C-243/21

«TOYA» sp. z o.o.,
Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji
contra
Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej,
con intervención de:
Polska Izba Komunikacji Elektronicznej

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsovia, Polonia)]

«Procedimiento prejudicial — Telecomunicaciones — Directiva 2014/61/UE — Artículo 3 — Competencia de la autoridad nacional de reglamentación para imponer condiciones de acceso a la infraestructura física a un operador sin peso significativo en el mercado — Ausencia de conflicto sobre el acceso — Artículo 1, apartado 3 — Armonización mínima»

I. Introducción

1. En la presente petición de decisión prejudicial planteada por el Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsovia, Polonia), se suscitan dos cuestiones relacionadas con la interpretación de la Directiva 2014/61/UE relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad. [2] En primer lugar, ¿se opone la Directiva 2014/61, en relación con la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) [3] y con la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), [4] a que la autoridad nacional de reglamentación pueda imponer condiciones a un suministrador de redes de comunicaciones electrónicas que no tiene un peso significativo en el mercado (en lo sucesivo, PSM) de que se trata? En segundo lugar, ¿se opone la Directiva 2014/61 a que la autoridad nacional de reglamentación pueda imponer condiciones a los operadores de telecomunicaciones para autorizar el acceso a su infraestructura física en ausencia de conflicto sobre dicho acceso?

[1] Lengua original: inglés.

[2] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014 (DO 2014, L 155, p. 1).

[3] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 (DO 2002, L 108, p. 33), en su versión modificada (en lo sucesivo, «Directiva marco»).

[4] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002 (DO 2002, L 108, p. 7), en su versión modificada (en lo sucesivo, «Directiva acceso»).

II. Marco jurídico

A. Derecho de la Unión

1. Directiva marco

2. En los considerandos de la Directiva marco se enuncian, en particular, los siguientes objetivos:

«(25) Existe la necesidad de imponer obligaciones *ex ante* en determinadas circunstancias para garantizar el desarrollo de un mercado competitivo. La definición de [PSM] contenida en la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP) […], ha demostrado su eficacia en las primeras fases de la apertura del mercado en tanto que umbral de las obligaciones *ex ante*, aunque ahora debe ser adaptada para ajustarla a unos mercados más complejos y dinámicos. Por esta razón, la definición utilizada en la presente Directiva es equivalente al concepto de posición dominante que se define en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal [General] de las Comunidades Europeas.

[…]

(27) Resulta esencial que estas obligaciones reglamentarias *ex ante* solo puedan imponerse cuando no exista competencia efectiva, esto es, en los mercados en los que existan una o más empresas con un peso significativo, y cuando las soluciones previstas en la legislación sobre competencia nacional y comunitaria no basten para remediar el problema. […]»

3. El capítulo III de la Directiva marco se titula «Misión de las autoridades nacionales de reglamentación». Su artículo 8 fija los objetivos generales y principios reguladores. El artículo 8, apartado 5, letra f), establece que las autoridades nacionales de reglamentación deberán imponer obligaciones reglamentarias *ex ante* únicamente cuando no exista una competencia efectiva y sostenible. En cuanto se cumpla dicha condición, deberán suavizar o suprimir dichas obligaciones.

4. El capítulo IV de la Directiva marco lleva por título «Disposiciones generales». El artículo 14 define el PSM. El artículo 16 describe el procedimiento de análisis del mercado que deberán llevar a cabo las autoridades nacionales de reglamentación para determinar si uno de los mercados pertinentes es realmente competitivo: cuando uno de los mercados no sea realmente competitivo, la autoridad nacional de reglamentación deberá establecer qué empresas tienen un PSM.

2. Directiva acceso

5. Con arreglo al artículo 8, apartado 2, de la Directiva acceso:

«Cuando resulte del análisis de mercado efectuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 16 de [la Directiva marco] que un operador tiene un [PSM] específico, las autoridades nacionales de reglamentación impondrán, según proceda, las obligaciones establecidas en los artículos 9 a 13 de la presente Directiva.»

6. Las obligaciones establecidas en los artículos 9 a 13 de la Directiva acceso se refieren a: i) la transparencia, en particular la exigencia de que los operadores publiquen una oferta de referencia;[5] ii) la no discriminación; iii) el mantenimiento de cuentas separadas; iv) el acceso a recursos específicos de las redes y su utilización, y v) el control de precios y la contabilidad de costes.

7. El artículo 8, apartado 3, de la Directiva acceso establece que, sin perjuicio de lo dispuesto en sus artículos 5, apartado 1, y 6, así como en los artículos 12 y 13 de la Directiva marco, las autoridades nacionales de reglamentación no impondrán las obligaciones establecidas en los artículos 9 a 13 de la Directiva acceso a los operadores que no tengan un PSM en un mercado específico.

3. Directiva 2014/61

8. En los considerandos de la Directiva se explican sus objetivos como sigue:

«(6) Teniendo en cuenta la necesidad de actuar a escala de la Unión para ofrecer una mejor cobertura de banda ancha, en particular mediante la reducción de los costes de las infraestructuras de banda ancha de alta velocidad reflejadas en las Conclusiones del Consejo Europeo de los días 13 y 14 de diciembre de 2012, la Comunicación de la Comisión titulada "Acta del Mercado Único II" subraya la necesidad de esfuerzos adicionales para alcanzar rápidamente los objetivos fijados en la Agenda Digital para Europa, entre otras cosas abordando el reto de la inversión en redes de alta velocidad.

