Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. MACIEJ SZPUNAR
presentadas el 9 de septiembre de 2014[1]

Asunto C-282/13

T-Mobile Austria GmbH
contra
Telekom-Control-Kommission

[Petición de decisión prejudicial planteada por el Verwaltungsgerichtshof (Austria)]

«Comunicaciones electrónicas — Protección ante un órgano jurisdiccional nacional de derechos basados en el ordenamiento jurídico de la Unión — Derecho de recurso contra una decisión de una autoridad nacional de reglamentación — Concepto de persona «afectada» por una decisión adoptada por una autoridad nacional de reglamentación — Artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2002/21/CE — Transferencia de derechos de uso de radiofrecuencias — Artículo 5, apartado 6, de la Directiva 2002/20/CE»

I. **Introducción**

1. El presente asunto ofrece al Tribunal de Justicia la posibilidad de precisar el alcance de la legitimación para interponer recurso contra decisiones adoptadas por las autoridades nacionales de reglamentación en el ámbito de las comunicaciones electrónicas. Asimismo, brinda la ocasión para hacer una reflexión más general sobre la medida en que el Derecho de la Unión puede insertarse en el Derecho procesal de los Estados miembros que regula los requisitos de los recursos interpuestos contra las decisiones administrativas.

2. El Verwaltungsgerichtshof austriaco (Tribunal Supremo de lo Contencioso-administrativo) ha planteado una petición relativa a la interpretación del concepto de persona «afectada» por una decisión adoptada por una autoridad nacional de reglamentación en el sentido del artículo 4 de la Directiva 2002/21/CE (en lo sucesivo, «Directiva marco»),[2] en el marco de un procedimiento relativo a la transferencia de derechos de uso de radiofrecuencias, que prevé el artículo 5, apartado 6, de la Directiva 2002/20/CE (en lo sucesivo, «Directiva autorización»).[3]

1 — Lengua original: polaco.

2 — 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), en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO L 337, p. 37).

3 — Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas («Directiva autorización») (DO L 108, p. 21), en su versión modificada por la Directiva 2009/140.

3. La cuestión prejudicial del órgano jurisdiccional remitente versa sobre la definición del grupo de personas que tiene derecho a recurrir las decisiones adoptadas por la autoridad de reglamentación en el marco de un procedimiento concreto relativo al Derecho de las comunicaciones electrónicas. Ahora bien, la respuesta a esta cuestión tendrá un alcance más amplio, pues en otros actos jurídicos de la Unión relativos a los mercados regulados figuran también normas análogas. [4]

II. **Marco normativo**

A. *Derecho de la Unión*

4. El Derecho armonizado de las comunicaciones electrónicas se basa en la Directiva marco y en directivas específicas, entre las cuales se halla la Directiva autorización.

5. El artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco establece:

«Los Estados miembros velarán por que exista a nivel nacional un mecanismo eficaz en virtud del cual cualquier usuario o empresa suministradora de redes o servicios de comunicaciones electrónicas que esté afectado por una decisión de una autoridad nacional de reglamentación pueda recurrir ante un organismo independiente de las partes implicadas. Este organismo, que podrá ser un tribunal, tendrá la experiencia adecuada para poder desempeñar sus funciones con eficacia. Los Estados miembros velarán por que el fondo del caso se tenga debidamente en cuenta, así como que haya un mecanismo de recurso eficaz.»

6. El artículo 5, apartado 6, de la Directiva autorización dispone:

«Las autoridades nacionales competentes velarán por que las radiofrecuencias se utilicen eficiente y eficazmente, de conformidad con el artículo 8, apartado 2, y el artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco). También velarán por que la competencia no quede falseada a consecuencia de la transferencia o acumulación de derechos de uso de radiofrecuencias. A tal efecto, los Estados miembros podrán adoptar medidas apropiadas, tales como ordenar la venta o la transferencia de derechos de uso de radiofrecuencias.»

B. *Derecho austriaco*

7. De conformidad con el artículo 8 de la Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz 1994 (Ley general sobre el procedimiento administrativo de 199[4], BGBl. 51/1991), en su versión publicada en 2004 (BGBl. I, 10/2004) (en lo sucesivo, «AVG»):

«Las personas que soliciten la actuación de la autoridad o a las que se refiera la actividad de la autoridad tendrán la condición de interesadas y, en la medida en que sean titulares de un derecho o de un interés jurídico en relación con el objeto de dicha actuación, la condición de partes.»

4 — Véanse, entre otros, el artículo 22, apartado 3, de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio (DO 1998, L 15, p. 14), en su versión modificada por la Directiva 2008/6/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de febrero de 2008 (DO L 52, p. 3); el artículo 37, apartado 17, de la Directiva 2009/72/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad y por la que se deroga la Directiva 2003/54/CE (DO L 211, p. 55), y el artículo 41, apartado 17, de la Directiva 2009/73/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de julio de 2009, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural y por la que se deroga la Directiva 2003/55/CE (DO L 211, p. 94).
Esta última disposición constituye el objeto del asunto E.ON Földgáz Trade (C-510/13), pendiente ante el Tribunal de Justicia.

8. El procedimiento de atribución de radiofrecuencias, que regula el artículo 5, apartado 6, de la Directiva autorización, está regulado por los artículos 54 a 57 de la Telekommunikationsgesetz 2003 (Ley sobre las telecomunicaciones de 2003; en lo sucesivo, «TKG 2003») (BGBl. I, 70/2003).

