CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PEDRO CRUZ VILLALÓN presentadas el 22 de junio de 2010 [1]

I. Introducción

1. El Grondwettelijk Hof (Tribunal Constitucional) de Bélgica invita al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre el alcance de las disposiciones de la Directiva 2002/22/CE, [2] relativa al servicio universal en el sector de las telecomunicaciones, que regulan la compensación de las obligaciones de servicio universal. Más concretamente, el Tribunal de Justicia ha de determinar si la citada Directiva, interpretada conjuntamente con su norma marco, la Directiva 2002/21/CE, [3] permite que un legislador actúe como autoridad nacional de reglamentación y declare como «carga injusta» la prestación deficitaria de un servicio universal, sobre la sola base de una evaluación de costes anterior a la liberalización del mercado de las telecomunicaciones.

2. Aunque el auto del tribunal remitente centra su atención en las normas belgas que regulan la compensación del conjunto de obligaciones de servicio universal, el proceso nacional parece centrarse principalmente en un servicio específico: las denominadas tarifas sociales. De hecho, las normas belgas que regulan la compensación por la prestación de este servicio también han llamado la atención de la Comisión Europea, llevándola a plantear un recurso por incumplimiento ante este Tribunal de Justicia en el asunto C-222/08, Comisión/Bélgica, cuyas conclusiones hago públicas el mismo día que las del presente procedimiento.

3. En este proceso prejudicial, un grupo de empresas de telecomunicaciones han planteado ante el Grondwettelijk Hof un recurso de anulación por inconstitucionalidad, impugnando la ley que regula la compensación por la prestación del servicio universal de telecomunicaciones. Los recurrentes alegan la discriminación que sufren respecto de la operadora histórica, Belgacom, en la medida en que la compensación de dichos servicios beneficia a aquélla en detrimento de las demás.

1 — Lengua original: español.

2 — 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 L 108, p. 51).

3 — Directiva 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 (Directiva marco) (DO L 108, p. 33).

4. En consecuencia, el Grondwettelijk Hof reclama una interpretación del Tribunal de Justicia que se pronuncie sobre la naturaleza que el Derecho de la Unión atribuye a las autoridades nacionales de reglamentación (en adelante, «ANR»), pero también sobre la forma de compensar las obligaciones del servicio universal a la luz de la Directiva 2002/22.

II. La normativa aplicable

A. *El Derecho de la Unión Europea*

5. Como texto marco del Derecho derivado en materia de telecomunicaciones, la Directiva 2002/21 prevé una serie de disposiciones generales aplicables a las ANR. A los efectos del presente litigio, es necesario destacar el artículo 3, que establece lo siguiente

«1. Los Estados miembros velarán por que cada una de las misiones asignadas a las autoridades nacionales de reglamentación en la presente Directiva y en las directivas específicas sea desempeñada por un organismo competente.

2. Los Estados miembros garantizarán la independencia de las autoridades nacionales de reglamentación, velando por que sean jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de todas las entidades suministradoras de redes, equipos o servicios de comunicaciones electrónicas. Los Estados miembros que mantengan la propiedad o el control de empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas velarán por que exista una separación estructural efectiva entre la función de regulación y las actividades relacionadas con la propiedad o el control.

3. Los Estados miembros velarán por que las autoridades nacionales de reglamentación ejerzan sus competencias con imparcialidad y transparencia.

4. Los Estados miembros publicarán las misiones que incumben a las autoridades nacionales de reglamentación de forma fácilmente accesible, en particular cuando dichas misiones se asignen a más de un organismo. […] En aquellos casos en los que más de una autoridad sea competente en estos ámbitos, los Estados miembros garantizarán la publicación de forma fácilmente accesible de las respectivas misiones de cada autoridad.

[…]

6. Los Estados miembros notificarán a la Comisión todas las autoridades nacionales de reglamentación que tengan asignadas misiones con arreglo a la presente Directiva y a las directivas específicas, así como sus respectivas responsabilidades.»

6. La Directiva 2002/22 concreta las disposiciones de la Directiva marco, aplicándolas a la vertiente de servicio universal que contiene el servicio de telecomunicaciones.

7. El artículo 3 de la Directiva 2002/22 encomienda a los Estados miembros que velen por que los servicios de telecomunicaciones se presten con una calidad específica, facilitando, en particular, que las prestaciones se realicen a unos precios asequibles cuando se den condiciones distintas a las normales.

8. Para la Directiva 2002/22, las prestaciones básicas comprenden: a) una conexión a la red telefónica pública desde una ubicación fija, a un precio asumible; b) una oferta suficiente de teléfonos públicos de pago, así como los números de urgencia, en particular, el número único europeo 112, gratuitamente desde cualquier teléfono; c) las guías telefónicas y las informaciones sobre números de abonados; y d) ciertas medidas en favor de los usuarios socialmente más vulnerables, como los de las zonas rurales o aisladas, los ancianos, los discapacitados o los de bajo nivel de renta, a fin de que accedan en las mismas condiciones que los demás.