(7) El despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad fijas e inalámbricas en toda la Unión requiere inversiones sustanciales, una proporción significativa de las cuales debe cubrir el coste de la obra civil. Limitar alguna de las obras de ingeniería civil costosas aportará mayor eficacia al despliegue de la banda ancha.

(8) Una parte importante de esos costes puede atribuirse a ineficiencias en el proceso de despliegue que guardan relación con la utilización de la infraestructura pasiva existente (como por ejemplo, conductos, cámaras subterráneas, bocas de inspección, distribuidores, postes, mástiles, instalaciones de antenas, torres y otras construcciones de soporte), puntos de estrangulamiento relacionados con la coordinación de las obras civiles, procedimientos administrativos de concesión de permisos engorrosos y puntos de estrangulamiento relacionados con el despliegue de las redes en el interior de los edificios, que generan impedimentos de índole financiera, en particular en las zonas rurales.

(9) Las medidas destinadas a aumentar la eficiencia en la utilización de las infraestructuras existentes y reducir los costes y los obstáculos en la realización de nuevas obras civiles deben aportar una contribución sustancial para garantizar un rápido y amplio despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, manteniendo al mismo tiempo una competencia efectiva, sin que se produzca un impacto negativo en la seguridad, protección y buen funcionamiento de las infraestructuras públicas existentes.

[5] Artículo 9, apartados 2 y 4, de la Directiva acceso.

(10) Algunos Estados miembros han adoptado medidas destinadas a reducir los costes del despliegue de la banda ancha. Sin embargo, estas prácticas siguen siendo escasas y dispersas. La generalización de esas mejores prácticas en toda la Unión podría contribuir notablemente a la creación de un mercado único digital. Por otra parte, las diferencias en los requisitos reglamentarios impiden en ocasiones la cooperación entre empresas de servicio público y pueden crear barreras a la entrada de nuevos operadores de redes y a las nuevas oportunidades de negocio, obstaculizando el desarrollo de un mercado interior para el uso y el despliegue de infraestructuras físicas para las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad. Por último, las iniciativas a nivel de los Estados miembros no siempre parecen tener el necesario carácter global, cuando resulta esencial tomar medidas referidas a todo el proceso de despliegue, y a todos los sectores, si se quieren obtener efectos significativos y coherentes.

(11) La presente Directiva tiene por objeto establecer unos derechos y obligaciones mínimos aplicables en toda la Unión con el fin de facilitar el despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad y la coordinación intersectorial. Al tiempo que se garantizan unas condiciones mínimas de igualdad, es preciso hacerlo sin perjuicio de las mejores prácticas existentes y de las medidas adoptadas a nivel nacional y local que impliquen disposiciones y condiciones más detalladas, así como de las medidas adicionales que complementen estos derechos y obligaciones, de conformidad con el principio de subsidiariedad.

[…]

(13) Para los operadores de redes de comunicaciones electrónicas, en particular los nuevos, puede ser significativamente más eficiente reutilizar las infraestructuras físicas existentes, incluidas las de otras empresas de servicio público, para desplegar redes de comunicaciones electrónicas, especialmente en las zonas en las que no se disponga de una red de comunicaciones electrónicas adecuada, o cuando no sea económicamente viable construir una nueva infraestructura física. Además, las sinergias entre sectores pueden reducir significativamente la necesidad de las obras civiles necesarias para el despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas y, por lo tanto, también los costes sociales y ambientales ligados a ellos, tales como la contaminación, las molestias y la congestión del tráfico. Por tanto, la presente Directiva debe aplicarse no solo a los suministradores de redes de comunicaciones públicas, sino a cualquier propietario o titular de los derechos de utilización (en el caso de estos últimos, sin perjuicio de cualesquiera derechos de propiedad de terceros) de infraestructuras físicas amplias y ubicuas adecuadas para albergar elementos de las redes de comunicaciones electrónicas, tales como las redes físicas de suministro de electricidad, gas, agua y alcantarillado y sistemas de drenaje, calefacción y servicios de transporte.

(14) Con objeto de mejorar el despliegue de las redes electrónicas de comunicaciones de alta velocidad en el mercado interior, la presente Directiva debe establecer derechos de acceso de los suministradores de redes públicas de comunicaciones a las infraestructuras físicas, con independencia de su ubicación, en condiciones justas y razonables que sean acordes con el ejercicio normal de los derechos de propiedad. La obligación de dar acceso a una infraestructura física debe entenderse sin perjuicio de los derechos del propietario del suelo o del edificio en que esté ubicada la infraestructura.»

9. A tenor del artículo 1 de la Directiva 2014/61, titulado «Objeto y ámbito de aplicación»:

«1. La presente Directiva pretende facilitar e incentivar el despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad fomentando la utilización conjunta de las infraestructuras físicas existentes y el despliegue más eficiente de otras nuevas, de manera que resulte posible desplegar dichas redes a un menor coste.

2. La presente Directiva establece los requisitos mínimos aplicables a las obras civiles e infraestructuras físicas, con vistas a la aproximación de determinados aspectos de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en esos ámbitos.

3. Los Estados miembros podrán mantener o introducir medidas conformes con el Derecho de la Unión que superen los requisitos mínimos establecidos por la presente Directiva a fin de alcanzar mejor el objetivo contemplado en el apartado 1.

4. Si las disposiciones de la presente Directiva entraran en conflicto con una disposición de [la Directiva marco], [la Directiva acceso], la Directiva 2002/20/CE,[6] la Directiva 2002/22/CE[7] y la Directiva 2002/77/CE,[8] prevalecerán las disposiciones correspondientes de dichas Directivas.»