9. En particular, el artículo 56 de la TKG 2003 dispone:

«1. La transferencia de derechos de uso de radiofrecuencias que hayan sido atribuidos por la autoridad de reglamentación exigirá la autorización previa de esta última. La autoridad de reglamentación deberá publicar la solicitud de autorización relativa a la transferencia de derechos de uso de frecuencias, así como la correspondiente decisión. La autoridad de reglamentación deberá adoptar su decisión evaluando caso por caso el efecto, en particular técnico, que la transferencia tendrá sobre la competencia. La autorización podrá imponer obligaciones, en la medida en que éstas sean necesarias para evitar todo perjuicio a la competencia. En cualquier caso, procederá rechazar la autorización cuando, pese a la imposición de obligaciones, la transferencia pueda afectar a la competencia.

[…]

2. Las modificaciones esenciales del accionariado de las empresas a las que se hayan asignado los derechos de uso de frecuencias en el marco del procedimiento previsto en el artículo 55 requerirán la autorización previa de la autoridad de reglamentación. El apartado 1, en sus frases tercera a última, se aplicará *mutatis mutandis*.»

III. **Procedimiento principal**

10. El procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente versa sobre el recurso interpuesto por un operador de red de telefonía móvil, la sociedad T-Mobile Austria GmbH (en lo sucesivo, «T-Mobile»), contra la decisión adoptada por la Telekom-Control-Kommission (Comisión austriaca de control de las telecomunicaciones; en lo sucesivo, «TCK»). Mediante dicha decisión, la TCK desestimó el recurso de T-Mobile por el que solicitaba que se le reconociera la condición de parte en un procedimiento que tenía por objeto la autorización de la transferencia de derechos de uso de radiofrecuencias entre otros dos operadores austriacos de red de telefonía móvil.

11. Esta transferencia de frecuencias se produce en el marco de la toma de control de la sociedad Orange Austria Telecommunication GmbH (en lo sucesivo, «Orange») por las sociedades Hutchinson 3G Austria Holdings GmbH y Hutchison 3G Austria GmbH (que a continuación se fusionaron para constituir la sociedad Hutchison Drei Austria Holdings GmbH; en lo sucesivo, «Hutchison»).

12. Como se desprende del procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente, el número de operadores de telefonía móvil que disponen de derechos de uso de frecuencias en Austria se ha reducido, a raíz de la concentración, a tres: A1 Telekom Austria AG (en lo sucesivo, «A1»), T-Mobile y Hutchison.

13. La concentración y las operaciones vinculadas a la misma fueron objeto de procedimientos ante la Comisión y las autoridades austriacas.

A. *Procedimiento ante la Comisión*

14. De los autos de este asunto se desprende que, el 7 de mayo de 2012, Hutchison y Orange notificaron a la Comisión un proyecto de concentración de conformidad con el artículo 4 del Reglamento (CE) nº 139/2004. [5]

5 — Reglamento del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, p. 1).

15. En el curso del procedimiento, la Comisión manifestó sus dudas sobre la conformidad del proyecto de concentración con el mercado interior. Al examinar el mercado, la Comisión comprobó que la desaparición de Orange del mercado suscitaba problemas de competencia. Consideró que este mercado ya se caracterizaba por un elevado grado de concentración y, en la práctica, por la imposibilidad de entrar en el mismo. Así, Hutchison propuso varios compromisos que entrañaban, en particular, que se desprendiese, en beneficio de un potencial nuevo operador, de frecuencias de las que dispondría a raíz de la concentración, así como que facilitase a operadores virtuales el acceso mayorista a su red en determinadas condiciones.

16. La Comisión autorizó a T-Mobile a participar en el procedimiento de control de las concentraciones en calidad de interesada.

17. Mediante Decisión de 12 de diciembre de 2012,[6] la Comisión declaró la concentración compatible con el mercado interior con la condición de que Hutchison cumpliera íntegramente los compromisos asumidos.

18. No obstante, de la citada decisión se desprende que la Comisión no examinó otras dos operaciones a las que estaba supeditada la concentración y que versaban, en primer lugar, sobre la venta a A1 de una filial de Orange y, en segundo lugar, sobre la transferencia a A1 de determinadas frecuencias de las que Orange disponía antes de la concentración. En su decisión, la Comisión declaró que la transferencia de frecuencias estaba sujeta en particular a la autorización de la TCK.[7]

B. *Procedimiento ante la TCK*

19. El 23 de mayo de 2012, en virtud del artículo 56, apartado 2, de la TKG 2003, Hutchison y Orange solicitaron a la TCK autorización para modificar su estructura patrimonial a raíz de la concentración. El 9 de julio de 2012, solicitaron, junto con A1, en virtud del artículo 56, apartado 1, de la TKG 2003, autorización para transferir determinadas frecuencias a A1.

20. T-Mobile presentó sus observaciones a la TCK y solicitó que se impusieran a las sociedades participantes en la concentración obligaciones dirigidas a evitar el falseamiento de la competencia.

21. Por otro lado, el 10 de diciembre de 2012, T-Mobile solicitó a la TCK que se le reconociera la condición de parte en los procedimientos de autorización de modificación de la estructura patrimonial y de transferencia de frecuencias.

22. Mediante decisión de 13 de diciembre de 2012, la TCK autorizó la modificación de la estructura patrimonial y la transferencia a la sociedad A1 de los derechos de uso de frecuencias. En cambio, desestimó la solicitud de T-Mobile de 10 de diciembre de 2012 de que se le reconociera la condición de parte en el procedimiento administrativo.

