# CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
# SR. M. POIARES MADURO
# presentadas el 23 de abril de 2009 [1]

1. El sector de las telecomunicaciones se encuentra regido por un marco regulador comunitario que persigue la consecución de determinados objetivos, entre los que destaca la salvaguarda de la competencia. Se ha creado un mecanismo institucional específico por el cual se encomienda a las autoridades nacionales de reglamentación (ANR) la realización de esos objetivos y se las faculta para intervenir, siempre que sea necesario, imponiendo obligaciones a los operadores de telecomunicaciones con peso significativo en el mercado.

2. El presente caso versa, fundamentalmente, sobre el margen de apreciación de que disponen los Estados miembros a la hora de aplicar ese marco regulador comunitario: en primer lugar, en relación con su facultad para limitar la aplicación de la regulación respecto de mercados sensibles, en particular los nuevos mercados, y en segundo lugar, en relación con su facultad de orientar la intervención de las ANR respecto de objetivos de regulación específicos, como el fomento de la inversión y la innovación.

1 — Lengua original: inglés.

## I. Antecedentes de hecho y de Derecho

3. Dentro del marco regulador comunitario aplicable al sector de las telecomunicaciones, las siguientes normas son pertinentes en relación con el presente asunto: la Directiva marco, [2] la Directiva acceso, [3] y la Directiva servicio universal. [4]

4. La norma alemana controvertida en el presente asunto es la Ley de telecomunicaciones (en lo sucesivo, «TKG»). [5] Si bien adapta principalmente el Derecho nacional al marco regulador comunitario, se han introducido en la TKG dos modificaciones, en relación con los nuevos mercados, que han dado lugar al litigio que nos ocupa. [6]

2 — Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 108, p. 33).

3 — 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 (DO L 108, p. 7).

4 — Directiva 2002/22/CE 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 (DO L 108, p. 51).

5 — Telekommunikationsgesetz, de 22 de junio de 2004, BGB1. I, p. 1190.

6 — Gesetz zur Änderung telekommunikationsrechtlicher Vorschriften, de 18 de febrero de 2007, BGB1. I, p. 106.

5. Estas modificaciones de la TKG excluyen de la regulación a los nuevos mercados, salvo que esta regulación sea necesaria para garantizar la competencia a largo plazo. Establecen igualmente que la ANR alemana, [7] al analizar si es necesaria la regulación, debe tener especialmente en cuenta el objetivo de fomentar la inversión en infraestructura e innovación.

6. En la exposición de los antecedentes del presente asunto, separaré las referencias a las disposiciones aplicables del marco regulador comunitario distinguiendo entre sus objetivos (A) y cuestiones procedimentales: régimen de transparencia, sistema de cooperación entre las ANR y la Comisión, definición del mercado y análisis del mercado (B). Seguidamente, describiré con más detalle la TKG (C). Por último, mencionaré sucintamente ciertos hechos relativos al procedimiento administrativo previo (D).

A. *Objetivos del marco regulador comunitario*

7. El artículo 7, apartado 1, de la Directiva marco dispone que para cumplir los cometidos fijados por el marco regulador comunitario, las ANR deben tener en cuenta «en la mayor medida posible» los objetivos enunciados en el artículo 8.

8. El artículo 8, apartado 1, de la Directiva marco establece que los Estados miembros «velarán» por que las ANR adopten todas las medidas razonables y proporcionadas que estén encaminadas a la consecución de esos objetivos.

9. El artículo 8, apartado 2, de la Directiva marco enumera una primera serie de objetivos relacionados con la salvaguarda de la competencia:

«Las [ANR] fomentarán la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados, entre otras cosas:

a) velando por que los usuarios, incluidos los discapacitados, obtengan el máximo beneficio en cuanto a posibilidades de elección, precio y calidad;

7 — La Bundesnetzagentur.

b) velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas;

c) promoviendo una inversión eficiente en materia de infraestructura y fomentando la innovación; y

d) promoviendo un uso eficiente y velando por una gestión eficaz de las radiofrecuencias y de los recursos de numeración.»

10. El artículo 8, apartados 3 y 4, de la Directiva marco enuncia otras dos series de objetivos dirigidos a contribuir al desarrollo del mercado interior y a proteger los intereses de los ciudadanos comunitarios, respectivamente.