10. De conformidad con el artículo 3 de la Directiva 2014/61:

«1. Los Estados miembros garantizarán que todos los operadores de redes tengan derecho a ofrecer a las empresas autorizadas para suministrar redes de comunicaciones electrónicas acceso a su infraestructura física con vistas al despliegue de elementos de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad. De manera recíproca, los Estados miembros podrán disponer que los operadores de redes públicas de comunicaciones tengan derecho a ofrecer el acceso a su infraestructura física a fines de despliegue de redes distintas de las redes de comunicaciones electrónicas.

2. Los Estados miembros garantizarán que, previa petición escrita de una empresa que suministre o esté autorizada para suministrar redes públicas de comunicaciones, los operadores de redes tengan la obligación de atender todas las solicitudes razonables de acceso a su infraestructura física en condiciones equitativas y razonables, en particular en cuanto al precio, con vistas al despliegue de elementos de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad. Dicha petición escrita especificará los elementos del proyecto para el que se solicite el acceso, con inclusión de un plazo específico.

[…]

5. Los Estados miembros exigirán que el organismo nacional de resolución de controversias a que se refiere el apartado 4, adopte, teniendo plenamente en cuenta el principio de proporcionalidad, una decisión vinculante para resolver el conflicto iniciado con arreglo al apartado 4, incluida la fijación de condiciones y precios equitativos y razonables cuando proceda.

[6] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) (DO 2002, L 108, p. 21)

[7] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal) (DO 2002, L 108, p. 51)

[8] Directiva de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DO 2002, L 249, p. 21).

El organismo nacional de resolución de controversias resolverá el conflicto, en el plazo más breve posible y, en cualquier caso, en el plazo máximo de cuatro meses a partir de la fecha de recepción de la solicitud completa salvo en circunstancias excepcionales, sin perjuicio de la posibilidad de que cualquiera de las partes someta el asunto a los tribunales.

Cuando la diferencia esté relacionada con la infraestructura de un suministrador de redes de comunicaciones electrónicas y el organismo nacional de resolución de controversias sea la autoridad nacional de reglamentación tendrá en cuenta, según proceda, los objetivos establecidos en el artículo 8 de [la Directiva marco]. […]

[…]»

11. El artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2014/61 establece que las empresas que suministren redes públicas de comunicaciones electrónicas tienen derecho a acceder, previa solicitud, a información mínima relativa a las infraestructuras físicas existentes de cualquier operador de redes.

B. Derecho polaco

12. El artículo 17, apartados 1 y 2, de la Ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Ley de Fomento de los Servicios y Redes de Telecomunicaciones, de 7 de mayo de 2010; en lo sucesivo, «Ley de Fomento») dispone:

«1. El operador de red ofrecerá a las empresas de telecomunicaciones acceso a la infraestructura física, en particular a su uso compartido, para desplegar una red de telecomunicaciones de alta velocidad.

2. El acceso a la infraestructura física estará supeditado al pago de una tarifa, salvo que las partes del contrato acuerden lo contrario.»

13. El artículo 18, apartados 1 a 3 y 6 a 8, de la Ley de Fomento dispone:

«1. Las partes del contrato de acceso a la infraestructura física, que deberá celebrarse por escrito, so pena de nulidad, determinarán las condiciones de dicho acceso, en particular las condiciones técnicas, operativas y financieras de la cooperación.

2. El presidente de la UKE [9] podrá instar al operador de red a que facilite información sobre las condiciones de acceso a la infraestructura física.

3. Después de que el operador de red proporcione la información sobre las condiciones de acceso a la infraestructura física, el presidente de la UKE, siguiendo los criterios establecidos en el artículo 22, apartados 1 a 3, podrá determinar, mediante resolución, las condiciones de acceso a la infraestructura física. El artículo 22, apartado 4, se aplicará *mutatis mutandis*.

[…]

[9] Según se define en el punto 15 de las presentes conclusiones.

6. El operador de red destinatario de una resolución sobre la determinación de las condiciones de acceso a la infraestructura física deberá celebrar los contratos a que se refiere el apartado 1 con arreglo a unas condiciones que no sean menos favorables que las establecidas en dicha resolución.

7. El operador de red destinatario de una resolución sobre la determinación de las condiciones de acceso a la infraestructura física publicará en su sitio web las condiciones de acceso actuales.

8. El operador de red destinatario de una resolución sobre la determinación de las condiciones de acceso a la infraestructura física facilitará al presidente de la UKE la información relativa a la dirección de su sitio web en el plazo de siete días desde la fecha de publicación en dicho sitio web de las condiciones que rigen el referido acceso. La información relativa a la dirección del sitio web será facilitada por el punto de información en materia de telecomunicaciones del territorio de la República de Polonia, en lo sucesivo denominado "punto de información en materia de telecomunicaciones" […]».

14. El artículo 22, apartados 1 a 3, de la Ley de Fomento dispone:

«1. El presidente de la UKE dictará una resolución sobre el acceso a la infraestructura física en el plazo de sesenta días a partir de la fecha de presentación de la solicitud de acceso, teniendo en consideración, en particular, la necesidad de garantizar unas condiciones de acceso no discriminatorias y que sean proporcionadas.

2. Al dictar una resolución sobre el acceso a la infraestructura física de una empresa de telecomunicaciones, el presidente de la UKE velará por que las tarifas de este acceso permitan recuperar los costes soportados por dicha empresa, habida cuenta, en particular, de los objetivos enunciados en el artículo 8 de la Directiva 2002/21 y de la incidencia del acceso a la infraestructura física en su plan de negocio, especialmente en las inversiones realizadas en redes de telecomunicaciones de alta velocidad.

