CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MARCO DARMON

presentadas el 15 de marzo de 1989 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Se dice que nadie puede ser juez y parte. El adagio parece constituir el telón de fondo de las cuestiones planteadas por el Presidente del tribunal de commerce de Bruselas. Estas tienen por objeto, en efecto, determinar si el Derecho comunitario prohíbe la delegación, por parte de un Estado miembro, del control técnico que condiciona en la práctica la comercialización en su suelo de determinados productos a una de las empresas que compiten en el mercado de dichos productos. Dicho de otro modo, ¿puede el Estado confiar a un comerciante la función de decidir, a través de una homologación técnica, si los productos propuestos por otros comerciantes podrán competir con los suyos?

2. Lo que se cuestiona más concretamente es la facultad conferida en Bélgica a Régie des télégraphes et des téléphones (en lo sucesivo, «RTT») de subordinar a su homologación la autorización para conectar a la red de telecomunicaciones, de cuya explotación se ocupa, cualquier aparato no suministrado por ella. RTT es, según la Ley de 19 de julio de 1930, [1] que la creó, una «persona civil» que explota «en interés general [...] la telegrafía y la telefonía con y sin hilos.» [2] La gestiona el Ministro «que tiene entre sus atribuciones los telégrafos y los teléfonos.» [3]

La Ley de 19 de octubre de 1930 [4] atribuyó a RTT el monopolio de explotación de la red de telecomunicaciones, al establecer que ella era la «única que tenía el derecho a establecer y explotar, para correspondencia con el público, líneas y oficinas telegráficas y telefónicas». [5] El artículo 13 de la Orden Ministerial de 20 de septiembre de 1978 [6] señala que «salvo autorización por escrito de Régie, el abonado no podrá conectar ningún aparato [...] a la instalación cuyo uso se le concede» y el artículo 91 del mismo texto precisa que RTT «establecerá las modalidades de constitución de los circuitos de abono y sus características técnicas», debiendo ser «suministrado u homologado» por ella el equipo conectado a dichos circuitos. En la práctica, Régie únicamente autoriza la conexión de un aparato que no ha sido suministrado por ella si es de un tipo homologado por ella.

3. El litigio principal surgió con motivo de la comercialización, en almacenes de la firma GB-Inno-BM (en lo sucesivo, «Inno»), de aparatos telefónicos no homologados procedentes de fuera de la CEE a un precio muy competitivo. RTT, que está en contra no del principio de la venta de tales aparatos, sino de la circunstancia de que el vendedor no informaba a los clientes de los almacenes de su no homologación y de la subsiguiente prohibición de conectarlos a la red, solicitó ante el tribunal de commerce de Bruselas que se ordenase el cese de dicha práctica comercial lesiva para sus «intereses

* Lengua original: francés.

1 — *Moniteur belge* de 2.8.1930.

2 — Artículo 1.

3 — Artículo 3.

4 — *Moniteur belge* de los días 20.10.1930 y 21.10.1930.

5 — Artículo 1.

6 — *Moniteur belge* de 29.9.1978.

profesionales», con arreglo a la Ley de 14 de julio de 1971 sobre prácticas comerciales. Es la argumentación expuesta por Inno en dicho procedimiento que suscitó el problema de la compatibilidad de la situación de RTT con el Derecho comunitario. Inno afirmó, en efecto, que no podía acusársele de vender aparatos sin informar a los posibles compradores de que no son de un tipo homologado, ya que los requisitos de expedición de la homologación son objetivamente contrarios al Tratado de Roma y, en particular, a su artículo 86, ya que RTT es al propio tiempo titular de la facultad de homologación y competidora con el mercado de la venta de aparatos por ella homologados. Por ello, el órgano jurisdiccional nacional ha planteado, mediante resolución, tres cuestiones prejudiciales sobre la interpretación de los artículo 30 y 86 del Tratado CEE.

4. Esto se produce en un momento en el que la necesidad de desarrollar el mercado común de las telecomunicaciones en la Comunidad aparece como una preocupación creciente, de la que dan fe determinados actos del Consejo y de la Comisión. Entre éstos, hay que resaltar que últimamente, en Resolución de 30 de junio de 1988,[7] el Consejo señaló, entre los «grandes objetivos de una política de telecomunicaciones», el de desarrollar un mercado común que permita a las administraciones de telecomunicaciones y a otros prestatarios de servicios «hacer frente a la competencia en igualdad de oportunidades», precisando que a tal efecto era conveniente, en particular:

«— Establecer una distinción clara entre las actividades normativas y de explotación, teniendo en cuenta la situación concreta de cada Estado miembro.

— Aplicar las normas correspondientes del Tratado, en particular las normas sobre la competencia, a las Administraciones de telecomunicaciones y a las empresas de telecomunicaciones privadas.» [8]

A dicha Resolución del Consejo le había precedido una Directiva de la Comisión, de fecha 16 de mayo de 1988, relativa a la competencia en los mercados de terminales de telecomunicaciones.[9] En ella se señala que, a partir del 1 de julio de 1989, la formalización de las «especificaciones y procedimientos de autorización existentes para los aparatos terminales» y el control de su aplicación así como la autorización «serán efectuados por una entidad independiente de las empresas públicas o privadas que ofrezcan bienes y/o servicios en el sector de las telecomunicaciones». [10]

5. Así, puede señalarse que la cuestión de la acumulación, por parte de la entidad gestora de la red nacional de telecomunicaciones, de la condición de autoridad de homologación de los aparatos terminales y de vendedor de tales aparatos es objeto de examen por parte de las Instituciones comunitarias. Pero la respuesta que constituye a este respecto la citada Directiva de 16 de mayo de 1988 no se ha tenido en cuenta en el marco del presente procedimiento. En efecto, dicha disposición, que es objeto,

7 — Resolución relativa al desarrollo del mercado común de los servicios y equipos de telecomunicaciones de aquí a 1992 (DO C 257, p. 1).