11. El artículo 8, apartado 4, de la Directiva acceso y el artículo 17, apartado 2, de la Directiva servicio universal hacen referencia a los objetivos de la Directiva marco. Estos objetivos justifican las obligaciones, mencionadas en esos artículos, que pueden imponerse a empresas con peso significativo en el mercado. [8]

12. El artículo 15, apartado 2, de la Directiva marco encomienda a la Comisión la adopción de unas directrices de análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado «acordes con los principios del Derecho de la competencia» (en lo sucesivo, «directrices de la Comisión»). [9]

13. Según el vigésimo séptimo considerando de la Directiva marco, las directrices de la Comisión deben abordar la cuestión de la aplicación de obligaciones reglamentarias a los nuevos mercados:

«[Las directrices de la Comisión] deben abordar asimismo la cuestión de los nuevos mercados en expansión, en los que, si bien es

8 — Procede mencionar alguna de estas obligaciones para comprender el impacto económico que pueden tener en sus destinatarios: el artículo 8, apartado 4, de la Directiva acceso se refiere, entre otras, a las obligaciones de conceder acceso a elementos específicos de las redes, así como a las relativas a su utilización, y a las obligaciones de control de precios y contabilidad de costes; el artículo 17, apartado 2, de la Directiva servicio universal incluye obligaciones que pueden traducirse en la limitación de los precios al público, el control de tarifas individuales o la orientación de las tarifas hacia costes o precios de mercados comparables.

9 — Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO 2002, C 165, p. 6).

probable que el líder del mercado posea de hecho una cuota de mercado sustancial, no debe ser sometido a obligaciones inadecuadas.»

14. El apartado 32 de las directrices de la Comisión trata esta cuestión de los nuevos mercados reproduciendo lo afirmado en el vigésimo séptimo considerando de la Directiva marco y añadiendo el siguiente razonamiento:

«Esto se debe a que la imposición prematura de obligaciones *ex ante* puede influir indebidamente en las condiciones en que tome forma la competencia en un mercado nuevo y emergente. Al mismo tiempo, conviene evitar que la empresa líder se apropie de estos mercados emergentes. Sin perjuicio de que proceda una intervención por parte de las autoridades de competencia en determinados casos, las ANR deben asegurarse de poder justificar plenamente cualquier forma de intervención *ex ante* temprana en un mercado emergente, considerando en particular que siempre tienen la posibilidad de intervenir posteriormente, en el contexto de la reevaluación periódica de los mercados pertinentes.»

15. El artículo 15, apartado 1, de la Directiva marco encomienda igualmente a la Comisión la adopción de una recomendación que enumere, «de conformidad con los principios del Derecho de la competencia», los mercados en los que podrán imponerse obligaciones con arreglo a la Directiva acceso y a la Directiva servicio universal (en lo sucesivo, «recomendación de la Comisión»). [10]

16. El decimoquinto considerando de la recomendación de la Comisión afirma en relación con la aplicación de obligaciones reglamentarias a nuevos mercados:

«Los mercados nuevos y emergentes, en los que puede constatarse una situación de poder de mercado debida a la ventaja adquirida por el "primero en actuar", no deben someterse en principio a regulación *ex ante.*»

B. *Régimen de transparencia, sistema de cooperación, definición del mercado y análisis del mercado*

17. El artículo 6 de la Directiva marco establece un régimen de transparencia en relación con las partes interesadas. Las ANR deben, por regla general, dar a estas partes la oportunidad de formular observaciones sobre la medida propuesta, publicar los procedimientos de consulta nacionales que organizan

10 — Recomendación de la Comisión, de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de regulación *ex ante* de conformidad con la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 114, p. 45).

y poner a disposición del público los resultados de esos procedimientos.

18. El artículo 7, apartado 2, de la Directiva marco establece un sistema de cooperación entre las ANR y entre estas autoridades y la Comisión con el fin de velar por la «aplicación coherente» del marco regulador.

19. El artículo 7, apartados 3 y 5, de la Directiva marco concreta la forma que debe adoptar esa cooperación. En el caso de que una ANR tenga la intención de adoptar una medida que entre en el ámbito, en particular, de los artículos 15 o 16 de la Directiva marco y pueda tener repercusiones en los intercambios entre Estados miembros, debe informar de ello a las otras ANR y a la Comisión. El proyecto de medida y las motivaciones del mismo deben ser puestos a disposición de las demás ANR y de la Comisión para que puedan presentar observaciones. La ANR ha de tomar en consideración esas observaciones y, si decide seguir adelante con el proyecto de medida, deberá comunicarlo a la Comisión.