3. Las tarifas de acceso a la infraestructura física de una entidad que realice funciones de interés público se fijarán en un importe que permita recuperar parte de los costes que soporta para mantener dicha infraestructura.»

III. Litigio principal y cuestiones prejudiciales

15. De conformidad con el artículo 17 de la Ley de Fomento, el 10 de mayo de 2017, el Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (presidente de la Oficina de Comunicaciones Electrónicas, Polonia; en lo sucesivo, «presidente de la UKE») instó a TOYA, sp. Z o.o., empresa de telecomunicaciones y operador de red, a que facilitara información sobre las condiciones de acceso a su infraestructura física. El 6 de diciembre de 2017, el presidente de la UKE inició un procedimiento administrativo para determinar las condiciones de acceso a la infraestructura física de TOYA. Entre el 8 de marzo y el 7 de abril de 2018, y entre el 3 de julio y el 2 de agosto de 2018, respectivamente, el presidente de la UKE llevó a cabo dos consultas independientes en el marco de este procedimiento. El 11 de septiembre de 2018, el presidente de la UKE dictó, con arreglo a la legislación nacional de transposición de la Directiva 2014/61, una resolución mediante la que obligó a TOYA a garantizar su disponibilidad para concluir contratos y para aceptar peticiones de acceso a su infraestructura física (en lo sucesivo, «resolución controvertida»). En esa fecha, el presidente de la UKE dictó seis resoluciones análogas, relativas a otros seis operadores de telecomunicaciones.

16. La resolución controvertida indica que su fundamento jurídico es, en particular, el artículo 18, apartado 3, de la Ley de Fomento, en relación con su artículo 17. Determina las condiciones de acceso a la infraestructura física de TOYA en lo relativo a la canalización de cables (anexo 1) y de telecomunicaciones de edificios (anexo 2). Obliga a TOYA a garantizar su disponibilidad para concluir contratos marco y contratos particulares y para aceptar peticiones de acceso a su infraestructura física con arreglo a las condiciones de acceso antes mencionadas.

17. La resolución controvertida considera justificado invocar el artículo 17, apartado 1, de la Ley de Fomento como fundamento jurídico para garantizar a las empresas de telecomunicaciones acceso a la infraestructura física, lo que incluye el uso compartido de dicha infraestructura, con el fin de desplegar una red de telecomunicaciones de alta velocidad. En el epígrafe relativo a los objetivos de la reglamentación, la resolución controvertida indica que el presidente de la UKE tuvo en cuenta varios documentos estratégicos, entre ellos la Agenda Digital mencionada en el punto 34 de las presentes conclusiones y los objetivos previstos en la Directiva 2014/61, en particular los enunciados en sus considerandos 4 a 9. Asimismo, la resolución controvertida precisa que contribuirá a conciliar los plazos, los procedimientos y las tarifas de mercado inherentes a la puesta a disposición del sistema de canalización de cables.

18. La resolución controvertida hace referencia a la oposición formulada por la PIKE, [10] según la cual se ha vulnerado el principio de proporcionalidad en lo que concierne a entidades con una cuota de mercado pequeña en relación con las cuales no se habían identificado problemas de mercado. En respuesta a esta oposición, la resolución controvertida precisó que el procedimiento ante el presidente de la UKE tenía por objeto la solución de conflictos relativos al acceso a la canalización de cables. En cuanto a las circunstancias en las que el presidente de la UKE está facultado para adoptar resoluciones que determinen las condiciones de acceso a la infraestructura física, la Ley de Fomento no hace referencia a la envergadura de la infraestructura poseída ni al número de conflictos.

19. La resolución controvertida también hace referencia a los requisitos establecidos en el artículo 22, apartados 1 y 2, de la Ley de Fomento, con arreglo al cual el presidente de la UKE dictará una resolución sobre el acceso a la infraestructura física que tenga en consideración la necesidad de garantizar unas condiciones de acceso no discriminatorias y proporcionadas, y fijará unas tarifas que permitan a las empresas de telecomunicaciones recuperar los costes soportados para facilitar dicho acceso. Ello incluye la consideración de los objetivos enunciados en el artículo 8 de la Directiva marco.

20. TOYA recurrió la resolución controvertida ante el Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsovia). TOYA considera que, en virtud de los artículos 3, apartados 2 y 5, y 4 de la Directiva 2014/61, así como de su considerando 12, en relación con el artículo 8, apartados 2 y 3, de la Directiva acceso y el artículo 8, apartado 5, letra f), de la Directiva marco, las autoridades nacionales de reglamentación solo pueden exigir la publicación de una oferta de referencia en el sentido del artículo 9 de la Directiva acceso a los operadores de telecomunicaciones que tengan un PSM. A su parecer, la resolución controvertida es contraria al Derecho de la Unión porque no se

[10] La Polska Izba Komunikacji Elektronicznej w Warszawie (PIKE) (Cámara Polaca de Comunicaciones Electrónicas de Varsovia, Polonia; en lo sucesivo, «PIKE») formuló observaciones en el procedimiento ante el presidente de la UKE y apoya a TOYA en el litigio ante el órgano jurisdiccional remitente. La Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (PIIT) (Cámara Polaca de Tecnología de la Información y Telecomunicaciones, Polonia; en lo sucesivo «PIIT») interpuso también un recurso contra la resolución controvertida. Si bien el órgano jurisdiccional remitente ha acumulado ambos recursos, los motivos formulados por la PIIT no son pertinentes para la presente petición de decisión prejudicial.

ha procedido a un análisis de mercado para determinar que TOYA tiene un PSM, y tampoco existe un conflicto sobre el acceso a la infraestructura física en el sentido del artículo 3, apartado 5, de la Directiva 2014/61.