9. El artículo 8 de la Directiva 2002/22 se refiere a la designación de los prestadores del servicio universal:

«1. Los Estados miembros podrán designar una o más empresas que garanticen la prestación del servicio universal a que se refieren los artículos 4, 5, 6 y 7 y, si procede, el apartado 2 del artículo 9, de manera que pueda quedar cubierta la totalidad de su territorio. Los Estados miembros podrán designar empresas o grupos de empresas diferentes para la prestación de diversos elementos del servicio universal y abarcar distintas partes del territorio nacional.

2. Los Estados miembros que designen empresas para el cumplimiento de obligaciones de servicio universal en la totalidad o en parte de su territorio habrán de aplicar a ese fin un mecanismo de designación eficaz, objetivo, transparente y no discriminatorio en virtud del cual no pueda excluirse *a priori* la designación de ninguna empresa. Estos métodos de designación garantizarán que la prestación del servicio universal se haga de manera rentable y podrán utilizarse como medio para determinar el coste neto derivado de la obligación de tal servicio de conformidad con el artículo 12.»

10. Según el considerando décimo de la Directiva 2002/22, se entiende por precio asequible el «que los Estados miembros definen a nivel nacional teniendo en cuenta las circunstancias nacionales específicas, para lo cual pueden recurrir al establecimiento de tarifas comunes e independientes de la ubicación

o de tarifas especiales dirigidas a cubrir las necesidades de los usuarios con rentas bajas. Desde el punto de vista del consumidor, la asequibilidad de los precios está vinculada a su capacidad de vigilar y controlar los propios gastos».

11. Las tarifas sociales se encuentran recogidas, de forma general, en el artículo 9 de la Directiva 2002/22:

«1. Las autoridades nacionales de reglamentación supervisarán la evolución y el nivel de la tarificación al público aplicable a los servicios identificados en los artículos 4, 5, 6 y 7 como pertenecientes a las obligaciones de servicio universal y que sean prestados por empresas designadas, en particular en relación con los niveles nacionales de precios al consumo y de rentas.

2. Teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, los Estados miembros podrán obligar a las empresas designadas a que ofrezcan a los consumidores opciones o paquetes de tarifas que difieran de las aplicadas en condiciones normales de explotación comercial, con objeto de garantizar, en particular, que las personas con rentas bajas o con necesidades sociales especiales puedan tener acceso al servicio telefónico disponible al público o hacer uso del mismo.

3. Además de las disposiciones para que las empresas designadas apliquen opciones tarifarias especiales o limitaciones de precios, equiparación geográfica u otros regímenes similares, los Estados miembros podrán garantizar que se preste ayuda a los consumidores con rentas bajas o con necesidades sociales especiales.

[…]».

12. A fin de garantizar la eficacia del servicio universal, el artículo 13 de la Directiva 2002/22 introduce un método de financiación de las obligaciones de servicio universal en estos términos:

«1. Cuando, sobre la base del cálculo de costes netos indicado en el artículo 12, las autoridades nacionales de reglamentación consideren que una empresa está sometida a una carga injusta, los Estados miembros, a petición de una empresa designada, decidirán:

a) introducir un mecanismo de compensación, con cargo a los fondos públicos y en condiciones de transparencia, a favor de dicha empresa por los costes netos que se determine; o también

b) repartir el coste neto de las obligaciones de servicio universal entre los proveedores de servicios y redes de comunicaciones electrónicas.

2. Cuando el coste neto se comparta con arreglo a la letra b) del apartado 1, los Estados miembros establecerán un mecanismo de reparto administrado por la autoridad nacional de reglamentación o por un órgano independiente de los beneficiarios, bajo la supervisión de la autoridad nacional de reglamentación. Sólo podrá financiarse el coste neto correspondiente a las obligaciones establecidas en los artículos 3 a 10, calculado de conformidad con el artículo 12.

3. Los mecanismos de reparto de los costes deberán respetar los principios de transparencia, distorsión mínima del mercado, no discriminación y proporcionalidad, de conformidad con los principios enunciados en la Parte B del Anexo IV. Los Estados miembros podrán optar por no exigir contribución alguna a las empresas cuyo volumen de negocios a escala nacional se sitúe por debajo de un umbral preestablecido.

4. Las cuotas destinadas a compartir los costes de las obligaciones de servicio universal deberán desglosarse [y] determinarse por separado para cada empresa. Dichas cuotas no podrán imponerse ni cobrarse a empresas que no presten servicios en el territorio del Estado miembro que haya establecido el mecanismo de reparto.»

13. El paso previo a la compensación es la evaluación de los costes del servicio universal, cuyo sistema de cálculo está contemplado en el artículo 12 de la Directiva 2002/22:

«1. Cuando las autoridades nacionales de reglamentación consideren que la prestación del servicio universal establecida en los artículos 3 a 10 pueda constituir una carga injusta para las empresas designadas para suministrar dicho servicio, calcularán el coste neto de esa prestación.