8 — *Ibidem*, p. 2, objetivo nº 5.

9 — Directiva 88/301/CEE (DO L 131, p. 73).

10 — *Ibidem*, artículos 5 y 6.

además, de un recurso de anulación pendiente ante este Tribunal de Justicia,[11] sólo es aplicable, en cualquier caso, a partir del 1 de julio de 1989 en el aspecto que nos interesa. Asimismo, aun cuando, a semejanza de lo que acaba de decidir el legislador neerlandés,[12] Bélgica prepare actualmente un Proyecto de Ley dirigido a la creación de una instancia de homologación independiente, el presente asunto debe examinarlo el Tribunal de Justicia solamente en función del estatuto actual de RTT y teniendo en cuenta el estado actual del Derecho comunitario.

6. Antes de abordar el análisis jurídico propiamente dicho, hay que hacer una precisión. Los aparatos telefónicos objeto de controversia en el litigio principal son terminales sencillas, combinados de receptores y emisores iguales a aquéllos de que dispone, normalmente, cualquier abonado al teléfono. Se comercializan en Bélgica en lo que se ha convenido en llamar el mercado del «segundo aparato». Cuando concede la utilización de una línea a un abonado, RTT le suministra un «primer aparato». Los «primeros aparatos» son fabricados por empresas con arreglo a contratos celebrados por RTT y conforme a pliegos de condiciones que recogen las exigencias técnicas de ésta. Dichos aparatos, entregados a RTT, son distribuidos por ella en exclusiva a los abonados. No existe, pues, competencia por lo que respecta al primer aparato, sino monopolio de RTT. Por el contrario, por lo que respecta a los restantes aparatos, el mercado es en principio libre, no hay monopolio comercial. Al lado de RTT, cualquier firma puede, por tanto, ofrecerlos en venta en dicho mercado. De ahí que sea en relación con los segundos aparatos respecto a los que se plantea la cuestión de la necesidad de homologación, en el marco del litigio principal.

11 — 202/88, Francia/Comisión.

12 — *Le Monde* de 3.1.1989.

7. Mediante la resolución de remisión, se solicita en primer lugar al Tribunal de Justicia que examine la compatibilidad de una situación como la que constituye el objeto de dicho litigio con respecto al artículo 30 del Tratado.

8. La Comisión ha formulado su opinión de que el análisis de facultades como las que posee RTT debe efectuarse, desde el punto de vista del principio de la libre circulación de mercancías, en primer lugar con arreglo a las disposiciones del artículo 37 del Tratado. Estas, relativas a los monopolios comerciales nacionales, se refieren más específicamente a una situación como la de RTT que a las disposiciones generales del artículo 30.

9. Hay que precisar, en primer lugar, de qué forma un monopolio como el de RTT, es decir, el derecho en exclusiva «a establecer y explotar, para correspondencia con el público, líneas y oficinas telegráficas y telefónicas»,[13] puede estar comprendido en el artículo 37. La sentencia del Tribunal de Justicia de 20 de marzo de 1985, Italia/Comisión,[14] ha calificado expresamente como prestación de servicios la actividad consistente en gestionar las instalaciones públicas de telecomunicaciones y en ponerlas, mediante el pago de cánones, a disposición de los usuarios. Ahora bien, se sabe que según las sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1974, Sacchi,[15] y de 28 de junio de 1983, «Mejora de la crianza»,[16] el artículo 37 se refiere a los intercambios de mercancías y no a un monopolio de prestación de servicios. Pero se sabe también, según las mismas sentencias, que una empresa

13 — Citada Ley de 13 de octubre de 1930, artículo 1.

14 — 41/83, Rec. p. 873.

15 — 155/73, Rec. p. 409.

16 — 271/81, Rec. p. 2057.

que monopoliza la prestación de determinados servicios puede infringir el principio de la libre circulación de mercancías en la medida en que su monopolio conduzca a una discriminación a favor de los productos nacionales. Le es aplicable, entonces, el artículo 37.

10. Un monopolio de prestación de servicios como el de RTT, ¿implica modalidades de organización que conducen a una discriminación en perjuicio de los aparatos telefónicos importados? Más concretamente, ¿una modalidad de organización como la facultad en exclusiva de comprobar la idoneidad de los aparatos telefónicos para ser conectados a la red cuya explotación constituye directamente el objeto del monopolio, conduce a una discriminación semejante? Pienso que no. La obligación de someter a homologación los aparatos, que condiciona directamente la posibilidad efectiva de comercializarlos, no es específica de los productos importados. Se aplica también a los productos nacionales. Debe añadirse que se aplica de la misma forma a los productos nacionales y a los productos importados de otro Estado miembro. En efecto, las especificaciones técnicas en función de las cuales se concederá o no la homologación son las mismas, con independencia del origen de los aparatos, el procedimiento de homologación es el mismo y el coste del canon que ha de pagarse para someter un aparato a dicho procedimiento no varía según que haya sido fabricado en Bélgica o no. Asimismo, considero que el régimen jurídico de la homologación no es, *a priori*, discriminatorio. No existe ningún obstáculo jurídico para que aparatos importados obtengan la homologación exigida para cualquier aparato que haya de conectarse a la red, sea cual fuere su procedencia.

11. Para analizar cuál es la situación, con respecto al artículo 37, del titular de un monopolio de telecomunicaciones que goza de una facultad de homologación en exclusiva como el aquí controvertido, la Comisión ha sugerido que se distingan, en las prerrogativas de dicho monopolio, tres derechos en exclusiva. Al derecho de homologación en exclusiva propiamente dicho se añaden el de autorizar la conexión y la facultad de control del cumplimiento de las disposiciones relativas a la autorización y a la homologación. Ni siquiera a través de dicha descomposición de la facultad de homologación llego a discernir, desde el punto de vista jurídico, elementos discriminatorios.