21. El órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre la compatibilidad con el Derecho de la Unión de las disposiciones del Derecho nacional en las que se basa la resolución controvertida y, en particular, sobre la interpretación de la Directiva 2014/61 a la luz de la Directiva acceso. Además, habida cuenta de que dicha Directiva y las Directivas marco fueron derogadas y sustituidas por la Directiva (UE) 2018/1972 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas,[11] el órgano jurisdiccional remitente desea conocer qué directivas de la Unión son aplicables. Por lo tanto, este último decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 8, apartado 3, de [la Directiva acceso], en relación con los artículos 3, apartado 5, y 1, apartados 3 y 4, de la Directiva [2014/61], en el sentido de que se opone a que la autoridad nacional de reglamentación pueda imponer a un operador que dispone de infraestructura física y es simultáneamente proveedor de servicios o redes de comunicación electrónica disponibles para el público, pero que no ha sido designado como operador con [PSM], la obligación de aplicar condiciones establecidas *ex ante* por dicha autoridad, que regulan las condiciones de acceso a la infraestructura física de ese operador, incluidas las normas y formas de celebración de contratos y las tarifas de acceso aplicables, con independencia de que exista un conflicto sobre el acceso a la infraestructura física de dicho operador y una competencia efectiva en el mercado?

En su caso (variante II):

2) ¿Debe interpretarse el artículo 67, apartados 1 y 3, de la Directiva [2018/1972], en relación con el artículo 68, apartados 2 y 3, de esta y con los artículos 3, apartado 5, y 1, apartados 3 y 4, de la Directiva [2014/61], en el sentido de que se opone a que la autoridad nacional de reglamentación pueda imponer a un operador que dispone de una infraestructura física y es simultáneamente proveedor de servicios o redes de comunicación electrónica disponibles para el público, pero que no ha sido designado como operador con [PSM], la obligación de aplicar condiciones establecidas *ex ante* por dicha autoridad, que regulan las condiciones de acceso a la infraestructura física de ese operador, incluidas las normas y formas de celebración de contratos y las tarifas de acceso aplicables, con independencia de que exista un conflicto sobre el acceso a la infraestructura física de dicho operador y una competencia efectiva en el mercado?»

22. TOYA, el presidente de la UKE, los Gobiernos griego y polaco y la Comisión Europea han presentado observaciones escritas.

[11] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 (DO 2018, L 321, p. 36).

IV. Análisis jurídico

A. Alcance de la petición de decisión prejudicial

23. Tengo tres observaciones en lo que respecta al alcance de la petición de decisión prejudicial. La primera de ellas se refiere a las dudas que alberga el órgano jurisdiccional remitente en cuanto a cuál de las directivas de la Unión es aplicable *ratione temporis*.

24. La resolución controvertida fue dictada el 11 de septiembre de 2018. Como señalan el órgano jurisdiccional remitente y TOYA, continuó produciendo efectos después de que tanto la Directiva marco como la Directiva acceso quedaran derogadas por el artículo 125 de la Directiva 2018/1972 a partir del 21 de diciembre de 2020.

25. La Directiva marco y la Directiva acceso estaban en vigor en el momento en que se adoptó la resolución controvertida. Por lo tanto, son pertinentes para apreciar la compatibilidad con el Derecho de la Unión de las disposiciones del Derecho nacional en las que se basa dicha resolución. La Directiva 2018/1972 sigue estando en vigor en la fecha de las presentes conclusiones y no existen dudas con respecto a su aplicabilidad.

26. De ello se deduce que procede que el Tribunal de Justicia responda a la primera cuestión prejudicial planteada por el órgano jurisdiccional remitente, y no a la segunda.

27. En segundo lugar, las observaciones presentadas por TOYA, el presidente de la UKE y el Gobierno polaco contienen análisis detallados de la resolución controvertida y de su fundamento jurídico.[12] Sin embargo, como reconoce TOYA, en el marco de un procedimiento con arreglo al artículo 267 TFUE, basado en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia, solo el juez nacional es competente para constatar y apreciar los hechos del litigio principal y para interpretar y aplicar el Derecho nacional.[13] No corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre la naturaleza o las características de una resolución nacional o sobre su fundamento jurídico en el Derecho nacional.

28. En tercer lugar, la Comisión precisa en sus observaciones que las competencias de las autoridades nacionales de reglamentación para imponer condiciones *ex ante* sobre la base de la Directiva 2014/61 están supeditadas al respeto de determinados principios y al cumplimiento de determinados requisitos de procedimiento derivados de dicha Directiva, de la Directiva marco, de la Directiva acceso y de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De la resolución de remisión no se desprende que el órgano jurisdiccional remitente solicite al Tribunal de Justicia que aclare esta cuestión. Además, ninguna de las otras partes se refirió a ella en sus observaciones. Por todas estas razones, dichas consideraciones no requieren la atención del Tribunal de Justicia.