A tal efecto, las autoridades nacionales de reglamentación:

a) calcularán el coste neto derivado de la obligación de servicio universal, teniendo en cuenta los beneficios, si los hubiere, que revierten en el mercado a una empresa designada para prestar un servicio universal, de conformidad con lo establecido en la Parte A del Anexo IV; o bien

b) harán uso de los costes netos de la prestación de servicio universal establecidos por un mecanismo de designación con arreglo al apartado 2 del artículo 8.

2. Las cuentas y demás información en que se base el cálculo del coste neto derivado de las obligaciones de servicio universal a que se refiere la letra a) del apartado 1 serán objeto de auditoria o verificación por la autoridad nacional de reglamentación o por un organismo independiente de las partes interesadas y aprobado por la autoridad nacional de

reglamentación. Los resultados del cálculo de costes y las conclusiones de la auditoria se pondrán a disposición del público.»

14. La mencionada parte A del Anexo IV prevé lo siguiente:

«[…]

Al efectuar el cálculo, el coste neto de las obligaciones de servicio universal se determinará calculando la diferencia entre el coste neto que para un operador designado tiene el operar con obligaciones de servicio universal y el correspondiente a operar sin dichas obligaciones. Este criterio es aplicable tanto si la red de un Estado miembro concreto se encuentra plenamente desarrollada como si se halla aún en fase de desarrollo y expansión. Se prestará la debida atención a la evaluación correcta de todos los costes que cualquier empresa designada habría decidido evitar si no se le hubiera impuesto obligación alguna. El cálculo del coste neto habrá de incluir los beneficios, incluidos los beneficios inmateriales, que hayan revertido al operador de servicio universal.

El cálculo deberá basarse en los costes imputables a:

i) los elementos de los servicios que sólo pueden prestarse con pérdidas o en condiciones de costes no conformes a las prácticas comerciales normales.

   En esta categoría podrán figurar elementos de servicio tales como el acceso a los servicios telefónicos de urgencia, la provisión de un determinado número de teléfonos públicos de pago, la prestación de determinados servicios o el suministro de determinados equipos para personas con discapacidad, etc.;

ii) los usuarios finales o grupos de usuarios finales específicos que, teniendo en cuenta el coste del suministro de la red y servicio especificado, los ingresos generados y la eventual fijación de precios mediante promedio geográfico que imponga el Estado miembro, sólo pueden atenderse con pérdidas o en condiciones de costes no conformes a las prácticas comerciales normales.

   Esta categoría incluye a los usuarios finales o grupos de usuarios finales que no serán atendidos por un operador comercial al que se hubiera impuesto la obligación de prestar un servicio universal.

El cálculo del coste neto de cada aspecto específico de las obligaciones de servicio universal deberá realizarse por separado y de manera que se evite el recuento doble de los beneficios y los costes directos o indirectos. El coste neto global de las obligaciones de servicio universal para una empresa será calculado como la suma de los costes netos derivados de cada componente de estas obligaciones, habida cuenta de cualquier beneficio inmaterial. Incumbirá a la autoridad nacional de reglamentación la responsabilidad de verificar el coste neto.»

B. *El Derecho belga*

15. La Ley de 13 de junio de 2005, sobre las telecomunicaciones electrónicas, en la versión modificada por la Ley de 25 de abril de 2007 (en lo sucesivo, «Ley de 2005 modificada»), diseña un régimen de financiación del servicio universal distinguiendo entre las tarifas sociales y el resto de obligaciones del servicio universal.

16. El artículo 74 de la Ley de 2005 modificada (en su redacción conferida por el artículo 173 de la Ley de 25 de abril de 2007) contiene los principios elementales que rigen las compensaciones entre operadores, considerando las «condiciones tarifarias particulares para ciertas categorías de beneficiarios» como un componente social del servicio universal. [4]

17. Compete al Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (Instituto belga de los servicios postales y de las telecomunicaciones; en lo sucesivo, «BIPT») la remisión al ministro de un informe anual con el número de los «abonados sociales» que las distintas empresas atienden, en relación con su volumen de mercado en el ámbito de la telefonía pública. [5]

18. La indemnización por las «tarifas sociales» incumbe, cuando lo solicite ante el BIPT el correspondiente operador, a un fondo dotado de personalidad jurídica, gestionado por el BIPT. [6]

19. Para compensar la carga de los «clientes sociales» que asume cada compañía, los apartados sexto y séptimo del artículo 74 diseñan el reparto de los fondos en proporción a su cifra global de negocio. Las compensaciones se deben de inmediato, si bien las que hayan de realizarse a través del fondo, se harán efectivas en el momento en que éste resulte operativo o, a más tardar, en el curso del año siguiente a la entrada en vigor del propio artículo 74. [7]

20. El coste neto de las «tarifas sociales» para cada operador que lo solicite, se calcula por el BIPT, de acuerdo con la metodología definida en el anexo. [8] Asimismo, el BIPT puede determinar las modalidades de cálculo de los costes y de las compensaciones en los límites establecidos por la Ley. [9]