12. En relación con el método seguido por el Tribunal de Justicia en la sentencia Mejora de la crianza,[17] debe considerarse, al parecer, que a falta de normas de organización objetivamente discriminatorias, no hay motivo para afirmar que un monopolio nacional infringe el artículo 37. Me parece igualmente, sin embargo, que la respuesta a la cuestión de si un procedimiento, en cuanto tal, de homologación técnica de aparatos telefónicos infringe el principio de libre circulación de mercancías, supone un examen con respecto al artículo 30, con objeto de comprobar si no tiene un efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación. Después de dar un rodeo por el artículo 37, volvemos, si puede decirse, al artículo de base.

13. Como han podido comprobar, la tesis de RTT y la de la Comisión han coincidido en dos puntos importantes y que no eran, en realidad, seriamente discutibles. Está claro, en primer lugar, que el procedimiento de homologación de los aparatos telefónicos, aplicable indistintamente a los aparatos nacionales e importados, tiene, por el mero

17 — Antes citada.

hecho de su existencia, un efecto restrictivo sobre las importaciones, ya que los aparatos comercializados en un Estado miembro no podrán ser vendidos, en la práctica, en el territorio del Estado en el que se exige la homologación sin obtener ésta. En segundo lugar, es evidente que, dado el estado actual de diversidad técnica de las redes de telecomunicaciones de servicio público establecidas dentro de los Estados miembros, la necesidad de salvaguardar el buen funcionamiento de una red nacional puede justificar, en dichos Estados, la comprobación de la aptitud de los aparatos telefónicos distribuidos públicamente para ser conectados a dicha red sin inconvenientes para ésta, para sus usuarios y para las personas encargadas de su mantenimiento. Se trata ciertamente en el presente caso de una exigencia imperativa de interés general que puede vincularse, en particular, a la protección de los usuarios como consumidores de servicios, pero me parece que es también, antes que nada, la expresión de una preocupación vinculada a la protección de la propia red de telecomunicaciones, habida cuenta de la multiplicidad de intereses estratégicos, de orden y seguridad públicos y sanitarios, que condicionan su buen funcionamiento.

14. La Comisión ha hecho referencia precisamente a este respecto a las «exigencias esenciales» previstas por la Directiva 86/361/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la primera etapa del reconocimiento mutuo de la homologación de equipos terminales de telecomunicaciones. [18] Dicha Directiva tiene por objeto, según su artículo 1, el establecimiento por parte de los Estados miembros del «reconocimiento mutuo de los resultados de las pruebas de conformidad con las especificaciones comunes de conformidad de los equipos terminales de telecomunicaciones fabricados en serie». Sus disposiciones no son aplicables a la situación que nos ocupa, puesto que no ha habido aún aplicación de especificaciones comunes para las redes de telecomunicaciones aquí controvertidas en la Comunidad. Puede señalarse, sin embargo, que dichas especificaciones deberán responder a determinados «requisitos esenciales», que según el apartado 17 del artículo 2 son «actualmente»:

— La seguridad del usuario.

— La seguridad de los empleados de los explotadores de la red.

— La protección de las redes públicas de telecomunicaciones contra todo daño.

— La interoperabilidad de los equipos terminales, «cuando esté justificada».

Existe, pues, un «eco» legal en el análisis que resalta determinadas exigencias imperativas que hacen que resulte necesario el control de la compatibilidad con la red de los aparatos destinados a ser conectados a la misma.

15. Ante tales exigencias, los obstáculos a la importación que puedan resultar de su aplicación deberán ser aceptados, según reiterada jurisprudencia de este Tribunal de Justicia, en la medida en que sean necesarios.

18 — DO L 217, p. 21.

Ahora bien, es precisamente en relación con la valoración de la necesidad de los obstáculos resultantes, concretamente, de un procedimiento de homologación como el establecido en el caso de RTT, donde han aparecido divergencias entre el análisis expuesto por ésta y la postura de la Comisión. Para la primera, las modalidades de dicho procedimiento están estrictamente adaptadas a la protección de los intereses en juego. Para la segunda, determinadas modalidades son excesivas, desproporcionadas con respecto a lo que sería necesario para proteger eficazmente dichos intereses.

16. En apoyo de su opinión, la Comisión ha efectuado un examen detallado, a decir verdad sorprendente, de las especificaciones técnicas respecto a las cuales RTT subordina la expedición de la homologación, con objeto de demostrar que algunas de ellas eran más restrictivas de lo necesario para la protección de los intereses reconocidos como legítimos. Ahora bien, no corresponde al Tribunal de Justicia, en el presente procedimiento prejudicial, efectuar una valoración de la fundamentación de las especificaciones técnicas de referencia. El Juez *a quo* no pide al Tribunal de Justicia que proceda a tal examen. Pregunta al Tribunal de Justicia, al parecer, no sobre el contenido de las especificaciones técnicas utilizadas por RTT, sino sobre la situación jurídica resultante de que la legislación belga deje a la discreción de dicho organismo tanto la definición de dichas especificaciones como el control de su cumplimiento. No obstante, el hecho de que el Tribunal de Justicia no deba efectuar una comprobación de la adecuación de las especificaciones técnicas no significa que no deba someterse a estas últimas a ninguna comprobación. Pienso, no obstante, que ésta debe inscribirse en un control de carácter nacional, en un marco que intentaré precisar a continuación.