[12] TOYA considera que la resolución controvertida tiene todas las características de una resolución dirigida a un operador con PSM, pero que no presenta las características de una resolución relativa a la solución de un conflicto de acceso en virtud del artículo 3 de la Directiva 2014/61. El Gobierno polaco y el presidente de la UKE discrepan. Destacan que la Directiva acceso y la Directiva marco, por una parte, y la Directiva 2014/61, por otra, han sido transpuestas al Derecho polaco mediante dos leyes diferentes, a saber, la Ustawa r. prawo telekomunikacyjne (Ley de Telecomunicaciones de 16 de julio de 2004) y la Ley de Fomento. Con arreglo al Derecho polaco, existen diferencias significativas entre las ofertas de referencia publicadas por los operadores con PSM conforme a lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Telecomunicaciones, de 16 de julio de 2004, y las resoluciones relativas al acceso a la infraestructura física en el sentido de los artículos 17 y 18 de la Ley de Fomento. En su opinión, la resolución controvertida se dictó en el ejercicio de las competencias atribuidas al presidente de la UKE por los artículos 17 y 18 de la Ley de Fomento, disposiciones que transponen la Directiva 2014/61.

[13] Sentencia de 9 de julio de 2020, Raiffeisen Bank y BRD Groupe Société Générale (C-698/18 y C-699/18, EU:C:2020:537), apartado 46.

B. Primera cuestión prejudicial

29. Como se indica en la introducción de las presentes conclusiones, la primera cuestión prejudicial parece estar constituida por dos elementos. En primer lugar, en relación con la Directiva acceso, ¿se opone la Directiva 2014/61 a que la autoridad nacional de reglamentación pueda imponer condiciones de acceso a los suministradores de redes de comunicaciones electrónicas que no tengan un PSM? En segundo lugar, ¿se opone la Directiva 2014/61 a que la autoridad nacional de reglamentación pueda imponer dichas condiciones en ausencia de un conflicto sobre el acceso a la infraestructura física?

30. TOYA considera que estos dos elementos deberían recibir una respuesta afirmativa.[14] El presidente de la UKE, los Gobiernos griego y polaco y la Comisión discrepan, pero por diferentes motivos. El Gobierno griego y la Comisión se basan en una interpretación literal y contextual de las Directivas pertinentes. El presidente de la UKE y el Gobierno polaco centran sus observaciones en la naturaleza de la resolución controvertida y en su fundamento jurídico. Pretenden invocar el régimen de armonización mínima previsto en el artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2014/61 para justificar la legalidad de las medidas impuestas a TOYA en virtud del Derecho nacional.[15]

31. Según reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia, para interpretar una disposición del Derecho de la Unión procede tener en cuenta, no solo su tenor literal, sino también su contexto y los objetivos perseguidos por la normativa de la que forma parte.[16] En el presente asunto, propongo examinar, en primer lugar, los objetivos y el contexto de las tres Directivas de las que se discute antes de analizar el tenor de la Directiva 2014/61.

1. Los objetivos y el contexto de las Directivas pertinentes

32. En 2002 se codificó un gran número de directivas y de directivas modificativas con el fin de facilitar el desarrollo de mercados competitivos en el ámbito de las telecomunicaciones. La Directiva marco establecía que las autoridades nacionales de reglamentación definirían los mercados pertinentes con arreglo a los principios del Derecho de la competencia e identificarían a los operadores con PSM a los que podrían imponerse determinadas obligaciones para facilitar el desarrollo de dichos mercados competitivos. Se adoptaron cuatro directivas específicas, entre ellas la Directiva acceso, que regulaba el acceso a las redes de telecomunicaciones y su interconexión. La legislación promulgada en 2009 puso de manifiesto la necesidad de favorecer la inversión, la innovación y las redes de próxima generación, sin modificar los principios y los objetivos de reglamentación contenidos en el paquete de directivas adoptado en 2002.[17]

33. Uno de los principales objetivos de los paquetes legislativos de 2002 y de 2009 era la mejora de la competencia facilitando que las autoridades nacionales de reglamentación pudieran imponer obligaciones a los operadores con PSM. No obstante, la Directiva marco y la Directiva acceso también contemplaban la posibilidad de que las autoridades nacionales de reglamentación pudieran imponer obligaciones a los operadores que no tuvieran un PSM. El considerando 23 de la Directiva marco hace referencia a los beneficios del uso compartido de recursos por motivos de ordenación territorial, de salud pública o medioambientales, a ser posible sobre la base de

[14] Véase el punto 20 de las presentes conclusiones.

[15] Véase el punto 23 de las presentes conclusiones.

[16] Sentencia de 17 de septiembre de 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610), apartado 33 y jurisprudencia citada.

[17] Véase, por ejemplo, Savin, A.: *EU Telecommunications Law*, Elgar European Law Series, 2018, capítulos 1 y 2.

acuerdos voluntarios. El artículo 12 de la Directiva marco, en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE,[18] se titula «Coubicación y uso compartido de elementos de redes y recursos asociados para los suministradores de redes de comunicaciones electrónicas». Permitía a las autoridades nacionales de reglamentación exigir el uso compartido de recursos o la adopción de medidas para coordinar las obras públicas, de manera objetiva, transparente y no discriminatoria, en determinadas circunstancias y condiciones. Para recurrir al artículo 12 de la Directiva marco, la autoridad nacional de reglamentación no estaba obligada a constatar previamente que el operador de telecomunicaciones tenía un PSM.[19] El artículo 5, apartado 1, de la Directiva acceso permitía a las autoridades nacionales de reglamentación fomentar y garantizar la adecuación del acceso y la interconexión en determinadas condiciones, sin perjuicio de las medidas que pudieran adoptarse en relación con las empresas que tuvieran un PSM.[20]

34. En mayo de 2010, la Comisión publicó la Agenda Digital para Europa (en lo sucesivo, «Agenda Digital») con la finalidad de obtener los beneficios económicos y sociales sostenibles que pueden derivar de un mercado único digital basado en una internet rápida y ultrarrápida.[21] Consideraba que, si no se intervenía, se corría el riesgo de que los resultados no fueran óptimos, concentrándose las redes rápidas de banda ancha en unas pocas zonas de alta densidad con costes de entrada importantes y precios elevados. Esto dio lugar a la adopción de dos iniciativas que son esenciales en el marco de la presente petición de decisión prejudicial.