23. En cuanto atañe a la solicitud de T-Mobile, la TCK consideró que, en el marco de los procedimientos administrativos de autorización de la modificación de la estructura patrimonial y de transferencia de frecuencias, ni el Derecho nacional ni el Derecho de la Unión exigen reconocer la condición de parte a entidades competidoras de los operadores de red de telefonía móvil que solicitan tal autorización.

6 — Decisión de la Comisión, de 12 de diciembre de 2012, por el que se declara una operación de concentración compatible con el mercado interior y el funcionamiento del Acuerdo EEE (Asunto COMP/M.6497 – Hutchison 3G Austria/Orange Austria) (resumen publicado en DO 2013, C 224, p. 12).

7 — *Ibidem*, considerandos 7 a 11.

C. Procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente y cuestión prejudicial

24. T-Mobile interpuso un recurso ante el Verwaltungsgerichtshof contra la decisión de la TCK de 13 de diciembre de 2012.

25. En apoyo de su recurso, T-Mobile alega que era competidora de las partes de la operación examinada y que disponía de frecuencias en el mismo mercado. Así pues, debía tener la consideración de empresa «afectada» por la decisión impugnada de la TCK, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco. También en virtud del Derecho nacional, debía autorizarse su participación en el procedimiento administrativo previo a la adopción de tal decisión.

26. El órgano jurisdiccional remitente señala que, según la jurisprudencia austriaca, el reconocimiento a T-Mobile de la condición de parte en el procedimiento administrativo en virtud del artículo 56 de la TKG 2003 y del artículo 5, apartado 6, de la Directiva autorización depende de si la decisión adoptada por la TCK en este procedimiento «afecta» a T-Mobile en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco. En Derecho austriaco existe un estrecho vínculo entre la condición de parte en un procedimiento administrativo y el derecho de recurso contra las decisiones establecido en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco.

27. Según el órgano jurisdiccional remitente, la sentencia Tele2 Telecommunication [8] no permite dar una respuesta inequívoca a la cuestión formulada.

28. Por una parte, señala que ha de considerarse que, como afirma la TCK, la decisión adoptada en el marco de un procedimiento de autorización de la modificación de la estructura patrimonial y de la transferencia de frecuencias no genera directamente derechos para terceros. Su situación jurídica no resulta modificada, en la medida en que pueden seguir disponiendo de las frecuencias que les han sido atribuidas.

29. Por otra parte, el órgano jurisdiccional remitente señala que, según las observaciones presentadas por T-Mobile, la concentración entre Orange y Hutchison incide en su situación puesto que, sobre todo, modifica las cuotas de frecuencias atribuidas a los diferentes operadores presentes en el mercado. La decisión relativa a la transferencia de frecuencias también lo hace, puesto que tiene como consecuencia compensar los efectos negativos de la concentración para la competencia.

30. En estas circunstancias, el Verwaltungsgerichtshof decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia la cuestión prejudicial siguiente:

«¿Se han de interpretar los artículos 4 y 9 *ter* de la Directiva [marco], y el artículo 5, apartado 6, de la Directiva [autorización], en el sentido de que reconocen la condición de afectado en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco a un competidor en un procedimiento nacional con arreglo al artículo 5, apartado 6, de la Directiva autorización?»

IV. **Procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

31. La petición de decisión prejudicial fue recibida en el Tribunal de Justicia el 24 de mayo de 2013.

32. Mediante auto de 30 de septiembre de 2013, el Presidente del Tribunal de Justicia desestimó la solicitud del órgano jurisdiccional remitente de tramitar el asunto mediante el procedimiento acelerado previsto en el artículo 23 *bis* del Estatuto del Tribunal de Justicia y en el artículo 105 de su Reglamento de Procedimiento.

8 — Sentencia Tele2 Telecommunication (C-426/05, EU:C:2008:103).

33. Han presentado observaciones escritas T-Mobile, Hutchison, A1, el Gobierno austriaco y la Comisión. La TCK, que no participó en el procedimiento escrito, así como T-Mobile, solicitaron la celebración de una vista.

34. T-Mobile, la TCK, Hutchison, A1 y la Comisión participaron en la vista, que se celebró el 15 de mayo de 2014.

V. **Análisis**

A. *Observaciones preliminares*

35. Con carácter preliminar ha de subrayarse que el litigio objeto del procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente no versa directamente sobre el derecho a interponer un recurso contra una decisión de la autoridad de reglamentación en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco. En efecto, en el procedimiento principal, T-Mobile no impugna en cuanto al fondo la decisión relativa a la transferencia de frecuencias, sino que se le deniegue su condición de parte en el procedimiento ante la autoridad de reglamentación.

36. La importancia que reviste la cuestión prejudicial para pronunciarse sobre el litigio principal se deriva de la jurisprudencia austriaca, que supedita el reconocimiento de la condición de parte en un procedimiento administrativo a la condición de que la persona en cuestión disfrute, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco, de un derecho de recurso contra la decisión que pone fin al procedimiento. El órgano jurisdiccional remitente señala que la persona «afectada» por la decisión de la autoridad de reglamentación, en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco, tiene igualmente derecho a ser parte en el procedimiento en el sentido del artículo 8 de la AVG, dado que son precisamente estas partes las que tienen derecho a interponer un recurso contra la decisión en cuestión.