17. *A priori*, las modalidades jurídicas del procedimiento de homologación aplicado en RTT no parecen estar comprendidas en la prohibición recogida en el artículo 30. Dado que se admite como una exigencia imperativa la protección del buen funcionamiento de la red, no parece excesivo confiar al organismo encargado de la explotación de dicha red y responsable, en cuanto tal, de dicho buen funcionamiento, la función de establecer las especificaciones técnicas, cuyo cumplimiento condiciona la compatibilidad de un aparato telefónico, y de proceder a su aplicación a través del procedimiento de homologación. No parece desproporcionado tampoco establecer que los gastos ocasionados por los daños causados a la red como consecuencia de la conexión de un aparato no homologado correrán a cargo del abonado que haya efectuado dicha conexión. En estas circunstancias, si se consideran —como yo lo hago— tales modalidades como no excesivamente obstaculizadoras de las importaciones, pues son adecuadas para la protección de los intereses generales en juego, parece difícil estimar que la circunstancia de que el titular de la facultad de homologación sea al propio tiempo vendedor de aparatos análogos a los que deben serle sometidos para su homologación ocasione por sí sola, de forma inmediata, un aumento de los obstáculos. Si a una competencia de homologación, caracterizada por determinadas modalidades de procedimiento precisas se considera que no le afecta la prohibición del artículo 30, no comprendo cómo puede pensarse que la atribución de dicha competencia a tal órgano y no a otro, sin introducir ningún cambio en dichas normas de procedimiento, implique, por sí sola, el paso a un estado de prohibición respecto al citado artículo. No lo comprendo bien, pues no veo qué agravación efectiva, palpable, de los obstáculos a la importación puede resultar de la mera determinación del titular de la referida competencia.

18. Lo que quiero decir, fundamentalmente, es que cuando se ha admitido, con respecto al artículo 30, que determinados intereses eran dignos de protección y que determinadas modalidades jurídicas eran adecuadas para dicha protección, la mera consideración de la calidad, jurídica o económica, del responsable de la aplicación de dichas modalidades jurídicas no puede conducir, en principio, a la calificación de medida de efecto equivalente. No es posible, a menos que medie una presunción, considerar que la mera identidad del titular de una competencia jurídica constituya —haciendo abstracción de los requisitos del ejercicio de dicha competencia— una medida de efecto equivalente. Ahora bien, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a las medidas de efecto equivalente no reconoce la existencia de obstáculos a las importaciones basados en presunciones, sino en medidas, actos o comportamientos.

19. Me parece interesante recordar que en la sentencia de 9 de mayo de 1985, Comisión/Francia,[19] relativa a la homologación de aparatos de franqueo postal, el Tribunal de Justicia consideró que la práctica de la denegación sistemática de la homologación de aparatos de franqueo procedentes del Reino Unido era contraria al artículo 30, cuando en aquel caso el titular de la facultad de homologación era la Administración de correos francesa. No es, por tanto, la presunción de que dicha Administración hubiera procurado, *a priori*, proteger la producción nacional en el ejercicio de su facultad de homologación lo que había justificado, a juicio del Tribunal de Justicia, la declaración de un incumplimiento de las obligaciones derivadas del artículo 30, sino los actos que reflejaban, efectivamente, el propósito de obstaculizar las importaciones, en aquel caso las negativas reiteradas e injustificadas a conceder la homologación.

20. De ahí que no sea a la atribución de la facultad de homologación a RTT a la que me parece aplicable el artículo 30, sino, en su caso, al ejercicio de dicha facultad. En efecto, si bien el hecho de que la propia RTT adopte las especificaciones técnicas a las que está subordinada la homologación no sea en sí criticable con arreglo al artículo 30, la circunstancia de que el contenido de las especificaciones efectivamente adoptadas no tenga estrictamente por objeto garantizar la compatibilidad con la red, no permite invocar una exigencia imperativa. Lo mismo puede decirse en el caso de que resulte que las denegaciones de homologación se fundan en motivos distintos del incumplimiento de las especificaciones técnicas adecuadas.

21. Al tratarse, en el presente caso, de restricciones a un principio fundamental del Tratado, el de la libre circulación de mercancías, estimo que hay que precisar ciertos requisitos indispensables para un control de su necesidad por parte de un órgano jurisdiccional nacional. Ello me parece conforme con los conceptos vertidos por este Tribunal de Justicia en la sentencia de 12 de marzo de 1987, Comisión/Alemania,[20] en relación con la prohibición de comercializar, en la República Federal, cerveza que contenga aditivos. En efecto, el Tribunal de Justicia ha señalado que la denegación injustificada de autorización de emplear determinados aditivos debían

19 — 21/84, Rec. p. 1355.

20 — 178/84, Rec. p. 1227.

«poderla invocar los operadores económicos en un procedimiento judicial». [21]

Dicha postura, adoptada para la aplicación del principio de libre circulación de mercancías, ha de relacionarse con la sentencia de 15 de octubre de 1987, Heylens, en la que el Tribunal de Justicia declaró:

«Cuando en un Estado miembro el acceso a una profesión asalariada está supeditado a la posesión de un diploma nacional o extranjero convalidado, el principio de la libre circulación de los trabajadores establecido por el artículo 48 del Tratado exige que la decisión por la que se niega a un trabajador nacional de otro Estado miembro la convalidación del diploma expedido por el Estado miembro del que es nacional sea susceptible de un recurso de carácter jurisdiccional que le permita verificar su legalidad en relación con el Derecho comunitario y que el interesado pueda tener conocimiento de los motivos en que se basa la decisión.» [22]

Pienso que, frente a decisiones denegatorias de la homologación, que cierran, en la práctica, el acceso al mercado nacional a aparatos telefónicos importados de otro Estado miembro, el artículo 30 implica exigencias análogas a las recogidas en dicha sentencia.

22. Me parece asimismo que la respuesta del Tribunal de Justicia puede consistir en declarar que la legislación de un Estado miembro que atribuye a la empresa pública que explota la red de telecomunicaciones y vende equipos la facultad de expedir, para los aparatos telefónicos no suministrados por ella, la homologación que permitirá autorizar su conexión a la red y que dispone que los gastos ocasionados por la conexión de un aparato no homologado correrán a cargo del autor de dicha conexión, no infringe las disposiciones del Tratado que establecen la libre circulación de mercancías, ya que la legislación controvertida permite entablar un procedimiento judicial contra la decisión denegatoria de la homologación de un aparato importado de otro Estado miembro; dicho procedimiento deberá permitir comprobar la legalidad, con respecto al Derecho comunitario, de los motivos de la denegación comunicados al operador de referencia.