21. Según el artículo 45 *bis* del anexo citado, el cálculo del coste neto de las tarifas sociales corresponde a la diferencia entre los ingresos que obtendría la empresa en condiciones comerciales ordinarias y los que recibe realmente como consecuencia de tener que aplicar los descuentos sociales previstos en la Ley en favor de los beneficiarios de las tarifas sociales. Además, contempla una regla transitoria por la que, dentro de los cinco primeros años de entrada en vigor de la Ley, la compensación (cuando proceda) del prestatario histórico se

4 — Artículo 74, apartado 1.
5 — Artículo 74, apartado 3.
6 — Artículo 74, apartado 4.
7 — Artículo 74, apartado 8.
8 — Artículo 74, apartado 9.
9 — Artículo 74, apartado 10.

ha de disminuir en un porcentaje fijado por el BIPT sobre la base del beneficio indirecto, basándose en los cálculos que efectuó respecto de los costes netos de sus tarifas sociales.

22. El artículo 202 de la Ley de 2007 realiza una interpretación del último párrafo del artículo 74 de la Ley de 2005, otorgando a los reembolsos del fondo el carácter de inmediatamente debidos. El artículo describe que, durante la preparación de la citada Ley de 2005, habida cuenta de las condiciones previstas en la Directiva 2002/22, a instancias del operador histórico del servicio universal y después de la fijación del coste neto de ese servicio por el BIPT, el legislador belga procedió, como ARN, a una evaluación de las cargas que concernían al antiguo monopolista. El legislador llegó a la conclusión de que, a tenor del beneficio indirecto (comprendido el inmaterial), toda situación deficitaria hace aparecer una carga irrazonable.

III. El litigio nacional y la cuestión prejudicial

23. El 8 de noviembre de 2007, Base, Euphony Benelux, Mobistar, Uninet International, T2 Belgium y KPN Belgium interpusieron ante el Grondwettelijk Hof un recurso de anulación contra la Ley de 25 de abril de 2007, aduciendo la vulneración de los artículos 10 y 11 de la Grondwet (Constitución belga).

24. Censuran las recurrentes la diferencia de trato que, en su opinión, deriva de esos preceptos con relación a Belgacom, por cuanto, para el antiguo monopolista el legislador declaró que el servicio universal constituye una «carga injusta», provocando, de esta manera, que esa calificación sólo resulte revisable en el futuro mediante una ley. Por el contrario, respecto de las recurrentes, la «carga injusta» sólo puede ser constatada y, en su caso, actualizada, por el BIPT.

25. Añaden que, para determinar el coste neto de la sociedad anónima Belgacom, el legislador se basó en cifras extraídas de la documentación contable correspondiente al ejercicio 2001, mientras que la evaluación respecto de ellas fue realizada por el BIPT sobre la base de unas cifras actuales.

26. No obstante, el Grondwettelijk Hof parte de la consideración de que el legislador, en su condición de autoridad nacional de reglamentación, declaró que la prestación del servicio universal en condiciones no rentables, constituye una «carga injusta» para todos los proveedores, razón por la cual, concreta los términos de su planteamiento a través de la siguiente pregunta prejudicial:

«¿Se puede interpretar el artículo 12 de la 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 (Directiva servicio universal), en el sentido de que permite que el legislador competente de un Estado miembro, en su condición de autoridad nacional de reglamentación, declare, con carácter general y sobre la base del cálculo del coste neto del proveedor del servicio universal, que anteriormente fue el proveedor único, que la prestación del servicio universal puede constituir una carga injusta para las empresas designadas para ofrecer el servicio universal?»

IV. El procedimiento ante el Tribunal de Justicia

27. La remisión de la cuestión prejudicial se registró en la secretaría del Tribunal de Justicia el 8 de septiembre de 2008.

28. Han presentado observaciones escritas el Gobierno belga, Base y Belgacom, así como la Comisión.

29. La vista, celebrada en común para esta cuestión prejudicial y para el asunto C-222/08, se celebró el pasado 17 de marzo de 2010. Asistieron los representantes del Reino de Bélgica, de Base y otros, de Belgacom NV, así como de la Comisión.

V. Análisis de la cuestión prejudicial

30. Dados los términos en los que el Grondwettelijk Hof ha planteado el debate, debe esclarecerse, en primer lugar, si el legislador belga ha actuado de conformidad con la Directiva 2002/22 al hacer una declaración interpretativa y retroactiva como la de 2007, teniendo en cuenta que la citada Directiva atribuye expresamente esta decisión a las ANR. Si la respuesta a este interrogante fuera positiva, habría que averiguar a continuación si una valoración global y abstracta sobre los datos que concernían exclusivamente a Belgacom -antiguo monopolista- puede extenderse al resto de empresas sin considerar sus circunstancias particulares.