20. Los artículos 15 y 16 de la Directiva marco se refieren a la definición del mercado y al análisis del mercado a los que se aplica la cooperación.

21. El artículo 15, apartado 3, de la Directiva marco se ocupa de la definición del mercado por las ANR:

«Las [ANR], teniendo cuenta en la mayor medida posible la recomendación [de la Comisión] y las directrices [de la Comisión], definirán los mercados pertinentes apropiados a las circunstancias nacionales, y en particular los mercados geográficos pertinentes dentro de su territorio, con arreglo a los principios del Derecho de la competencia. […]»

22. El artículo 16, apartados 1 y 2, de la Directiva marco dispone que, una vez definidos los mercados pertinentes, las ANR deberán efectuar un análisis de esos mercados tomando en consideración las directrices de la Comisión y, cuando proceda, en colaboración con las autoridades nacionales responsables en materia de competencia. Cuando una ANR haya de pronunciarse acerca de una obligación derivada de la Directiva acceso o de la Directiva servicio universal, deberá determinar si el mercado es realmente competitivo.

23. En el artículo 16, apartados 3 y 4, de la Directiva marco se analizan las consecuencias que tiene el hecho de que la ANR llegue a la conclusión de que un mercado es o no realmente competitivo. Si se considera que el mercado es realmente competitivo, la ANR no impondrá ni mantendrá las obligaciones contempladas en el artículo 16, apartado 2, o suprimirá las ya existentes. En caso contrario, la ANR ha de establecer qué empresas tienen un peso significativo en el mercado e imponer, mantener o modificar dichas obligaciones.

24. El artículo 7, apartado 4, de la Directiva marco concede a la Comisión un derecho de veto respecto de determinadas medidas de las ANR. Esas medidas pueden tener por objeto, bien definir un mercado diferente de los que figuran en la recomendación de la Comisión, o bien apreciar si una empresa posee o no un peso significativo en el mercado en virtud, entre otros, de los apartados 3 y 4 del artículo 16; estas medidas deben, además, tener repercusiones en los intercambios entre Estados miembros. La Comisión debe indicar que el proyecto de medida podría obstaculizar el mercado interior o que alberga serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el Derecho comunitario y, en particular, con los objetivos del artículo 8. En tal caso, el proyecto de medida debe de entrada quedar pospuesto y, si así lo decide la Comisión, la ANR estará obligada a retirar la medida si no puede adoptarse junto con propuestas específicas para su modificación.

25. El artículo 7, apartado 6, establece un procedimiento de emergencia aplicable, en circunstancias excepcionales, al sistema de cooperación antes descrito.

C. *La TKG*

26. El artículo 2 de la TKG establece una relación de objetivos entre los que se cuentan, fundamentalmente, los objetivos de regulación mencionados en el artículo 8 de la Directiva marco.

27. El artículo 9, apartados 1 y 2, de la TKG dispone que serán objeto de regulación los mercados que cumplan las condiciones mencionadas en el artículo 10 y que, a la luz de un análisis del mercado realizado conforme al artículo 11, no presenten una competencia real. La ANR alemana deberá imponer obligaciones reglamentarias a las empresas que cuenten con peso significativo en esos mercados.

28. El artículo 10, apartado 2, de la TKG describe las condiciones del mercado que determinan que éste quede sujeto a regulación (fuertes obstáculos al acceso, trabas estructurales a la competencia efectiva a largo plazo e inadecuación de las soluciones previstas en el Derecho de la competencia). Corresponde a la ANR alemana definir estos mercados teniendo en cuenta la recomendación de la Comisión.

29. El artículo 11, apartado 1, de la TKG tiene por objeto el análisis de la competencia real, que se considera inexistente cuando una o varias empresas tienen peso significativo en el mercado. Incumbe a la ANR alemana realizar este análisis del mercado teniendo en cuenta las directrices de la Comisión.

30. El artículo 12 de la TKG establece un procedimiento que, fundamentalmente, reproduce el régimen de transparencia y el sistema de cooperación de los artículos 6 y 7 de la Directiva marco. Los artículos 10, apartado 3, y 11, apartado 3, de la TKG disponen que la ANR alemana debe, en el

marco de este procedimiento, presentar a la Comisión los resultados de su definición del mercado y de su análisis del mercado cuando tengan repercusiones en los intercambios entre Estados miembros.