23. Tal respuesta no parece que exponga a los sistemas jurídicos de los Estados miembros a grandes cambios. En efecto, si bien la mayor parte de ellos tienen una situación similar a la de Bélgica por lo que a la homologación de aparatos telefónicos se refiere, por cuanto el titular de la facultad de homologación no es realmente diferente del organismo que posee el monopolio de explotación de la red de telecomunicaciones, en su mayoría admiten igualmente un control de la legalidad de la denegación de homologación que incluye la comprobación de los motivos relacionados con la no conformidad con las especificaciones técnicas, sirviéndose, en su caso, de medidas periciales. Sólo hay que introducir, por tanto, innovaciones, en los Estados miembros en que el control de legalidad no se extiende a la fundamentación de las motivaciones que se basan en consideraciones técnicas, es decir, al parecer, Italia, Irlanda y Luxemburgo. Puede pensarse que el recurso a expertos permitiría a los órganos jurisdiccionales na-

21 — *Ibidem*, apartado 46.

22 — 222/86 (Rec. p. 4097), apartado 17.

cionales de que se trate ampliar su control a las motivaciones técnicas de las denegaciones de homologación, lo cual no parece presentar, *a priori*, dificultades importantes.

24. La Comisión ha sugerido a este Tribunal de Justicia en sus observaciones escritas la inclusión, en los instrumentos de análisis del Derecho comunitario útiles para responder a las cuestiones del Juez *a quo*, de determinadas disposiciones de la Directiva 83/189/CEE del Consejo, de 28 de marzo de 1983, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas.[23] Señaló la Comisión que las especificaciones técnicas aplicadas actualmente por RTT para la homologación de aparatos telefónicos, adoptadas el 21 de abril de 1987, no habían sido previamente notificadas, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 8 de la citada Directiva. Con arreglo a dicha disposición, los Estados miembros comunicarán a la Comisión «todo proyecto de reglamento técnico salvo si se trata de una simple transposición íntegra de una norma internacional o europea», explicando brevemente «las razones por las cuales es necesario el establecimiento de tal reglamento técnico.» La Comisión informará inmediatamente del proyecto a los otros Estados miembros. Según el apartado 2 del artículo 8, el Estado miembro autor del proyecto «tendrá en cuenta, en la medida de lo posible», las observaciones que en su caso hagan la Comisión o los demás Estados miembros. Además, el Estado miembro de que se trate deberá, con arreglo al apartado 1 del artículo 9, aplazar seis meses la adopción del reglamento técnico previsto en el proyecto si la Comisión u otro Estado miembro emitiere «un comunicado detallado según el cual la medida prevista debiera modificarse a fin de eliminar o de limitar los obstáculos a la libre circulación de bienes que, eventualmente, podrían derivarse del mismo». La duración del plazo de adopción pasa a ser de doce meses, con arreglo al apartado 2 del artículo 9, si la Comisión «anunciare su intención de proponer o de adoptar una directiva referente a dicha cuestión».

25. En relación con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa al efecto directo de las Directivas, así como la referente a la notificación de los proyectos de ayudas estatales, la Comisión estima que las normas técnicas adoptadas en un Estado miembro con posterioridad a la expiración del plazo fijado por el artículo 12 de la Directiva, sin haberse respetado el procedimiento de información previo establecido por ésta, no son aplicables en un litigio entre dicho Estado y un particular.

26. RTT no ha negado no haber comunicado previamente a la Comisión su proyecto de especificaciones técnicas. Pero señaló en la vista que la no notificación de tal proyecto no debía implicar la inaplicabilidad de dichas especificaciones, en la medida en que la Directiva no contiene ninguna norma material, de fondo, sino normas de procedimiento y que el incumplimiento de dichas normas no significa que se haya infringido una norma sustancial de Derecho comunitario. Tal infracción sólo podría imputarse, en su caso, al propio contenido de las especificaciones.

27. Quiero señalar, a este respecto, que dicha Directiva no fue invocada en modo alguno ante el Juez *a quo* y que en las cuestiones de éste no se hace mención alguna a la misma, puesto que se refieren únicamente a los artículos 30 y 86 del Tratado. Tengo, por tanto, ciertas dudas respecto a la necesidad de que el Tribunal de Justicia se pro-

23 — DO L 109, p. 8.

nuncie, con motivo del presente asunto, sobre la inaplicabilidad de normas técnicas no notificadas en las formas previstas por la Directiva. Por lo demás, la argumentación de la Comisión que defiende la inaplicabilidad de las normas técnicas no notificadas previamente, me parece discutible. Dicha inaplicabilidad no está prevista formalmente en la Directiva, que exige simplemente que no se apliquen las normas proyectadas antes de que expiren determinados plazos. Ello contrasta particularmente, hay que decirlo, con el régimen de notificación de los proyectos de ayudas previsto en el apartado 3 del artículo 93 del Tratado, porque dicha disposición contempla expresamente la imposibilidad de ejecutar un proyecto de ayuda antes de la adopción de una decisión, con arreglo al apartado 2 del artículo 93, por parte de la Comisión o, en su caso, del Consejo. Cabe señalar también, por otra parte, que una ayuda de Estado es, en principio, con arreglo al artículo 92 del Tratado, incompatible con el mercado común, salvo que el propio Tratado disponga otra cosa. Ahora bien, en el ámbito de las normas técnicas a que se refiere la Directiva, no existe incompatibilidad de principio de dichas normas técnicas con el Derecho comunitario. Una posible incompatibilidad está vinculada a la sustancia de dichas normas.