A. *Sobre las ANR y la intervención del legislador belga*

31. A fin de dar cumplimiento a las misiones reguladoras asignadas por la Directiva 2002/21, los Estados miembros han encomendado dichas funciones a organismos independientes y dotados de un conocimiento técnico especializado. Así se desprende del artículo 3, apartado 2, de la citada Directiva, donde se especifica que tales organismos, las ANR, deben ser «jurídicamente distintas y funcionalmente independientes de todas las entidades suministradoras de redes, equipos o servicios de comunicaciones electrónicas».

32. Esta medida de profundo impacto institucional tiene su fundamento en la apertura de mercados estratégicos tradicionalmente

monopolizados por el Estado, como el de las telecomunicaciones, imponiéndole a aquél, desde el Derecho de la Unión, una disociación de funciones: por un lado, como mediador investido de autoridad pública; por otro lado, como empresario con legítimas expectativas de ganancia.

33. Para compatibilizar ambas vertientes, se atribuye la función de regulación a unas autoridades independientes que, en el campo de las telecomunicaciones, reciben el nombre de autoridades nacionales de reglamentación (ANR, como vengo refiriéndome a ellas). La independencia de la que gozan estas autoridades aparece reforzada en el articulado de las Directivas, pero los Estados tienen también un margen de discrecionalidad a la hora de definir el alcance preciso de esta independencia. Por tanto, hay que resaltar la existencia de dos niveles de protección/definición de la independencia de las ANR: uno en el nivel del Derecho de la Unión, donde las Directivas marcan el perímetro más general de definición; y otro en el nivel del Derecho interno, encargado de especificar más concretamente la articulación de esa independencia.

34. Este segundo nivel de configuración de la independencia de las ANR es reconocido por la propia Directiva marco, en cuya exposición de motivos admite que los márgenes de regulación de estos organismos se trazarán «sin perjuicio de la autonomía institucional y de las obligaciones constitucionales de los Estados miembros, ni del principio de neutralidad con respecto a las normas de los Estados miembros por las que se rige el régimen de la propiedad establecido en el artículo 295 del Tratado [...]». [10]

35. Para completar este marco, recientemente el Tribunal de Justicia ha ofrecido algunas pautas interpretativas útiles, ayudando así a resolver la tensión entre la independencia de las ANR y la autonomía institucional de los Estados miembros.

1. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia aplicable a las ANR y la autonomía institucional de los Estados miembros

36. De acuerdo con un principio firmemente arraigado, la decisión sobre los órganos de los Estados miembros que han de ejecutar las obligaciones derivadas del Derecho de la Unión se realiza conforme a los respectivos sistemas constitucionales. [11] Ahora bien, la distribución de poderes que realicen los Estados miembros no puede poner en riesgo ni el tenor literal ni el efecto útil de las disposiciones del Derecho de la Unión.

10 — Considerando décimo primero.

11 — Véanse, entre muchas otras, las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), apartado 5, y Comet (45/76, Rec. p. 2043), apartado 13, y de 14 de diciembre de 1995, Peterbroeck (C-312/93, Rec. p. I-4599), apartado 12, de 20 de septiembre de 2001, Courage Crehan (C-453/99, Rec. p. I-6297), apartado 29; de 11 de septiembre de 2003, Safalero (C-13/01, Rec. p. I-8679), apartado 49; de 13 de marzo de 2007, Unibet (C-432/05, Rec. p. I-2271), apartado 39; de 7 de junio de 2007, Van der Weerd y otros (C-222/05 a C-225/05, Rec. p. I-4233), apartado 28.

37. Esta tensión entre la autonomía institucional y la efectividad del Derecho de la Unión se vuelve aún más incisiva cuando el legislador europeo armoniza un sector e introduce medidas de ordenación institucional aplicables a los Estados miembros. Así sucede, como es bien sabido, en el caso de las Directivas en materia de telecomunicaciones, cuya Directiva marco impone a los Estados miembros la creación de organismos independientes y especializados. [12] En esta situación, la necesidad de que la ordenación institucional nacional se ajuste al Derecho de la Unión se vuelve imperiosa, pero tampoco quiere ello decir que los Estados queden desprovistos de todo margen de actuación.

38. En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha confirmado que la creación y ordenación de las ANR se produce en un marco general y abstracto fijado por las Directivas de telecomunicaciones, cuya fijación deben acometer los Estados miembros con un considerable espacio de decisión. De las dos sentencias relevantes en la materia, Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones [13] y Comisión/Alemania, [14] se desprenden estas y otras pautas, que resultan de especial utilidad para la resolución del presente proceso prejudicial.