31. Como se ha mencionado anteriormente, se han introducido en la TKG dos modificaciones relativas a los nuevos mercados. Parece ser que, con anterioridad a la aprobación de estas modificaciones, el operador tradicional de telecomunicaciones en Alemania (Deutsche Telekom) presionó para que la red de banda ancha que pretendía crear quedara al margen de la intervención reguladora (concretamente del deber de conceder acceso a precios regulados).

32. De las alegaciones de las partes, formuladas tanto por escrito como en la vista, cabe deducir que suscitó cierta controversia en Alemania la posibilidad de establecer unas «vacaciones normativas» para los nuevos mercados. En este debate se alzaron voces que cuestionaban la compatibilidad de una exención absoluta con el Derecho comunitario. No es posible dilucidar a partir de las alegaciones de las partes si se impuso un determinado punto de vista y si éste influyó de manera decisiva en las modificaciones que se introdujeron en la TKG.

33. El artículo 3, apartado 12b, que recoge la primera modificación que se introdujo en la TKG, contiene la siguiente definición de los nuevos mercados:

«Se considera "nuevo mercado" todo mercado de servicios o productos que difieran sustancialmente de los ya disponibles, en atención a su efectividad, su alcance, su disponibilidad para un elevado número de usuarios (capacidad de llegar a un mercado de masas), su precio o su calidad desde el punto de vista de un consumidor informado, y que no sean meramente sustitutivos de aquéllos.»

34. El artículo 9a contiene la segunda modificación introducida en la TKG. En su primer apartado, excluye como norma del ámbito regulador a los nuevos mercados y, en su segundo apartado, define un supuesto en el que no procede tal exclusión:

«1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente apartado, los nuevos mercados no estarán sujetos a regulación con arreglo al título segundo.

2. Cuando concurran determinadas circunstancias que permitan suponer que la ausencia de un marco regulador obstaculizará a largo plazo el desarrollo de un mercado competitivo sostenible en el sector de los servicios o redes de telecomunicaciones, la [ANR alemana] podrá, como excepción a lo dispuesto en el apartado 1 anterior y de conformidad con los artículos 9, 10, 11 y 12, someter a regulación un nuevo mercado con arreglo

al título segundo. Para evaluar la necesidad de establecer un marco regulador e imponer medidas concretas, la [ANR alemana] tendrá particularmente en cuenta el objetivo de promover una inversión eficiente en infraestructuras y fomentar la innovación.»

35. Estas modificaciones entraron en vigor el 18 de febrero de 2007.

D. *Procedimiento administrativo previo*

36. El 20 de diciembre de 2006, tras iniciar contactos con Alemania en relación con las modificaciones de la TKG y antes de que éstas entraran en vigor, la Comisión decidió incoar el presente procedimiento por incumplimiento.

37. El 26 de febrero de 2007, la Comisión remitió un escrito de requerimiento a la República Federal de Alemania comunicándole sus dudas sobre la compatibilidad de las modificaciones introducidas en la TKG con el marco regulador comunitario. Ese mismo día, la Comisión hizo pública una nota de prensa en la que se daba cuenta de su «intención de remitir el caso al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas lo antes posible».

38. Al no quedar satisfecha con la respuesta de la República Federal de Alemania a su escrito de requerimiento y a su posterior dictamen motivado, la Comisión interpuso el presente recurso con arreglo al artículo 226 CE.

**II. Admisibilidad**

39. Alemania rebate la admisibilidad del presente recurso. Su primera objeción se basa en el hecho de que la Comisión decidiera incoar el procedimiento por incumplimiento antes de que entraran en vigor las modificaciones de la TKG.

40. No obstante, esta circunstancia carece de relevancia. La República Federal de Alemania recibió el escrito de requerimiento de la Comisión después de que las modificaciones de la TKG entraran en vigor. En consecuencia, conforme a lo dispuesto en el artículo 226 CE, se le concedió la posibilidad de presentar observaciones en relación con un incumpli-

miento que, según alegaba la Comisión, ya se estaba produciendo. [11]

41. En segundo lugar, la República Federal de Alemania sostiene que la intención de la Comisión, comunicada en una nota de prensa fechada el mismo día que el escrito de requerimiento, de remitir este caso al Tribunal de Justicia lo antes posible ha vulnerado su derecho de defensa.