28. Puede haber en ello, por tanto, un motivo de controversia en relación con la interpretación de la Directiva 83/189. Ahora bien, el debate a este respecto tan sólo se ha abordado incidentalmente y de forma nada exhaustiva, en el presente asunto, cuando como he indicado, el Juez *a quo* no ha formulado ninguna pregunta al Tribunal de Justicia sobre este punto. Ante estas circunstancias, no me parece necesario ni oportuno tomar aquí en consideración dicha Directiva.

29. Con ello llego a la discusión en torno a la compatibilidad de la situación de RTT, como titular de la facultad de homologación, con las disposiciones del artículo 86 del Tratado. La cuestión planteada sobre este punto consiste, en el fondo, en saber si la atribución por un Estado miembro al titular de un monopolio de explotación de la red de telecomunicaciones del derecho en exclusiva a conceder a los aparatos telefónicos no suministrados por él la homologación necesaria para que su conexión a la red sea autorizada y a determinar las especificaciones técnicas a las que está subordinada la homologación, es contraria al artículo 86, en la medida en que el beneficiario de dicho monopolio es, por otra parte, vendedor en el mercado de los aparatos sometidos a su homologación.

30. Como ha señalado con certeza la Comisión, la valoración de la compatibilidad con lo dispuesto en el artículo 86, de medidas estatales, requiere una ampliación del marco jurídico del análisis. En efecto, al dirigirse las disposiciones de que se trata a las empresas, y no a los Estados, no pueden aplicarse directamente a dichas medidas. Es, pues, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la interpretación del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 86, donde deben buscarse elementos de respuesta. Señalaré a este respecto que en la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 1977, Inno/ATAB se precisaba que si

«es cierto que el artículo 86 se dirige a las empresas, no lo es menos que el Tratado impone a los Estados miembros no establecer ni mantener en vigor medidas que puedan eliminar la eficacia de dicha disposición», [24]

24 — 13/77 (Rec. p. 2115), apartado 31.

observándose a continuación que el artículo 90 disponía:

«Los Estados miembros, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, no adoptarán ni mantendrán ninguna medida contraria, especialmente, a las normas previstas en los artículos 85 a 94, ambos inclusive.» [25]

31. Dichas fórmulas constituyen referencias adecuadas para el presente caso, por cuanto RTT es indiscutiblemente una empresa pública que goza, por efecto de la voluntad estatal, de determinados derechos en exclusiva. Dichos derechos son, en particular, los que caracterizan su situación de monopolio de explotación de la red de telecomunicaciones. Entre los derechos en exclusiva atribuidos a RTT se encuentra precisamente la facultad de homologación de los aparatos telefónicos no suministrados por ella.

32. En el examen de los elementos de respuesta a la cuestión de si la atribución a una empresa pública que explota la red de telecomunicaciones y comercializa aparatos telefónicos de un derecho en exclusiva como la facultad de homologar los aparatos telefónicos comercializados por sus competidores, es contraria a las obligaciones derivadas, para los Estados miembros, del apartado 1 del artículo 90 del Tratado, debe tenerse en cuenta una precisión claramente aportada por la jurisprudencia comunitaria. El Tribunal de Justicia ha declarado, en efecto, en la sentencia Sacchi:

25 — *Ibidem*, apartado 32.

«La existencia de un monopolio en favor de una empresa a la que un Estado miembro concede derechos exclusivos no es, en sí misma, incompatible con el artículo 86.» [26]

Ello significa que la atribución de un derecho en exclusiva a una empresa pública no es, por principio, una «medida contraria al artículo 86» en el sentido de la jurisprudencia Inno de este Tribunal de Justicia. Tal atribución sólo puede considerarse una medida contraria al artículo 86 en cuanto tenga un vínculo directo y efectivo con un abuso de posición dominante. Según la sentencia de 30 de abril de 1986, Nouvelles frontières, [27] un Estado miembro no respeta su obligación de no adoptar ni mantener en vigor medidas que puedan privar de eficacia las disposiciones del artículo 85 del Tratado si impone o favorece la concertación de prácticas colusorias contrarias a dicho artículo o refuerza los efectos de las mismas. Dicha fórmula me parece que puede trasladarse al ámbito del artículo 86, en el sentido de que los Estados miembros no pueden imponer o favorecer un abuso de posición dominante ni reforzar los efectos del mismo mediante la atribución de un derecho en exclusiva.

33. El Tribunal de Justicia no tiene que examinar, en el marco del presente procedimiento prejudicial, si la situación objeto de litigio debe calificarse o no como abuso de posición dominante. Deberá interpretar las disposiciones aplicables del Tratado con respecto a algunas características jurídicas señaladas por el Juez *a quo* en sus cuestiones. La aplicación de las disposiciones interpretadas de este modo al caso concreto de RTT corresponderá al referido Juez.

26 — 155/73, antes citada, apartado 14.

27 — Asuntos acumulados 209/84 a 213/84, Ministère public/ Asjes y otros (Rec. p. 1425).

34. Debe determinarse asimismo si la atribución de un derecho en exclusiva como el controvertido puede imponer o favorecer un abuso de posición dominante o reforzar los efectos del mismo. La Comisión y la firma Inno consideran que la respuesta a este punto es afirmativa. No comparto dicha opinión.