35. En primer lugar, en septiembre de 2010, la Comisión emitió la Recomendación 2010/572/UE[22] relativa al acceso regulado a las redes de acceso de nueva generación. Dicha Recomendación se refiere fundamentalmente a las medidas que deben imponerse a los operadores designados como poseedores de PSM sobre la base de un procedimiento de análisis de mercado efectuado en virtud del artículo 16 de la Directiva marco. No obstante, cuando se justifique por resultar la duplicación de una infraestructura económicamente ineficiente o físicamente inviable, los Estados miembros podrán también imponer a las empresas que explotan una red de comunicaciones electrónicas, de conformidad con el artículo 12 de la Directiva marco, las obligaciones de uso compartido recíproco de las instalaciones que resulten adecuadas para superar los puntos de estrangulamiento en la infraestructura de obra civil y en los segmentos de terminación.

36. Por otra parte, la Agenda Digital disponía que las autoridades competentes deberían garantizar que las obras de ingeniería civil públicas y privadas tuvieran sistemáticamente en cuenta las redes de banda ancha y el cableado dentro de los edificios, que se aplicasen los derechos de paso, y que se cartografiasen las infraestructuras pasivas disponibles adecuadas para el cableado.[23] Dicha iniciativa dio lugar finalmente a la adopción de la Directiva 2014/61, que pretende facilitar e incentivar el despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta

[18] Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO 2009, L 337, p. 37).

[19] El artículo 8, apartado 3, de la Directiva acceso establece la imposición de las obligaciones a que se refieren los artículos 9 a 13 de dicha Directiva únicamente a los operadores de telecomunicaciones que tengan un PSM, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 12 de la Directiva marco.

[20] Asimismo, el artículo 8, apartado 3, de la Directiva acceso establece la imposición de las obligaciones a que se refieren los artículos 9 a 13 de dicha Directiva únicamente a los operadores de telecomunicaciones que tengan un PSM, sin perjuicio de lo dispuesto en su artículo 5, apartado 1. Véanse las sentencias de 12 de noviembre de 2009, TeliaSonera Finland (C-192/08, EU:C:2009:696), y de 17 de septiembre de 2015, KPN (C-85/14, EU:C:2015:610).

[21] Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «Una Agenda Digital para Europa», 19 de mayo de 2010 [COM(2010) 245 final].

[22] DO 2010, L 251, p. 35.

[23] Véanse la sección 2.4.1 de la Agenda Digital; el punto 9 de las medidas prioritarias previstas en el Acta del Mercado Único II, «Juntos por un nuevo crecimiento», publicado por la Comisión en octubre de 2012, y los considerandos 1 a 10 de la Directiva 2014/61.

velocidad fomentando la utilización conjunta de las infraestructuras físicas existentes y el despliegue más eficiente de otras nuevas, de manera que resulte posible desplegar dichas redes a un menor coste. [24]

2. El tenor de la Directiva 2014/61

37. El tenor de la Directiva 2014/61 deja claro que su aplicación no se limita a aquellas situaciones en las que los operadores han sido designados como operadores con un PSM o en las que los mercados no son realmente competitivos. Los artículos 3 y 4 de la Directiva 2014/61 se refieren al acceso a la infraestructura física existente y a la transparencia en relación con dicha infraestructura. Los operadores de redes de electricidad, agua, transporte y otros servicios públicos, así como los suministradores de redes de comunicaciones públicas, tendrán derecho a ofrecer acceso a la infraestructura física. Los operadores de redes en general, y no solo aquellos designados como operadores con un PSM, tienen la obligación de atender todas las solicitudes razonables de acceso a su infraestructura física en condiciones equitativas y razonables, en particular en cuanto al precio, con vistas al despliegue de elementos de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad. [25] Cuando se deniegue el acceso o no se pueda llegar a un acuerdo sobre las condiciones específicas, los Estados miembros deberán garantizar que cualquiera de las partes pueda someter la cuestión al organismo nacional de resolución de controversias competente. [26] Dicho organismo deberá adoptar una decisión vinculante para resolver el conflicto, en la que se fijen unas condiciones y precios equitativos y razonables cuando proceda. [27]

38. Con arreglo al considerando 12 de la Directiva 2014/61, cuando sean de aplicación medidas reguladoras más específicas (*lex specialis*), estas deben prevalecer sobre los derechos y obligaciones mínimos previstos en la Directiva (*lex generalis*). Por lo tanto, la Directiva 2014/61 no obstará a lo dispuesto en la Directiva marco y en la Directiva acceso. El considerando 17 de la Directiva 2014/61 establece que las obligaciones de acceso a la infraestructura física impuestas a las empresas designadas como poseedoras de un PSM ya están cubiertas por obligaciones reglamentarias específicas y que dichas obligaciones no se ven afectadas por la Directiva 2014/61. El considerando 31 hace referencia a la posibilidad de que los Estados miembros puedan, sobre la base del artículo 12 de la Directiva marco, haber tomado ya medidas en relación con la coubicación y el uso compartido de elementos de redes y recursos asociados. [28]