42. La impetuosidad de la Comisión es censurable, habida cuenta en particular de su deber de cooperación leal con los Estados miembros. [12] No obstante, esto no basta para concluir que las observaciones presentadas posteriormente por la República Federal de Alemania en respuesta al escrito de requerimiento y al dictamen motivado no fueran debidamente tomadas en consideración por la Comisión. En consecuencia, el presente recurso es admisible.

## III. Apreciación

43. A través de las modificaciones introducidas en la TKG, Alemania ha limitado la aplicación del marco regulador respecto de los nuevos mercados. El artículo 3, apartado 12b, de la TKG define qué debe entenderse por un nuevo mercado. Conforme al artículo 9a, apartado 1, de la TKG, estos mercados están excluidos, en principio, del ámbito regulador. En virtud del artículo 9a, apartado 2, de la TKG, únicamente se establecerá un marco regulador cuando la falta de esta regulación se traduzca en un obstáculo a la competencia a largo plazo; al evaluar la necesidad de una regulación, la ANR alemana debe tener particularmente en cuenta el fomento de la inversión y la innovación, en especial cuando imponga obligaciones a empresas con peso significativo en el mercado.

44. Según la Comisión, a través de los artículos 3, apartado 12b, y 9a de la TKG, la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le imponen diferentes disposiciones del marco regulador comunitario, concretamente los artículos 6, 7, 8, apartados 1 y 2, 15, apartado 3, y 16 de la Directiva marco; el artículo 8, apartado 4, de la Directiva acceso y el artículo 17, apartado 2, de la Directiva servicio universal.

45. Las infracciones que se le imputan pueden agruparse en dos categorías, la primera relacionada con las repercusiones de fondo derivadas de la limitación de la regulación y la segunda con sus implicaciones procedimentales.

46. Las cuestiones de fondo se refieren al margen de apreciación de que dispone la República Federal de Alemania a la hora de

11 — Véase la sentencia de 15 de febrero de 2001, Comisión/Francia (C-230/99, Rec. p. I-1169), apartado 32.

12 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Mischo, presentadas en el asunto Comisión/Irlanda, C-120/01 (asunto archivado mediante auto de 9 de septiembre de 2002), punto 50.

adaptar su Derecho interno al marco regulador comunitario:

— ¿Puede la República Federal de Alemania dejar por norma los nuevos mercados al margen de la regulación?

— ¿Puede la República Federal de Alemania limitar el margen de discrecionalidad de la ANR alemana dando prioridad a un objetivo de regulación concreto en relación con la intervención en los nuevos mercados?

47. Las cuestiones procedimentales se refieren a la medida en que las modificaciones introducidas en la TKG interfieren en las actividades que ha de efectuar la ANR alemana para decidir si es o no necesaria la intervención, tal como se establecen en el marco regulador comunitario (régimen de transparencia, sistema de cooperación entre las ANR y la Comisión, definición del mercado y análisis del mercado).

48. No obstante, únicamente será necesario abordar estas cuestiones procedimentales si la respuesta del Tribunal de Justicia a las cuestiones de fondo admite, en primer lugar, que la República Federal de Alemania no sobrepasó su margen de apreciación al adaptar su Derecho interno al marco regulador comunitario. En caso contrario, las cuestiones procedimentales carecerán de relevancia.

49. Así pues, comenzaré mi análisis por las cuestiones de fondo.

A. *Presunta infracción derivada del establecimiento de una norma que excluye de la regulación a los nuevos mercados*

50. El artículo 9a, apartado 1, de la TKG establece una norma por la que los nuevos mercados quedan excluidos de regulación, siempre que no concurran las circunstancias establecidas en el apartado 2 de ese mismo artículo. A juicio de la Comisión, esta exclusión tiene por objeto promover la inversión del operador tradicional de telecomunicaciones alemán en una red de banda ancha, conjurando la amenaza de una intervención reguladora.