35. La postura defendida por la Comisión suscita una primera observación, que puede parecer inspirada por un prurito de lógica jurídica un tanto formal pero que se dirige, en realidad, a esclarecer una cierta confusión en el recurso al concepto de abuso de posición dominante. Cabe preguntarse, en efecto, si la Comisión no defiende una tesis en la que la atribución de un derecho de exclusiva como el aquí controvertido es al propio tiempo un elemento constitutivo de una posición dominante y un abuso de dicha posición. Ciertamente, la Comisión no caracteriza formalmente la posición dominante de una empresa como RTT en función de la atribución de la facultad de homologación. Alude a otros elementos, a saber, la posesión de un monopolio para la explotación de la red telefónica pública nacional y, en consecuencia, el acceso privilegiado a todos los usuarios de la red pública. Así se evita, en su argumentación, el recurso a un «doble empleo» de la facultad de homologación. Considero sin embargo, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que no puede dejar de considerarse tal facultad como un elemento constitutivo de una posición dominante. En la sentencia de 13 de noviembre de 1975, General Motors,[28] el Tribunal de Justicia ha declarado que la atribución por un Estado miembro, en forma de exclusividad legal, de la función de Derecho público consistente en garantizar el control técnico de conformidad de los vehículos que permita su circulación, al constructor o a su mandatario, combinada con la libertad de éste de fijar libremente el precio de su prestación, implica la constitución de una posición dominante. Análogamente, en su sentencia de 11 de noviembre de 1986, British Leyland,[29] el Tribunal de Justicia consideró que debe estimarse que un constructor al que se ha concedido en un Estado miembro, conforme a la normativa vigente, el monopolio de expedición de los certificados de conformidad necesarios para la matriculación de los vehículos de su marca, ocupa una posición dominante en el mercado de los servicios indispensables para los revendedores profesionales, habida cuenta de la situación de dependencia económica creada para dichos revendedores.

36. Si se considera que la exigencia de homologación de los aparatos telefónicos determina la existencia de un mercado de servicios indispensables, de hecho, para que los operadores interesados puedan comercializar los aparatos telefónicos, me parece bastante claro que la atribución a la empresa pública que posee el monopolio de explotación de la red de telecomunicaciones de la exclusividad legal para la expedición de la homologación puede hacer que ocupe, en dicho mercado, una posición dominante. Pero me parece, además, que dada la condición de vendedor de aparatos telefónicos de dicha empresa pública, su derecho en exclusiva a expedir la homologación puede contribuir a colocarla en posición dominante en otro mercado, directamente relacionado en este caso, el de la venta de aparatos telefónicos.

37. Partiendo de esta base, se observa que admitir la posición de la Comisión, que con-

28 — 26/75, Rec. p. 1367.

29 — 226/84, Rec. p. 3263.

sidera la atribución de la facultad de homologación, en una situación como la de RTT, como impositora o favorecedora de un abuso de posición dominante, supone conceptuar en cierto modo a dicha atribución como constitutiva al propio tiempo de tal posición y del abuso de la misma. Puede observarse aquí el fallo del razonamiento de la Comisión, que tiende a contraer dos conceptos que son, sin embargo, distintos en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

38. Según la sentencia del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche, existe una situación de posición dominante cuando una empresa posee un poder económico que

«le confiere la potestad de oponerse al mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado de referencia, ofreciéndole la posibilidad de comportamientos independientes en una medida apreciable, frente a sus competidores, sus clientes y, finalmente, los consumidores» [30] *(traducción provisional).*

En la misma sentencia, el Tribunal de Justicia ha definido la explotación abusiva de posición dominante como un concepto objetivo referido a

«los comportamientos de una empresa que ocupa una posición dominante que son de tal naturaleza que influyen sobre la estructura de un mercado en el que, a consecuencia precisamente de la presencia de la empresa de que se trate, el nivel de competencia esté ya debilitado y que obstaculizan, recurriendo a medios diferentes de los que rigen en una competencia normal de productos o servicios en función de las prestaciones de los operadores económicos, el mantenimiento del nivel de competencia existente aún en el mercado o el desarrollo de dicha competencia» [31] *(traducción provisional).*

Me parece que de estas definiciones se desprende una distinción entre la posición dominante, entendida como una situación que ofrece la posibilidad de obstaculizar el mantenimiento de la competencia y el abuso de dicha posición, que debe consistir en un comportamiento que obstaculice efectivamente dicho mantenimiento.

39. De igual modo la doctrina, al exponer el régimen jurídico del abuso de posición dominante, precisa que, según dicho régimen, no es la posición dominante en cuanto tal lo que se prohíbe, sino su abuso. Como señalan los Sres. Stoufflet y Chaput: «El hecho de que una empresa ocupe una posición dominante no es [...] ilícito en sí mismo. El artículo 86 prohíbe tan sólo la explotación abusiva de tal situación». [32] Dicha distinción entre posición dominante y su explotación abusiva se precisa a lo largo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, en la medida en que exige, para que se declare la existencia de un abuso, un comportamiento caracterizado de la empresa de referencia, acciones, hechos materiales o actos jurídicos. Por el contrario la aptitud para tener un comportamiento o para cometer actos constitutivos de abuso no constituye en sí misma un abuso.

30 — 85/76 (Rec. p. 461), apartado 38.

31 — *Ibidem*, apartado 91.

32 — *Jurisclasseur de droit international public*, Comunidad Económica Europea, fascículo 164 G, nº 198.

40. Así, en los citados asuntos General Motors y British Leyland, el Tribunal de Justicia no consideró que existiera abuso por la circunstancia de que los constructores de referencia tuvieran conferido, por delegación del Estado, el derecho en exclusiva a controlar la conformidad de los vehículos de sus marcas, pero ha señalado que el uso que se hizo de dicha facultad, en particular al exigir como pago por dicho servicio cánones desproporcionados en relación con el valor económico de la prestación efectuada, podía constituir tal abuso.[33] Ha precisado claramente en este sentido que la posesión con carácter exclusivo de una facultad de control de naturaleza administrativa no constituía, en los casos de referencia, un abuso de posición dominante, pero que la forma en que se ejercitara dicha facultad podía considerarse, en su caso, como tal.

41. La sentencia del Tribunal de Justicia «Nouvelles frontières» me parece que aporta también precisiones útiles, aunque verse sobre la compatibilidad de un procedimiento previsto por una legislación nacional con el artículo 85 y no con el 86. En efecto, el Tribunal de Justicia ha estimado que una decisión de homologación de tarifas aéreas por parte del Estado podía ser contraria al Tratado en la medida en que las tarifas homologadas fueran

«resultado de un acuerdo, de una asociación de empresas o de una práctica concertada contraria al artículo 85» [34] *(traducción provisional),*

lo cual significa, una vez más, que no es el procedimiento de homologación en cuanto tal lo que planteaba un problema de compatibilidad con el Tratado, sino las condiciones concretas de ejercicio de la facultad de homologación en un caso concreto.