37. Para responder a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, ha de interpretarse tanto el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco como el artículo 5, apartado 6, de la Directiva autorización.

38. Antes de analizar dichas disposiciones, examinaré la finalidad del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco.

B. *El artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco y el alcance de la autonomía del Derecho procesal nacional*

39. En su resolución, el órgano jurisdiccional remitente no hace referencia únicamente al artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco, sino también a las disposiciones y a la jurisprudencia nacionales en cuanto atañe a la legitimación activa para intervenir en un procedimiento ante un órgano jurisdiccional de lo contencioso-administrativo.

40. Ha de examinarse si tal referencia es pertinente para determinar las personas que tienen legitimación activa en el ámbito regulado por el Derecho de la Unión de las comunicaciones electrónicas.

41. Procede recordar que, a falta de normativa de la Unión en la materia, corresponde al ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro configurar la regulación procesal de los recursos destinados a garantizar los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables. El Derecho nacional adopta de forma autónoma estas medidas, sin perjuicio del respeto de los principios de efectividad y de

equivalencia. [9]

42. Ahora bien, tengo la convicción de que el principio de autonomía procesal no puede englobar la posibilidad de interponer un recurso para salvaguardar los derechos que los justiciables deducen del Derecho de la Unión. El principio de autonomía procesal sólo puede invocarse en la fase de fijación de las normas y procedimientos particulares relativos a las modalidades de ejercicio de los derechos derivados del Derecho de la Unión. Ello es tanto más cierto en las situaciones en las que, como en el presente asunto, el Derecho de la Unión contiene disposiciones concretas que determinan la existencia de una vía de recurso particular.

43. A mi juicio, el legislador de la Unión planteó esta premisa en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco.

44. A tenor del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco, cualquier empresa suministradora de redes o de servicios de comunicaciones electrónicas, así como cualquier usuario que esté «afectado» por una decisión de una autoridad de reglamentación, disfruta de un derecho de recurso contra dicha decisión.

45. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el concepto de «afectado» por una decisión en el sentido del citado artículo 4 es un concepto autónomo del Derecho de la Unión cuyo alcance debe apreciarse en relación con el objetivo perseguido por dicha disposición. [10] Según dicha jurisprudencia, esta disposición constituye una manifestación del principio de tutela judicial efectiva que exige a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros proporcionar la tutela judicial de los derechos derivados del Derecho de la Unión. [11]

46. En mi opinión, esta disposición no tiene como único objetivo reflejar el principio de tutela judicial efectiva, consagrado ya en una norma de rango superior, a saber, el artículo 19 TUE, apartado 1, párrafo segundo, y el artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

47. El objetivo del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco es fijar un alcance uniforme a la legitimación activa de los particulares en materia de comunicaciones electrónicas.

48. Esta disposición está dirigida a evitar una situación en la que una persona, en circunstancias fácticas idénticas, dispondría en un Estado miembro de legitimación activa para impugnar una decisión de una autoridad de reglamentación al objeto de proteger sus derechos, pero no disfrutaría de ella en otro Estado miembro. La existencia de tales diferencias en cuanto atañe al acceso a una vía de recurso tendría como consecuencia que el contenido de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables en materia de comunicaciones electrónicas se percibiría de forma diferente en función de los distintos Estados miembros de que se trate. Estas diferencias también podrían poner en peligro la propia existencia de este tipo de derechos en determinados Estados miembros.

49. Al interpretar esta disposición, conviene tener en cuenta la finalidad mencionada en el punto anterior.

9 — Véanse las sentencias Rewe-Zentralfinanz y Rewe-Zentral (33/76, EU:C:1976:188), apartado 5, e Inuit Tapiriit Kanatami y otros/Parlamento y Consejo (C-583/11 P, EU:C:2013:625), apartado 102.

10 — Sentencia Tele2 Telecommunication, EU:C:2008:103, apartado 27.

11 — *Ibidem*, apartado 30.

50. La interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco debe ser suficientemente precisa para evitar la existencia de diferencias sustanciales en lo relativo a la legitimación activa en los diferentes Estados miembros, puesto que, como se ha recordado en el punto 48 *supra*, éstas pondrían en peligro la aplicación uniforme de las disposiciones del Derecho de la Unión en materia de comunicaciones electrónicas. Dichas disposiciones no podrían aplicarse de modo uniforme si fuera el Derecho nacional el que determinase las personas con legitimación activa.

C. *Interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco*

1. La sentencia Tele2 Telecommunication

51. El Tribunal de Justicia ya se ha pronunciado en el asunto Tele2 Telecommunication sobre la interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco.

52. En ese asunto, el Tribunal de Justicia siguió las conclusiones del Abogado General Poiares Maduro y declaró que el derecho de recurso contra una decisión de una autoridad de reglamentación podía ser ejercido por los usuarios o empresas cuyos derechos, aun no siendo destinatarios de tal decisión, «se ven afectados de manera desfavorable por esta decisión». Esta interpretación comprende el caso en el que los usuarios y las empresas competidoras deducen derechos subjetivos del ordenamiento jurídico de la Unión, en particular de las Directivas sobre telecomunicaciones, y se ven afectados en esos derechos como consecuencia de una decisión adoptada por una autoridad nacional de reglamentación. [12]

53. En lo tocante al procedimiento administrativo que dio lugar al asunto Tele2 Telecommunication —a saber, el procedimiento de análisis de mercado previsto en el artículo 16 de la Directiva marco—, el Tribunal de Justicia subrayó que dicho procedimiento podía dar lugar a imponer determinadas obligaciones específicas a las empresas con peso significativo en el mercado. Estas obligaciones, y en particular la obligación de no discriminación y la relativa al acceso de los competidores a los recursos de las redes, constituyen medidas de protección previstas en interés de los competidores. Por tanto, pueden conferirles derechos individuales que se corresponden con las obligaciones impuestas a las empresas con peso significativo en el mercado. [13]

54. El Tribunal de Justicia basó, pues, su sentencia en la constatación de que las obligaciones impuestas por la decisión de una autoridad de reglamentación al operador con peso significativo en el mercado confieren potencialmente derechos a los terceros que puedan resultar afectados por tal decisión.