51. El Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado anteriormente en el sentido de que la intervención en instalaciones de titularidad privada reduce en primer lugar los incentivos para el desarrollo de esas instalaciones. Esto explica el hecho de que, con arreglo al artículo 82 CE, la obligación de conceder acceso a una instalación (como solución ante

una negativa injustificada a permitir el acceso) sólo es idónea si se cumplen las más estrictas condiciones. [13] También explica la exigencia de que, de conformidad con la regulación comunitaria del sector de las telecomunicaciones, la obligación de entablar negociaciones para la concesión de acceso debe ser proporcional y ha de venir realmente impuesta por la situación competitiva. [14]

52. Así pues, cabe afirmar que las posibilidades de intervención que conlleva la regulación disminuirán los incentivos para invertir en infraestructura e innovación. [15] De este modo, no es de extrañar que el operador tradicional de telecomunicaciones no vea con buenos ojos la regulación; si la República Federal de Alemania desea promover la inversión en infraestructura de telecomunicaciones deberá abordar estas reticencias. Se trata de una opción política: limitar la regulación y sufrir los consiguientes efectos de un peso significativo en el mercado con el fin de fomentar la inversión en infraestructura.

53. En circunstancias normales, correspondería a la República Federal de Alemania realizar esta elección de naturaleza política; no así cuando existe una normativa comunitaria en el sector de las telecomunicaciones. En este caso, el legislador comunitario ya ha optado por regular este sector, con todas las posibilidades de intervención que de ello se derivan. [16]

54. No cabe duda de que los nuevos mercados definidos en el artículo 3, apartado 12b, de la TKG están incluidos en el sector de las telecomunicaciones. Así pues, la República Federal de Alemania no puede revocar la decisión del legislador comunitario y eximir con carácter general de la regulación a estos nuevos mercados.

55. No obstante, la República Federal de Alemania sostiene que, en efecto, la regla según la cual los nuevos mercados deben quedar al margen de la regulación está ya contemplada por el marco regulador comunitario.

56. Sin embargo, no es así. El vigésimo séptimo considerando de la Directiva marco únicamente advierte de la necesidad de no

13 — Concretamente, la eliminación de toda competencia (véanse la sentencia de 26 de noviembre de 1998, Bronner, C-7/97, Rec. p. I-7791, apartado 41, y, en relación con el efecto sobre los incentivos, las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs presentadas en ese mismo asunto, punto 57).

14 — Véanse la sentencia de 13 de noviembre de 2008, Comisión/Polonia (C-227/07, Rec. p. I-8403), apartados 40 a 44, y las conclusiones del Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer presentadas en ese asunto, puntos 38 y 39, en las que se afirma que «no cabe restringir sin causa la economía de mercado».

15 — Especialmente en comparación con las posibilidades de intervención con arreglo al régimen general del Derecho de la competencia.

16 — Esto no significa que la regulación no tome en consideración los incentivos a la inversión y la innovación; por el contrario, estas cuestiones condicionan el marco regulador comunitario a través del artículo 8, apartado 2, letra c), de la Directiva marco, tal como se expone posteriormente.

imponer «obligaciones inadecuadas» a los nuevos mercados. [17] Este extremo únicamente ha sido precisado por la Comisión, primero en sus directrices y seguidamente en su recomendación. Es cierto que en esta recomendación se afirma que los nuevos mercados deben quedar al margen de la regulación; no obstante, considero que las directrices constituyen una orientación más adecuada y completa para las cuestiones que nos ocupan.

57. Las directrices de la Comisión indican que la regulación puede incidir negativamente en las variables condiciones de los nuevos mercados, si bien precisan que las empresas con peso significativo en el mercado no deben impedir el acceso a esos mercados ya desde sus inicios. Ello obliga a las ANR a ser especialmente cuidadosas al intervenir en esos mercados, habida cuenta, en particular, de que pueden posponer tal intervención a un momento en el que se hayan estabilizado las condiciones de la competencia. También debe interpretarse en este sentido la recomendación de la Comisión y la referencia que en ella se recoge al poder de mercado derivado de la ventaja adquirida por ser el «primero en actuar».

58. Así pues, resulta evidente que, en lo que se refiere a la posibilidad de excluir de la regulación a los nuevos mercados, no fue intención del legislador comunitario que meras recomendaciones cautelares se tradujeran en normas legalmente vinculantes.

17 — En relación con el valor interpretativo de los considerandos, véanse mis conclusiones presentadas el 17 de diciembre de 2008 en el asunto Comisión/Grecia (C-250/07, pendiente ante este Tribunal), punto 15.

59. En consecuencia, la República Federal de Alemania no puede por norma excluir de la regulación a los nuevos mercados, tal como hace en el artículo 9a, apartado 1, de la TKG.