42. Me parece asimismo que, habida cuenta de dichas observaciones sacadas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el hecho de atribuir a una empresa pública como RTT la facultad exclusiva de homologar los aparatos telefónicos, con objeto de comprobar su compatibilidad con la red, no es contrario a los artículos 90 y 86 del Tratado, aunque no puede excluirse que el ejercicio de dicha facultad pudiera conducir a que se produzcan abusos de posición dominante. La delegación por parte del Estado de una facultad de homologación respecto de la cual sólo su mal uso puede conducir a un abuso de posición dominante no me parece constitutiva, en sí misma, de tal abuso.

43. En efecto, hay que reconocer que en la situación en que la referida facultad de homologación se atribuye a una empresa pública que es competidora, por su parte, en el mercado de aparatos telefónicos, es posible que parezca que aumentan las posibilidades, por así decirlo, de un mal uso de la facultad de homologación. ¿Hay que considerar, sin embargo, que, por el hecho de producirse dicho incremento, la propia atribución de dicha facultad se convierte en un abuso de posición dominante? No lo creo, pues me parece importante que se conserve la distinción entre la posición dominante y su explotación abusiva y que, en tal sentido, la calificación de abuso de posición dominante se reserve únicamente para los comportamientos y actos positivos, sin llegar a comprender la mera posibilidad de tales comportamientos o actos.

33 — Asuntos, antes citados, 26/75 y 226/84.

34 — Asuntos acumulados, 209/84 a 213/84, antes citados en la nota 27.

44. Hay que distinguir, además, que, desde el punto de vista de una concepción liberal del Derecho, la asimilación a un comportamiento prohibido de la mera posibilidad de tal comportamiento es problemática. Con tal asimilación, se pasa, en efecto, de un régimen represivo, en el que ha de probarse la existencia del comportamiento prohibido, a un régimen preventivo, en el que basta la presunción de que se producirá tal comportamiento. Ello me parece inadmisible. Por ello, considero que debe responderse que la atribución a una empresa como RTT de una facultad de homologación de los equipos no suministrados o vendidos por ella no es contraria, por sí sola, a los artículos 90 y 86 del Tratado, pero que el ejercicio de la facultad de homologación por parte de dicha empresa con un objetivo distinto de la comprobación de la compatibilidad con la red pudiera conducir a un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 86 del Tratado, siempre que se cumplan los requisitos en él establecidos, en particular por lo que respecta a la propia existencia de una posición dominante en un mercado concreto y al efecto sobre el comercio entre Estados miembros.

45. No creo que sea necesario añadir a la respuesta que ha de darse, en relación con los artículos 86 y 90 del Tratado, salvedades expresas referentes a la existencia de un recurso judicial respecto a la denegación de homologación. En efecto, si este Tribunal de Justicia admite mis sugerencias en el marco de la respuesta relativa a la libre circulación de mercancías, las referidas salvedades serían en gran parte redundantes. Si no se acogen dichas sugerencias, existen pocas posibilidades de que parezcan necesarias a este Tribunal salvedades referentes a los artículos 86 y 90. Además, me parece que el control del ejercicio de la facultad de homologación debe integrarse en la apreciación que en función del conjunto de los datos de hecho el órgano jurisdiccional nacional, ante el que se invoca un abuso de posición dominante, debe efectuar sobre la existencia de tal abuso. Quizás sea útil precisar que, entre dichos datos de hecho, debería tenerse en cuenta la inadecuación técnica de los criterios de homologación así como el carácter injustificado de decisiones denegatorias de la homologación. En la práctica, y según las particularidades de los sistemas nacionales, pudiera proceder que el órgano jurisdiccional nacional ordenase la práctica de pruebas periciales y, en su caso, plantease cuestiones prejudiciales a la jurisdicción administrativa cuando ésta sea competente en exclusiva para conocer de la legalidad de decisiones administrativas y, en concreto, la homologación y las especificaciones técnicas adopten la forma de tales decisiones.

46. En definitiva, propongo que el Tribunal de Justicia declare lo siguiente:

«1) La legislación de un Estado miembro que atribuye, a una empresa pública que explota la red nacional de telecomunicaciones y vende equipos, un derecho en exclusiva que se plasma en la facultad de homologar los aparatos no suministrados o vendidos por ella, con objeto de comprobar, en función de las especificaciones técnicas por ella establecidas, si pueden ser conectados a la red, y que establece que los gastos ocasionados por la conexión de un aparato no

homologado correrán a cargo de quien la haya efectuado, no es contraria a las disposiciones del Tratado CEE sobre la libre circulación de mercancías, puesto que prevé la posibilidad de un recurso judicial contra la decisión denegatoria de la homologación de un equipo procedente de otro Estado miembro, debiendo permitir dicho recurso la comprobación, con respecto al Derecho comunitario, de los motivos de denegación comunicados al operador de que se trate.

2) La referida legislación no es contraria tampoco a los artículos 90 y 86 del Tratado CEE, precisándose, sin embargo, que el ejercicio por parte de la empresa pública de la facultad de homologación con un fin distinto del de comprobar la compatibilidad técnica de los equipos con la red podría conducir a un abuso de posición dominante prohibido por el artículo 86, sin perjuicio de que se cumplan todos los requisitos en él establecidos; corresponde al órgano jurisdiccional nacional ante el que se alega tal abuso, apreciar, en función del conjunto de las circunstancias de hecho, entre las que se encuentra la posible inadecuación de las especificaciones técnicas y el carácter eventualmente injustificado de decisiones denegatorias de la homologación, si ha existido abuso.»