55. En una interpretación análoga se basó el Tribunal de Justicia en su sentencia dictada en el asunto Arcor, que versaba sobre la interpretación del artículo 5 *bis*, apartado 3, de la Directiva 90/387/CEE, [14] que contenía una norma similar a la del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco.

12 — *Ibidem*, apartados 33 y 48.

13 — *Ibidem*, apartados 34, 36 y 39.

14 — Directiva del Consejo de 28 de junio de 1990 relativa al establecimiento del mercado interior de los servicios de telecomunicaciones mediante la realización de la oferta de una red abierta de telecomunicaciones (DO L 192, p. 1), en su versión modificada por la Directiva 97/51/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de octubre de 1997 (DO L 295, p. 23).

56. El Tribunal de Justicia declaró en dicha sentencia que, además del operador de red, la empresa que disfrute del acceso segregado a la red y que ha celebrado un contrato en tal sentido con dicho operador tiene derecho a recurrir una decisión relativa a la autorización de tarifas de acceso a una red local. El Tribunal de Justicia tuvo en cuenta el hecho de que la decisión afectaba a los derechos subjetivos de la demandante en su condición de parte de dicho contrato. No obstante, señaló que no es preciso que exista un vínculo contractual para determinar la legitimación para interponer un recurso. [15]

2. Dificultades vinculadas a la aplicación de la sentencia Tele2 Telecommunication

57. Como ya he recordado, en virtud de la sentencia Tele2 Telecommunication (EU:C:2008:103), las empresas cuyos derechos subjetivos derivados del Derecho de la Unión podrían verse afectados por el efecto de una decisión de una autoridad de reglamentación tienen derecho a recurrir dicha decisión.

58. Si bien tal planteamiento es indudablemente fundado, [16] no permite establecer criterios suficientemente precisos para garantizar una interpretación uniforme del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco.

59. Las circunstancias del presente asunto, que supone la tercera petición de decisión prejudicial que plantea el problema de la legitimación activa en el ámbito de las comunicaciones electrónicas, demuestran que la sentencia Tele2 Telecommunication no despeja las dudas sobre esta cuestión.

60. En primer lugar, dicha sentencia no excluye una interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco según la cual la legitimación activa está supeditada a la condición de que la parte demandante demuestre que el Derecho de la Unión le confiere un derecho subjetivo concreto.

61. En particular, como se desprende de las observaciones escritas del Gobierno austriaco, la condición de que la parte demandante resulte «afectada» por la decisión sólo se cumple, según la jurisprudencia austriaca, si la autoridad administrativa se pronuncia o tiene la obligación de pronunciarse sobre los derechos subjetivos de dicha parte demandante. [17] En el presente asunto, la TCK y el Gobierno austriaco se apoyan en esta jurisprudencia al señalar que el artículo 5, apartado 6, de la Directiva autorización no establece derechos subjetivos a favor de las empresas competidoras, sino que se limita a señalar la posibilidad de que los Estados miembros adopten «medidas adecuadas» para evitar que se falsee la competencia.

62. Tal interpretación de la sentencia Tele2 Telecommunication —que me parece incorrecta— pasa por alto las diferencias existentes entre el derecho a incoar un procedimiento y el objeto de dicho procedimiento. La interposición de una demanda no puede estar condicionada a su resultado, es decir, a la constatación de los derechos de que disfruta la parte demandante.

63. En segundo lugar, ha de tenerse en cuenta que el concepto de derechos subjetivos puede ser objeto de interpretaciones distintas en función del contexto y que también puede tener significados distintos en los diferentes ordenamientos jurídicos.

64. Sin embargo, las sentencias Tele2 Telecommunication y Arcor no aportan una respuesta clara a la cuestión de si el criterio de la legitimación activa, que presupone que la decisión «afecte desfavorablemente a los derechos» de la parte demandante, versa sobre:

— los derechos subjetivos de dicha parte frente a la autoridad administrativa,

15 — Sentencia Arcor (C-55/06, EU:C:2008:244), apartados 175 a 177.

16 — Así se desprende de la premisa según la cual el principio de tutela judicial efectiva obliga a los Estados miembros a garantizar la protección de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables; véase, por ejemplo, la sentencia Unibet (C-432/05, EU:C:2007:163), apartados 37 y 38.

17 — Sentencia del Verwaltungsgerichtshof de 26 de marzo de 2008, VwSlg 17.406 A/2008.

— sus derechos que se corresponden con obligaciones reglamentarias impuestas a otro particular, u

— otro tipo de derechos, basados por ejemplo en un contrato de Derecho privado.