39. De lo anterior se deduce que el objetivo de la Directiva 2014/61 es garantizar la disponibilidad de redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, que se consideran la infraestructura digital de la sociedad del futuro. La Directiva 2014/61 tiene un ámbito de aplicación intersectorial y ha optado por mecanismos de reglamentación tales como la transparencia, el control administrativo y la resolución de controversias con fines distintos del fomento de la competencia *per se*. Establece un derecho más amplio a solicitar y obtener acceso a la infraestructura física que el existente con respecto a los operadores designados como operadores con un PSM en virtud de la Directiva marco y la Directiva acceso. Habida cuenta de que la Directiva marco y la Directiva

[24] Artículo 1, apartado 1, de la Directiva 2014/61.

[25] Artículo 3, apartado 2, de la Directiva 2014/61.

[26] Artículo 3, apartado 4, de la Directiva 2014/61.

[27] Artículo 3, apartado 5, de la Directiva 2014/61.

[28] Véase el punto 33 de las presentes conclusiones. El examen del tenor de la Directiva 2014/61 en otras lenguas, entre ellas el español, el francés, el italiano, el neerlandés, el polaco, el portugués, y permite llegar a la misma conclusión.

acceso también prevén la posibilidad de imponer obligaciones de acceso a los suministradores que no tienen un PSM, no existe conflicto o contradicción entre estas Directivas y la Directiva 2014/61.

40. Por lo tanto, la Directiva acceso no se opone a que la autoridad nacional de reglamentación pueda imponer condiciones de acceso a la infraestructura física a operadores que no hayan sido designados como operadores con un PSM. En otras palabras, las autoridades nacionales de reglamentación pueden imponer condiciones con arreglo a la Directiva 2014/61 a falta de indicación alguna de que el mercado pertinente no es realmente competitivo.

41. Por lo que se refiere al segundo elemento de la primera cuestión prejudicial, a saber, si la Directiva 2014/61 se opone a que la autoridad nacional de reglamentación pueda imponer condiciones en ausencia de un conflicto sobre el acceso a la infraestructura física, es relevante señalar que, con arreglo a su artículo 1, apartado 2, la referida Directiva establece requisitos mínimos. El artículo 1, apartado 3, de la Directiva 2014/61 dispone que los Estados miembros podrán mantener o introducir medidas conformes con el Derecho de la Unión que superen los requisitos mínimos establecidos por la presente Directiva a fin de alcanzar mejor los objetivos de facilitar e incentivar el despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad fomentando la utilización conjunta de las infraestructuras físicas existentes y el despliegue más eficiente de otras nuevas, de manera que resulte posible desplegar dichas redes a un menor coste. [29]

42. Si bien la Directiva 2014/61 establece que sus objetivos se alcanzarán resolviendo los conflictos relativos a las condiciones de acceso, en particular en cuanto al precio, *ex post*, es decir, después de que surjan tales conflictos, se podrán adoptar medidas nacionales a fin de alcanzar mejor estos objetivos, aunque vayan más allá de las previstas en la Directiva 2014/61. [30]

43. La Comisión considera que el enfoque *ex ante* previsto por la normativa nacional pretende facilitar la eliminación de importantes obstáculos al acceso a la infraestructura física. La Comisión y el Gobierno polaco subrayan que los enfoques *ex ante* y *ex post* contribuyen a facilitar la consecución de los objetivos de la Directiva 2014/61. En este contexto, resulta interesante observar que, según el informe de síntesis de la consulta pública sobre la evaluación y revisión de la Directiva 2014/61, en una gran mayoría de las respuestas se considera que las dificultades para acordar las condiciones de acceso con los propietarios de infraestructuras físicas, así como la dilación y la ineficacia del proceso de resolución de controversias (enfoque *ex post*), dan lugar a que el despliegue de las redes sea más costoso o largo. Por lo tanto, no es ilógico considerar que el enfoque *ex ante* —que al parecer prevé la legislación polaca pertinente— puede presentar algunas ventajas frente al enfoque *ex post* descrito en la Directiva 2014/61 a la hora de facilitar la consecución de los objetivos que persigue.

44. En mi opinión, si el órgano jurisdiccional remitente considera que el enfoque *ex ante* previsto en la legislación nacional comparte los mismos objetivos que el enfoque *ex post* contenido en la Directiva 2014/61, esta legislación nacional es, en principio, compatible con la Directiva.

[29] Véase, a efectos análogos, el considerando 11 de la Directiva 2014/61.

[30] Artículo 3, apartados 2 a 5, de la Directiva 2014/61.

V. Conclusión

45. En virtud de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo al Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsovia, Polonia):

«El artículo 8, apartado 3, 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 (Directiva acceso), en relación con los artículos 3, apartado 5, y 1, apartados 3 y 4, de la Directiva 2014/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, no se opone a que la autoridad nacional de reglamentación pueda imponer a un operador que dispone de infraestructura física y que es simultáneamente proveedor de servicios o de redes de comunicación electrónica disponibles para el público, pero que no ha sido designado como operador con peso significativo en el mercado, la obligación de aplicar condiciones establecidas *ex ante* por dicha autoridad, que regulan las condiciones de acceso a la infraestructura física de ese operador, incluidas las normas y formas de celebración de contratos y las tarifas de acceso aplicables, con independencia de que exista un conflicto sobre el acceso a la infraestructura física de dicho operador y una competencia efectiva en el mercado.»