B. *Supuesta infracción derivada de la limitación del margen de discrecionalidad de la ANR alemana como consecuencia de la prioridad otorgada a un objetivo regulador concreto*

60. La República Federal de Alemania alega, no obstante, que no ha establecido una exención general del marco regulador. Sostiene que el artículo 9a de la TKG debe interpretarse a la luz de su apartado segundo, en el que se establecen las condiciones que deben cumplirse para que resulte de aplicación la regulación, ya que el apartado primero únicamente define la consecuencia que acarrea la falta de cumplimiento de esas condiciones. A este respecto, la República Federal de Alemania alega que se ha limitado a orientar?o, reproduciendo sus palabras, «preestructurar»? la intervención de la ANR alemana en los nuevos mercados.

61. El artículo 9a, apartado 2, de la TKG menciona específicamente el objetivo de fomentar la inversión y la innovación convirtiéndolo en piedra angular de esta «preestructuración». [18] Este objetivo figura en el

18 — Otra condición establecida en el artículo 9a, apartado 2, de la TKG que llamó la atención de la Comisión consistía en el obstáculo, en caso de no haber regulación, al desarrollo de un mercado competitivo sostenible. No obstante, esta condición también se exige para cualquier forma de regulación en el artículo 10, apartado 2, de la TKG (obstáculos estructurales para la competencia efectiva a largo plazo), que reproduce en esencia el noveno considerando de la recomendación de la Comisión, y parece compatible con una aplicación proporcional y correcta del marco regulador (véanse las referencias contenidas en la nota 14 anterior).

artículo 8, apartado 2, letra c), de la Directiva marco, mientras que el artículo 2 de la TKG incorpora los demás objetivos del artículo 8 de esta Directiva. Para la República Federal de Alemania, existen varias formas de poner en equilibrio los objetivos del marco regulador comunitario y lo que hizo el legislador nacional fue «indicar» a la ANR alemana el modo de alcanzar este equilibrio dando prioridad a un objetivo concreto. [19]

62. La República Federal de Alemania sostiene que estas instrucciones se encuentran dentro del margen de apreciación del que dispone en la adaptación del Derecho interno al marco regulador comunitario. [20] Así pues, la cuestión que debe dilucidarse es a quién atribuye el marco regulador comunitario la facultad de poner en equilibrio sus diferentes objetivos: ¿al legislador nacional, en el momento de adaptar el Derecho interno a ese marco, o a las ANR, a través de la evaluación realizada en cada caso concreto?

63. Debo resaltar que la respuesta no varía en función del objetivo concreto que se persiga. Puede resultar que la República Federal de Alemania tenga razón y que deba prestarse especial atención, en lo relativo a los nuevos mercados, a los incentivos a la infraestructura y la innovación. No obstante, no tiene las mismas consecuencias encomendar la ponderación de ese conjunto de objetivos a los legisladores nacionales que confiarla a las ANR. El marco regulador comunitario ha creado las ANR y les ha atribuido facultades específicas porque se espera que sean refractarias a determinados intereses y adopten sus resoluciones únicamente en función de los criterios establecidos en este marco.

64. En consecuencia, considero que la ponderación de los objetivos del marco regulador compete a las ANR. El artículo 8 de la Directiva marco atribuye expresamente la consecución de estos objetivos –y, en consecuencia, su ponderación– a las ANR y no a los legisladores nacionales.

65. Se crea de este modo un mecanismo institucional por el cual el cometido del legislador nacional se limita a garantizar que las ANR adoptan todas las medidas necesarias para alcanzar dichos objetivos, tal como el Tribunal de Justicia ha confirmado en diferentes ocasiones. [21] Incluso la autonomía de los Estados miembros en relación con la organización y estructuración de las ANR se encuentra supeditada al logro de estos objetivos. [22]

19 — En la vista, la República Federal de Alemania presentó una alegación más matizada: el artículo 9a, apartado 2, de la TKG es necesario para poder someter al control judicial las facultades discrecionales de la ANR alemana. No obstante, el control judicial limitado a un objetivo equivale a una instrucción para darle prioridad respecto de otros objetivos.

20 — Esta afirmación se refiere a las instrucciones vinculantes. Debe tenerse en cuenta que los artículos 10, apartado 2, y 11, apartado 1, de la TKG se refieren a la recomendación de la Comisión y a las directrices de la Comisión, y permiten la aplicación de sus recomendaciones no vinculantes a los nuevos mercados.