65. Por ejemplo, en la sentencia Tele2 Telecommunication, el Tribunal de Justicia basó su decisión en el supuesto según el cual la decisión impugnada afecta a los derechos subjetivos de los competidores, que se corresponden con las obligaciones impuestas a la empresa con peso significativo en el mercado pertinente. [18] En cambio, en la sentencia Arcor, el Tribunal de Justicia subrayó que la decisión de la autoridad de reglamentación afectaba a la parte demandante en sus derechos en su condición de parte de un contrato relativo al acceso a los bucles locales. [19] Ninguna de estas sentencias aborda el tema de los derechos subjetivos públicos de la demandante.

66. En el presente asunto, en cuanto atañe a la interpretación formulada en la sentencia Tele2 Telecommunication, Hutchison, A1 y el Gobierno austriaco alegan que la concesión o la denegación de autorización para la transferencia de frecuencias no determina obligaciones que puedan conferir derechos a terceros respecto a las partes de la operación en cuestión. A su juicio, es una consecuencia de la naturaleza del procedimiento de transferencia de frecuencias, que no tiene por objetivo imponer obligaciones reglamentarias en beneficio de terceros, sino garantizar una competencia efectiva en el interés general.

67. No obstante, el órgano jurisdiccional remitente señala, apoyándose en la sentencia Arcor, que la decisión de la autoridad de reglamentación en lo relativo a la transferencia de frecuencias incide en los derechos de las partes de la operación, así como en los de otros potenciales adquirentes de frecuencias. Hutchison sostiene por su parte que T-Mobile nunca ha manifestado la intención de adquirir frecuencias, de modo que no es un adquirente potencial.

68. Las dudas expuestas muestran la necesidad de precisar los requisitos de la legitimación activa basada en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco.

3. Propuesta de interpretación del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco

69. La condición relativa a que la decisión «afecte» a una persona en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco debe entenderse, en mi opinión, en el sentido de que se refiere a los efectos de la decisión administrativa en los intereses de dicha persona que están sujetos a protección jurídica. [20]

70. En cambio, el reconocimiento de la legitimación activa no exige a la parte demandante demostrar la violación de sus derechos subjetivos concretos.

71. Si se examina más atentamente la sentencia dictada en el asunto Tele2 Telecommunication, ha de señalarse que el Tribunal de Justicia no interpretó en ella el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco en el sentido de que el cumplimiento del requisito de que la persona en cuestión resulte afectada por la decisión esté supeditado en dicho artículo a la violación efectiva de un derecho subjetivo. Al contrario, el Tribunal de Justicia consideró que la decisión debía afectar negativamente a los derechos de los que la demandante es «beneficiari[a] potenci[al]». [21]

18 — Sentencia Tele2 Telecommunication (EU:C:2008:103), apartado 36.

19 — Sentencia Arcor (EU:C:2008:244), apartado 177.

20 — De igual modo la legitimación activa de los particulares sobre la base del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto, no está vinculada a la demostración de la violación de un derecho subjetivo, sino, a la vista de uno de los tres supuestos mencionados en esta disposición, a la condición de que el acto en cuestión afecte directa e individualmente a la situación jurídica de las partes demandantes.

21 — Véase la sentencia Tele2 Telecommunication (EU:C:2008:103), apartado 36.

72. Además, estoy convencido de que la disposición interpretada no tiene exclusivamente por objetivo garantizar la protección de derechos respecto a otros particulares, como sostienen en sus observaciones escritas las partes citadas *supra*, sino también la de proteger los derechos subjetivos públicos entendidos como la posibilidad de exigir que la autoridad de reglamentación adopte un comportamiento conforme a Derecho. [22]

73. No cabe duda alguna de que toda decisión afecta al interés jurídico de su destinatario. En cambio, saber si esta condición se cumple en el caso de terceros que no son destinatarios de la decisión requiere un análisis más profundo.

74. Ha de recordarse que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco trata sobre dos categorías de personas: los usuarios y las empresas suministradoras de redes o servicios de comunicaciones electrónicas. En la segunda categoría cabe también distinguir la de las empresas competidoras del destinatario de la decisión en los mercados de las comunicaciones electrónicas.

75. Esta última categoría reviste una particular importancia en el marco de la regulación de las comunicaciones electrónicas. Ha de subrayarse aquí que esta regulación está dirigida a fomentar la competencia en el suministro de redes y de comunicaciones electrónicas.

76. En particular, el artículo 8, apartado 2, letra b), de la Directiva marco impone a los Estados miembros la obligación de asegurarse de que las autoridades nacionales de regulación adoptan todas las medidas razonables que estén encaminadas a promover la competencia en la prestación de los servicios de comunicaciones electrónicas, velando por que no se falsee ni obstaculice la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas y suprimiendo los últimos obstáculos para la prestación de dichos servicios. [23]

77. El Derecho de las comunicaciones electrónicas se basa en la regulación *ex ante* del mercado y también comprende disposiciones que establecen las condiciones de obtención de autorizaciones de la autoridad de reglamentación para las actividades u operaciones que pueden entrañar modificaciones sustanciales en los mercados pertinentes, falseando la competencia.

78. A este respecto, el Derecho de las comunicaciones electrónicas no está dirigido únicamente a proteger la estructura competitiva del mercado en cuanto tal, sino también a velar por la protección de los derechos de las empresas competidoras.

79. Ha de subrayarse aquí que el objetivo de las normas sobre competencia no es únicamente y en primer lugar proteger los intereses directos de los competidores, sino la estructura del mercado y, de este modo, la competencia en cuanto tal. [24] No obstante, el interés público que consiste en el fomento de la competencia puede solaparse con el interés individual de las empresas competidoras, que consiste en protegerse frente a los actos que afecten a su posición en el mercado.