39. En el asunto Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones se planteaba si un Estado miembro podía atribuir a distintos organismos la asignación de recursos de numeración nacionales y la gestión de los planes nacionales de numeración. Estas funciones se encuentran recogidas en el artículo 10, apartado 1, de la Directiva marco, y España había dividido su ejecución entre la ANR nacional y el Gobierno. El Tribunal de Justicia resolvió la cuestión afirmando que la Directiva marco no se opone a que un Estado miembro atribuya a organismos distintos las funciones que encomienda dicha norma a las ANR. Sin embargo, la sentencia introdujo una importante matización al afirmar que los Estados miembros están obligados, no sólo a garantizar la independencia funcional de las autoridades de reglamentación frente a las entidades suministradoras de redes, equipos o servicios de comunicaciones electrónicas, «sino también a publicar de forma fácilmente accesible las misiones que incumban a dichas autoridades de reglamentación y a notificar a la Comisión el nombre de las autoridades de reglamentación que tengan asignadas esas misiones, así como sus respectivas responsabilidades». [15]

40. El conflicto que enfrentaba a la ANR española con el Gobierno de ese país fue resuelto finalmente por su Tribunal Supremo aplicando la citada doctrina, y la decisión se

12 — Al respecto, véase Muñoz Machado, S. y Esteve Pardo, J. (Dir.) «Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica», *Derecho de la regulación económica*, Vol. I, Iustel, Madrid, 2009, p. 133.

13 — Sentencia de 6 de marzo de 2008 (C-82/07, Rec. p. I-1265).

14 — Sentencia de 3 de diciembre de 2009 (C-424/07, Rec. p. I-11431).

15 — Apartado 25.

decantó en favor de la ANR: [16] por un lado, se admite la existencia de distintos organismos reguladores independientes asumiendo la condición de ANR; por otro lado, el Estado miembro debe realizar esta división de tal forma que cumpla un mínimo estándar de previsibilidad, debiendo así determinar claramente qué competencias corresponden a cada organismo y notificarlas sin dilación alguna a la Comisión. [17]

41. La segunda resolución del Tribunal de Justicia que debe tenerse en cuenta es la recientemente dictada en el asunto Comisión/Alemania, antes citado. En este recurso por incumplimiento, la Comisión alegaba que la República Federal de Alemania había infringido las Directivas en materia de telecomunicaciones al limitar por ley la aplicación de la regulación a los mercados sensibles, así como las facultades de orientación e intervención de las ANR respecto de objetivos de regulación específicos. En su sentencia, el Tribunal de Justicia sentó doctrina en dos aspectos de especial interés para el presente proceso: por un lado, destacó el papel de las ANR en el momento de realizar análisis de los mercados pertinentes, a fin, principalmente, de que ellas determinen si las empresas presentes en dicho mercado ejercen un poder significativo que genere distorsiones en el funcionamiento de aquél. En la medida en que el legislador alemán había excluido a las ANR de la definición y análisis de los nuevos mercados, el Tribunal de Justicia consideró que el legislador había privado a dichas entidades de las facultades que *expresamente* le atribuyen las Directivas. [18] Por otro lado, la sentencia declaró igualmente la ilicitud de una norma legislativa que marca determinados objetivos a perseguir por las ANR, excluyendo otros que aparecen recogidos en las Directivas. Sobre este punto, el Tribunal de Justicia afirmó que cuando el legislador da preferencia a uno sólo de los objetivos que la Directiva marco impone a las ANR, «efectúa una ponderación de dichos objetivos, cuando tal ponderación corresponde a la ANR en el cumplimiento de las tareas de regulación que le han sido asignadas». [19]

42. El Abogado General Poiares Maduro analizó con detalle esta última cuestión en sus conclusiones presentadas en el asunto Comisión/Alemania, y destacó que las funciones conferidas a las ANR pueden, en ocasiones, estar vedadas al legislador. Tal como afirma en el punto 63 de las citadas conclusiones, «no tiene las mismas consecuencias encomendar la ponderación de [un] 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».

16 — Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo contencioso-administrativo, Sección 3ª, de 10 de marzo de 2009.

17 — Ver Cienfuegos Mateo, M. y Armengol Ferrer, F., «Cuestión prejudicial comunitaria, pluralidad de organismos nacionales reguladores en el ámbito de las telecomunicaciones y conflicto potencial de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas», *Unión Europea Aranzadi*, Octubre 2008.

18 — Apartados 81 a 83.

19 — Apartado 93.

43. Precisamente porque el legislador cumple una misión específica en cada sistema constitucional nacional, coincido con el Abogado General Poiares Maduro en que habrá ocasiones en que dicha misión no sea compatible con las tareas que deben acometer las ANR. El hecho de que las labores de preparación en el análisis de mercados, de ponderación de objetivos, así como la resolución de decisiones individuales, recaiga sobre estos organismos, significa que las Directivas se los atribuye en el entendimiento de que son la institución técnica y jurídicamente más apropiada para asumir los mandatos del marco regulador de la Unión. [20]

44. Teniendo en cuenta lo hasta ahora dicho, pueden deducirse las siguientes conclusiones.

45. En primer lugar, la atribución a las ANR de funciones específicas a través de las Directivas es una asignación que cada Estado miembro determina ejerciendo un amplio grado de discrecionalidad. En consecuencia, las Directivas no se oponen a que existan varias ANR en un mismo mercado, ejerciendo cada una de ellas funciones separadas, siempre y cuando dicha división no produzca inseguridad jurídica. Por tanto, la atribución de la condición de ANR a distintos organismos debe responder a un mínimo de previsibilidad y transparencia.