21 — Véanse las sentencias de 31 de enero de 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, Rec. p. I-349), apartado 81, y Comisión/Polonia, citada en la nota 14 anterior, apartado 63. En su sentencia de 10 de enero de 2008, Comisión/Finlandia (C-387/06), apartado 23, el Tribunal de Justicia declaró que, para demostrar la existencia de obstáculos a la consecución de los objetivos de regulación del artículo 8 de la Directiva marco, la Comisión debía analizar en detalle la totalidad de las facultades de las ANR. De forma similar, en la sentencia Comisión/Polonia, antes citada, apartado 66, el Tribunal de Justicia consideró suficiente el hecho de que se atribuyeran a la ANR «amplias posibilidades de intervención» para alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 8 de la Directiva marco.

22 — Véase la sentencia de 6 de marzo de 2008, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones (C-82/07, Rec. p. I-1265), apartado 24.

66. Esto presupone, igualmente, que sean las ANR quienes, al tener que realizar evaluaciones específicas, estén en una mejor situación para decidir cuál es el mejor modo de poner en equilibrio esos diferentes objetivos con el fin de que se alcancen en la mayor medida posible. En otras palabras, una decisión del legislador nacional de dar prioridad a un objetivo concreto afectaría, de hecho, a la forma en que el legislador comunitario pretendió que se realizaran las evaluaciones de los mercados específicos: a través de las ANR y tomando en consideración los diferentes objetivos caso por caso. Así pues, fue voluntad expresa del legislador comunitario abstenerse de diseñar un sistema que estableciera prioridades en relación con los objetivos fijados por el marco regulador comunitario y reconocer, por consiguiente, facultades discrecionales a favor de las ANR.

67. De este modo, la República Federal de Alemania no puede limitar el margen de discrecionalidad de la ANR alemana en relación con la intervención en los nuevos mercados sometiéndola a condiciones como las establecidas en el artículo 9a, apartado 2, de la TKG, mediante las cuales se da prioridad a un objetivo regulador concreto. [23]

68. En consecuencia, la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le imponen las disposiciones que establecen los objetivos del marco regulador comunitario o que se refieren a ellos: los artículos 7, apartado 1, y 8 de la Directiva marco, el artículo 8, apartado 4, de la Directiva acceso y el artículo 17, apartado 2, de la Directiva servicio universal. [24]

*C. Presunta infracción relativa al régimen de transparencia, al sistema de cooperación, a la definición del mercado y al análisis del mercado*

69. Las demás disposiciones a las que se refiere la Comisión guardan relación con el cauce procedimental que debe seguir la ANR alemana para decidir si acuerda o no la intervención, tal como queda establecido en el marco regulador comunitario: régimen de transparencia, sistema de cooperación entre las ANR y la Comisión, definición del mercado y análisis del mercado.

70. Puesto que se ha demostrado, en relación con la intervención por parte de la ANR alemana, que las modificaciones introducidas en la TKG exceden del margen de apreciación del que disponía la República Federal de Alemania para adaptar su Derecho interno al

23 — La sentencia Comisión/Polonia, citada en la nota 14, apartados 42 a 44, sustenta igualmente esta conclusión. En este asunto, el Tribunal de Justicia consideró que la República de Polonia había adaptado incorrectamente su Derecho interno a la Directiva acceso y, en particular, a la obligación de intentar alcanzar los objetivos del artículo 8 de la Directiva marco, al favorecer el acceso a infraestructuras de redes sin tener en cuenta las condiciones concretas de competencia.

24 — La Directiva acceso y la Directiva servicio universal también contienen disposiciones –artículos 8, apartado 1, y 17, apartado 1, respectivamente– que se corresponden con el artículo 8, apartado 1, de la Directiva marco. No obstante, la Comisión no ha planteado este extremo ante el Tribunal de Justicia.

marco regulador comunitario, carece de relevancia el hecho de que tales modificaciones puedan, además, suponer una infracción por parte de este Estado de sus obligaciones en relación con las mencionadas cuestiones procedimentales.

## IV. Conclusión

71. Habida cuenta de las anteriores consideraciones, propongo al Tribunal de Justicia que resuelva que la República Federal de Alemania ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 7, apartado 1, y 8 de la Directiva marco, del artículo 8, apartado 4, de la Directiva acceso y del artículo 17, apartado 2, de la Directiva servicio universal, al haber adoptado los artículos 3, apartado 12b, y 9a, por los que se modifica su Ley de telecomunicaciones.