80. La decisión adoptada por una autoridad de reglamentación en un procedimiento dirigido a proteger la competencia incide indudablemente en el interés individual de las empresas cuya posición en el mercado podría sufrir una modificación sustancial como consecuencia de las medidas que constituyen el objeto de la decisión.

22 — Véase, en lo relativo a las diferentes concepciones del derecho subjetivo público, A. Wróbel, «Prawo podmiotowe publiczne», en *System prawa administracyjnego*, tomo 1, Instytucje prawa administracyjnego, Instytut Nauk Prawnych PAN, Varsovia, C.H. Beck, 2010, pp. 307 a 344.

23 — Véanse las sentencias Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59), apartado 81, y Comisión/Polonia (C-227/07, EU:C:2008:620), apartados 62 y 63.

24 — Véanse las conclusiones de la Abogado General Kokott en el asunto British Airways/Comisión (C-95/04 P, EU:C:2006:133), punto 68, y la sentencia GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, EU:C:2009:610), apartado 63.

81. Este interés no es únicamente de carácter fáctico sino también, a la vista de los objetivos antes mencionados de la reglamentación, de carácter jurídico. La situación de las empresas competidoras es tenida en cuenta por las disposiciones del Derecho de la Unión, que obligan a la autoridad de reglamentación a adoptar las medidas destinadas a impedir una modificación sustancial de la posición de las empresas competidoras en el mercado que pueda entrañar una distorsión o una restricción de la competencia.

82. Por lo que se refiere a las empresas competidoras del destinatario de la decisión, la condición relativa a si la decisión «afecta» a una persona en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco se cumple, en mi opinión, si la autoridad de reglamentación se pronuncia en un procedimiento previsto por la norma del Derecho de la Unión dirigida a proteger la competencia, y cuando la decisión verse sobre actividades u operaciones que afecten de forma sustancial a la posición en el mercado de la parte demandante.

83. Como señala la Comisión en sus observaciones escritas, la legitimación activa de las empresas competidoras del destinatario de una decisión ha sido definida de forma similar en el Derecho de la Unión en el marco de interpretación del artículo 263 TFUE, párrafo cuarto.

84. En materia de control de ayudas de Estado, la legitimación para interponer un recurso contra una decisión de la Comisión en cuanto a su apreciación del fondo de la ayuda o bien contra una decisión adoptada a raíz de un procedimiento formal se reserva a las empresas competidoras del beneficiario de la ayuda cuya posición en el mercado resulta sustancialmente afectada por la ayuda concedida. [25]

85. Asimismo, posee legitimación activa para interponer un recurso contra una decisión de la Comisión en materia de control de las concentraciones la empresa que, pese a no ser parte de la concentración ni destinataria de la decisión impugnada, demuestra en particular que tiene cuando menos la condición de competidor potencial y que la operación puede modificar de forma caracterizada su posición en los mercados pertinentes. [26]

86. En estos ejemplos basados en el Derecho procesal de la Unión, la legitimación activa no está, pues, sujeta al requisito de una violación de derechos subjetivos. Únicamente la autoridad que examina el asunto en cuanto al fondo puede pronunciarse sobre la eventual violación de derechos subjetivos.

87. A la vista de las consideraciones expuestas *supra*, considero que el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco debe interpretarse en el sentido de que dispone de un derecho de recurso contra una decisión de una autoridad de reglamentación la empresa que es competidora actual o potencial del destinatario de la decisión, si la autoridad de reglamentación se pronuncia en el marco de un procedimiento previsto por el Derecho de la Unión para proteger la competencia y cuando la decisión versa sobre actividades o una operación que pueden afectar de forma sustancial a la posición en el mercado de la parte demandante.

4. Aplicación de esta interpretación al artículo 5, apartado 6, de la Directiva autorización

88. En primer lugar ha de examinarse si la interpretación expuesta *supra* es aplicable a una decisión de la autoridad de reglamentación relativa a la transferencia de derechos de uso de frecuencias, prevista en el artículo 5, apartado 6, de la Directiva autorización.

25 — Véanse las sentencias Cofaz y otros/Comisión (169/84, EU:C:1986:42), apartados 22 a 25, y Comisión/Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum (C-78/03 P, EU:C:2005:761), apartados 37 y 70.

26 — Véanse las sentencias Air France/Comisión (T-3/93, EU:T:1994:36), apartado 82; Kaysersberg/Comisión (T-290/94, EU:T:1997:186); ARD/Comisión (T-158/00, EU:T:2003:246), apartados 78 y 95, y BaByliss/Comisión (T-114/02, EU:T:2003:100), apartados 96 a 100.

89. Las frecuencias son un recurso escaso (limitado) que no permite satisfacer las necesidades potenciales del conjunto de los operadores, pero que no por ello son menos necesarias para el ejercicio de ciertos tipos de actividad económica en el sector de las comunicaciones electrónicas, en particular para prestar servicios a través de la propia red de telefonía móvil.