46. En segundo lugar, no está excluido que el legislador asuma ocasionalmente determinadas funciones de ANR, si el Estado miembro lo considera oportuno, pero siempre y cuando se dé cumplimiento a las condiciones de previsibilidad y transparencia antes citadas. Incluso cabe la posibilidad de que el legislador adopte decisiones que inciden directamente en las funciones de la ANR, sin que el legislador se arrogue la condición de tal. [21] Sin embargo, para que esta intervención sea conforme a las Directivas, se deduce de la sentencia Comisión/Alemania que dicha conducta no puede limitar ni eliminar funciones que expresamente se hayan atribuido a la ANR por las Directivas. Esta limitación a las potestades legislativas de los Estados miembros tiene su anclaje en la razón de ser de las ANR, creadas e implantadas para servir fines específicos que los Estados, al adoptar la Directiva, han querido que sean cumplidos por organismos técnicos, separados

20 — Komesar, N., *Imperfect Alternatives – Choosing Institutions in Law, Economics and Public Policy,* Chicago, University of Chicago Press, 1994, pp. 176 y ss.

21 — El considerando decimotercero de la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO L 337, p. 37), por la que se modifican las Directivas de 2002 en materia de telecomunicaciones, reconoce que el legislador no es la instancia más adecuada para asumir funciones que corresponden a las ANR, pero tampoco hace una valoración concluyente al respecto. Más bien al contrario, la ambigüedad del considerando, que se limita a desincentivar el recurso a la intervención legislativa, parece confirmar que los legisladores, siempre y cuando cumplan determinadas condiciones, pueden actuar en condición de ANR: «[…] A tal efecto, debe disponerse expresamente en el Derecho nacional que, en el ejercicio de sus cometidos, la autoridad nacional de reglamentación responsable de la regulación *ex ante* del mercado o de la solución de litigios entre empresas esté protegida de intervenciones exteriores o presiones políticas que puedan comprometer su evaluación independiente de los asuntos que se le sometan. *Tal influencia exterior hace que un órgano legislativo nacional resulte inadecuado para actuar como autoridad nacional de reglamentación con arreglo al marco regulador.*» (cursiva añadida).

funcionalmente de la labor gubernativa y de la actividad parlamentaria.

2. El marco legal belga a la luz de las Directivas y de su interpretación jurisprudencial

47. Llegados a este punto, debe ahora esclarecerse si el legislador belga ha asumido legítimamente funciones que la Directiva marco, así como la Directiva 2002/22, confieren en principio a las ANR. Si no fuera así, debe analizarse también si el legislador belga, aunque se haya atribuido la condición de ANR, pudo lícitamente actuar así.

48. El artículo 12, apartado 1, de la Directiva 2002/22 establece expresamente que corresponde a las ANR analizar si la prestación de un servicio universal puede constituir una carga injusta para las empresas que prestan el servicio. A tal fin, calcularán el coste neto de la prestación teniendo en cuenta los criterios que fijan las letras a) y b) de dicho apartado. Una vez realizado el cálculo, la ANR decide formalmente si una empresa está sometida a una carga injusta en virtud del artículo 13 de la Directiva 2002/22. A partir de ese instante, la norma deja de mencionar abiertamente a las ANR y establece que «*los Estados miembros,* a petición de una empresa designada, *decidirán*» [22] la introducción de un sistema de compensación con cargo a fondos públicos, o un sistema de reparto de costes entre los proveedores de servicios de telecomunicaciones.

49. El tracto que impone la Directiva 2002/22 resulta meridianamente claro y caracteriza las funciones que corresponden a cada institución. Salta a la vista que las ANR, y expresamente ellas, son las llamadas a realizar las tareas previas de análisis y fijación del mercado y de los costes de un servicio universal. Se les encomienda esta tarea a fin de que la prospección del mercado la acometa un organismo técnicamente solvente y funcionalmente independiente. Ello es así porque, a pesar de que la compensación por la prestación de un servicio universal sea una medida aceptable desde la óptica del mercado, también es cierto que existe un riesgo de abuso que termine por alterar la situación competitiva de algunos operadores. Por tanto, la Directiva 2002/22 quiere que sea la ANR quien fije las bases que posteriormente servirán para que se produzca una transferencia de capital en favor de uno o varios prestadores de servicios.

50. A partir de ese instante, una vez fijada la existencia de una base técnica y jurídica suficiente para que se produzca la compensación, la Directiva 2002/22 atribuye lo que podría calificarse como un núcleo decisorio a «los Estados miembros». Desaparecen así

22 — Cursiva añadida.

las ANR en el momento de adoptar la que sin duda es la resolución esencial: el sistema de compensación y su eventual aplicación individualizada. Por tanto, la Directiva 2002/22 ha creado un sistema en dos fases, donde la primera etapa, de naturaleza prospectiva y técnica, recae exclusivamente sobre las ANR, y la segunda, en manos de los Estados miembros, puede conferirse a la institución que se considere más apropiada y conforme a la autonomía institucional de cada país. Nada impide que el legislador sea la autoridad competente para determinar el sistema de compensación, si bien deberá hacerlo siguiendo las pautas que le marca el artículo 13 de la Directiva 2002/22.