90. Una concentración excesiva de frecuencias en manos de una empresa puede entrañar una distorsión de las condiciones de competencia aplicables a una actividad económica para la cual resulta indispensable disponer de frecuencias. La autorización para utilizar un bien público que constituye un recurso escaso ofrece al operador económico titular de dicha autorización una ventaja respecto a otros operadores que también desean hacer uso de él. [27]

91. Algunas disposiciones de las Directivas marco y autorización tienen en cuenta esta premisa.

92. El artículo 9, apartado 1, de la Directiva marco exige que la concesión de autorizaciones relativa al uso de frecuencias se base en criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados. El artículo 9 *ter*, apartado 2, de dicha Directiva establece la obligación de notificar a la autoridad de reglamentación y de hacer pública la intención de transferir derechos de uso de frecuencias.

93. A tenor del artículo 5, apartado 6, de la Directiva autorización, las autoridades de reglamentación de los Estados miembros velarán por que la competencia no quede falseada a consecuencia de la transferencia o acumulación de derechos de uso de radiofrecuencias. A tal efecto, los Estados miembros podrán adoptar medidas apropiadas, tales como ordenar la venta o la cesión de derechos de uso de radiofrecuencias.

94. Pese a la utilización, en la última frase de la disposición citada, de un término correspondiente a una facultad —los Estados miembros «podrán» adoptar medidas apropiadas—, en realidad de la frase anterior de esta disposición se desprende que, si el Estado miembro autoriza la transferencia de derechos de uso de frecuencias entre operadores, estará igualmente obligado a establecer un marco jurídico apropiado para regular estas operaciones, al objeto de impedir la distorsión de las condiciones de competencia. [28]

95. Coincido con la tesis formulada por T-Mobile en sus observaciones escritas, según la cual es posible establecer una analogía entre la primera atribución de frecuencias y la ulterior cesión de derechos.

96. No cabe duda alguna de que, en la primera atribución de frecuencias, los Estados miembros deben prestar una atención particular a la necesidad de garantizar la estructura competitiva del mercado. Esta obligación sería ineficaz si la ulterior cesión de derechos entre empresas competidoras permitiera perjudicar la estructura de la competencia.

97. A la vista de estas consideraciones, el control de la operación de transferencia de frecuencias previsto en el artículo 5, apartado 6, de la Directiva autorización y, por consiguiente, el procedimiento ante la TCK objeto del asunto principal, tienen por principal objetivo proteger la estructura competitiva del mercado.

98. Habida cuenta de la interpretación que propongo del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco, los competidores deben tener derecho a interponer un recurso contra la decisión adoptada en el marco de tal procedimiento, puesto que la operación considerada puede afectar de forma sustancial a su posición en el mercado.

27 — Véase, en cuanto atañe a la justificación de los cánones por los derechos de uso de frecuencias, la sentencia Belgacom y otros (C-375/11, EU:C:2013:185), apartado 50 y la jurisprudencia citada.

28 — Véase P. Nihoul y P. Rodford, *EU Electronic Communications Law*, Oxford 2011, pp. 101 y 116.

99. En cuanto al efecto de la operación entre Hutchison y A1 en la posición en el mercado de T-Mobile, se trata una cuestión comprendida en el ámbito de competencia del órgano jurisdiccional remitente, al cual corresponde aplicar la norma del Derecho de la Unión, tal como ha sido interpretada, a la situación fáctica concreta.

100. No obstante, ha de señalarse que de la resolución del órgano jurisdiccional remitente se desprende que la demandante en el procedimiento principal compite directamente con las partes de la operación de transferencia de frecuencias. Además, los competidores operan en un mercado oligopolístico que se caracteriza en particular por la existencia de barreras significativas a la entrada.

101. Estas circunstancias apuntan claramente a que la operación afecta sustancialmente a la posición en el mercado de la empresa competidora. [29]

102. Asimismo, ha de subrayarse que, como se desprende de las observaciones escritas de la Comisión, se han tenido en cuenta dichas circunstancias para reconocer a T-Mobile la condición de interesado en el procedimiento de control de las concentraciones ante la Comisión, relativo a la fusión entre Hutchison y Orange.

103. Además, como observa acertadamente la Comisión, los objetivos del procedimiento previsto en el artículo 5, apartado 6, de la Directiva autorización son similares a los del control de las concentraciones, pero se limitan a las cuestiones relativas a la transferencia de frecuencias como consecuencia de la fusión. La exigencia relativa a la autorización previa de la autoridad de reglamentación está dirigida a prevenir una situación en la que la cesión de derechos de uso de frecuencias dé lugar a concentrar tales derechos o a reforzar la posición de una empresa de un modo que falsee la competencia.

104. A la vista de las consideraciones que preceden, el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco debe interpretarse en el sentido de que una empresa que compite con las partes de una operación de transferencia de derechos de uso de frecuencias, prevista en el artículo 5, apartado 6, de la Directiva autorización, dispone de un derecho de recurso contra la decisión de una autoridad de reglamentación dirigida a autorizar dicha operación, si esta última puede afectar sustancialmente a su posición en el mercado.

VI. **Conclusión**

105. Habida cuenta de las consideraciones expuestas *supra*, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la cuestión planteada por el Verwaltungsgerichtshof del modo siguiente:

«El artículo 4 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco), en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009, debe interpretarse en el sentido de que la empresa que compite con las partes de una operación de transferencia de derechos de uso de frecuencias, prevista en el artículo 5, apartado 6, de la Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización), en su versión modificada por la Directiva 2009/140, dispone de un derecho de recurso contra la decisión de una autoridad de reglamentación dirigida a autorizar dicha operación, si esta última puede afectar sustancialmente a su posición en el mercado.»

29 — Véase, en términos análogos, la sentencia BaByliss/Comisión (EU:T:2003:100), apartado 100.