51. ¿Se ha seguido este tracto en Bélgica?

52. A la vista de los acontecimientos transcurridos entre los años 2005 y 2007, salta a la vista que la respuesta sólo puede ser negativa.

53. En primer lugar, debe destacarse que durante la fase preliminar que la Directiva 2002/22 atribuye expresamente a las ANR, y que en el caso de autos se produjo en el año 2005 y en sede legislativa, se omitió toda mención a la evaluación de costes, así como al hecho de que existiera una «carga injusta». Sólo en el año 2007, y una vez iniciado un procedimiento pre-contencioso de incumplimiento a instancias de la Comisión, el legislador belga adoptó una medida interpretativa y de alcance retroactivo, especificando que la Ley de 2005 había realizado ese análisis y había confirmado la existencia de la «carga injusta». Pues bien, esta conducta choca con la esencia misma del artículo 12 de la Directiva 2002/22, cuya finalidad es garantizar la previsibilidad y el carácter técnico de ese primer estadio procedimental. Ello es así porque, tal como se estableció en el asunto Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, la asunción por un organismo, en este caso el legislador, de funciones de ANR, debe efectuarse habiéndolo publicado de forma fácilmente accesible, así como notificándolo a la Comisión, dejando claramente definidas las distintas responsabilidades de cada entidad. [23] No sólo no consta que Bélgica hubiera realizado con anterioridad a 2005 una declaración de esta naturaleza, sino que se observa una conducta radicalmente opuesta, en tanto que el legislador se atribuyó tales funciones retroactivamente, algo que difícilmente es conciliable con la relevancia que las Directivas atribuyen al valor de la estabilidad y la seguridad jurídica en esta materia.

54. Incluso en el supuesto de que el legislador hubiera querido intervenir no como ANR, sino como poder normativo soberano, una actuación así sería también incompatible con la Directiva 2002/22. En efecto, el artículo 12, antes citado, confiere a las ANR, y sólo a ellas, una labor prospectiva, de carácter técnico-jurídico, a fin de determinar si las empresas que

23 — Ver Comisión Nacional de Telecomunicaciones, antes citada, apartado 25.

prestan obligatoriamente servicios universales sufren una «carga injusta». La Directiva 2002/22 en su artículo 13, excepciona este monopolio sólo cuando llega el momento de definir y aplicar un sistema de compensación concreto. Si bien el legislador está plenamente habilitado por dicha Directiva para optar entre uno de los modelos de compensación que le marca la normativa de la Unión, y todo ello en un espacio de amplia discrecionalidad que preserva la autonomía institucional de los Estados miembros en un momento muy ligado a la decisión estrictamente patrimonial, todo lo contrario sucede en los instantes previos de análisis y prospección. Al haber asumido el legislador belga tanto la función previa como la función decisional-patrimonial previstas en los artículos 12 y 13 de la Directiva 2002/22, se ha alterado el equilibrio ahí marcado entre las ANR y las demás autoridades nacionales, habiéndose, por tanto, infringido el Derecho de la Unión.

B. *El cálculo de las obligaciones de servicio universal*

55. La respuesta a la primera cuestión prejudicial hace innecesario profundizar en los demás aspectos planteados por el Grondwettelijk Hof. Una solución en los términos antes expuestos conduciría al órgano remitente a una conclusión categórica: en la medida en que tanto la Ley de 2005 como la Ley de 2007 son incompatibles con el Derecho de la Unión por instaurar un sistema que no ha seguido el procedimiento impuesto por la Directiva 2002/22, el objeto del recurso interpuesto ante su jurisdicción ha decaído.

56. Por tanto, y aunque el órgano remitente se ha referido a cuestiones adicionales en su reenvío prejudicial, la duda sustantiva de este proceso debe darse por resuelta y de forma útil, con la propuesta que aquí formulo al Tribunal de Justicia, sin perjuicio de remitirme a mis conclusiones del asunto C-222/08.

VI. Conclusión

57. En atención a las anteriores consideraciones, sugiero al Tribunal de Justicia responder a la cuestión prejudicial, declarando que:

«La 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, se opone a que un legislador nacional determine la existencia de una carga injusta, sobre la base del cálculo de los costes incurridos por parte del proveedor del servicio universal, en la medida en que dichas funciones han sido atribuidas expresamente por la Directiva 2002/22 a las autoridades nacionales de reglamentación. En el caso de que el legislador nacional se atribuya la condición de autoridad nacional de reglamentación, el Estado miembro debe, con carácter previo a la asunción de funciones, declarar de forma clara, y previa consulta a la Comisión, las competencias específicas asignadas a cada autoridad.»