

**TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA***Sentencia de 26 de julio de 2017**Sala Cuarta**Asunto C-112/16***SUMARIO:**

Telecomunicaciones. Asignación de radiofrecuencias para la radiodifusión televisiva por vía digital terrestre a operadores que ya eran titulares de radiofrecuencias de emisión analógica. Dividendo digital. Radiofrecuencias analógicas utilizadas ilegalmente. El artículo 9 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, los artículos 3, 5 y 7 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, y los artículos 2 y 4 de la Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición nacional que, a efectos de la conversión de las cadenas analógicas existentes en redes digitales, tiene en cuenta cadenas analógicas gestionadas ilegalmente, puesto que lleva a prolongar, o incluso a reforzar, una ventaja competitiva indebida. Los principios de no discriminación y de proporcionalidad deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición nacional que, al aplicar un mismo criterio de conversión, da lugar a una reducción proporcionalmente más importante del número de redes digitales adjudicadas con respecto al número de cadenas analógicas explotadas, en perjuicio de un operador en comparación con sus competidores, a no ser que tal disposición esté objetivamente justificada y sea proporcionada a su objetivo. La continuidad de la oferta televisiva constituye un objetivo legítimo que puede justificar una diferencia de trato de esta índole. Sin embargo, una disposición que lleve a asignar a los operadores ya existentes en el mercado un número de radiofrecuencias digitales superior al número que bastaría para garantizar la continuidad de su oferta televisiva iría más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo y sería, en consecuencia, desproporcionada.

PRECEPTOS:

Tratado de 25 de Marzo de 1957 de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), arts. 56, 101 y 102 a 106.

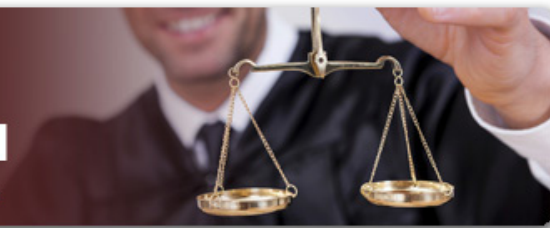
Directiva 2002/20/CE (Autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas), arts. 3, 5 y 7.

Directiva 2002/21/CE (Marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas), arts. 2, 8 y 9.

Directiva 2002/77/CE (Competencia de los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas), arts. 2 y 4.

PONENTE:

Doña k. Jürimäe.



www.civil-mercantil.com

En el asunto C-112/16,

que tiene por objeto una petición de decisión prejudicial planteada, con arreglo al artículo 267 TFUE, por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia), mediante resolución de 2 de julio de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 24 de febrero de 2016, en el procedimiento entre

Persidera SpA

y

Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni,

Ministero dello Sviluppo economico delle Infrastrutture e dei Trasporti,

con intervención de:

Radiotelevisione italiana SpA (RAI),

Reti Televisive Italiane SpA (RTI),

Elettronica Industriale SpA,

Television Broadcasting System Spa,

Premiata Ditta Borghini e Stocchetti di Torino Srl,

Rete A SpA,

Centro Europa 7 Srl,

Prima TV SpA,

Sky Italia Srl,

Elemedia SpA,

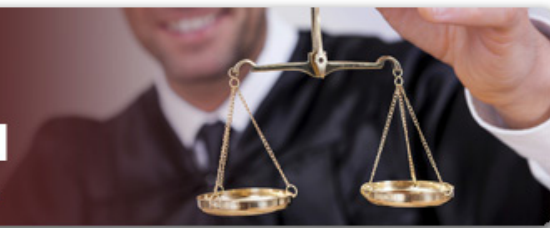
EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Cuarta),

integrado por el Sr. T. von Danwitz, Presidente de Sala, y los Sres. E. Juhász y C. Vajda, la Sra. K. Jürimäe (Ponente) y el Sr. C. Lycourgos, Jueces;

Abogado General: Sra. J. Kokott;

Secretario: Sra. X. Lopez Bancalari, administradora;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos y celebrada la vista el 2 de febrero de 2017;



www.civil-mercantil.com

consideradas las observaciones presentadas:

- en nombre de Persidera SpA, por la Sra. F. Pace y por los Sres. L. Sabelli y B. Caravita di Toritto, avvocati;
- en nombre del Gobierno italiano, por la Sra. G. Palmieri, en calidad de agente, asistida por el Sr. S. Fiorentino, avvocato dello Stato;
- en nombre de Radiotelevisione italiana SpA (RAI), por el Sr. G. de Vergottini, avvocato;
- en nombre de Reti Televisive Italiane SpA (RTI), por los Sres. L. Medugno y G. Rossi, la Sra. I. Perego y los Sres. G. M. Roberti y M. Serpone, avvocati;
- en nombre de Elettronica Industriale SpA, por los Sres. G. Rossi y L. Medugno, avvocati;
- en nombre del Gobierno esloveno, por la Sra. A. Vran, en calidad de agente;
- en nombre de la Comisión Europea, por la Sra. L. Nicolae y por los Sres. L. Malferrari y G. Braun, en calidad de agentes;

oídas las conclusiones de la Abogado General, presentadas en audiencia pública el 30 de marzo de 2017;

dicta la siguiente

Sentencia

1. La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación de los artículos 56 TFUE, 101 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE, de los artículos 3, 5 y 7 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) (DO 2002, L 108, p. 21), en su versión modificada por la Directiva 2009/140/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2009 (DO 2009, L 337, p. 37) (en lo sucesivo, «Directiva autorización»), del artículo 9 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) (DO 2002, L 108, p. 33; corrección de errores en DO 2013, L 241, p. 8), en su versión modificada por la Directiva 2009/140 (en lo sucesivo, «Directiva marco»), de los artículos 2 y 4 de la Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DO 2002, L 249, p. 21; en lo sucesivo, «Directiva competencia»), y de los principios de no discriminación, transparencia, libre competencia, proporcionalidad, efectividad y pluralismo de la información.

2. Esta petición se ha presentado en el contexto de un litigio entre, por un lado, Persidera SpA y, por otro, la Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni (Autoridad de supervisión de las comunicaciones, Italia; en lo sucesivo, «AGCOM») y el Ministero dello Sviluppo Economico delle Infrastrutture e dei Trasporti (Ministerio de Desarrollo Económico, Infraestructuras y Transportes, Italia) relativo a la adjudicación de derechos de uso de radiofrecuencias para la radiodifusión televisiva por vía digital terrestre.



www.civil-mercantil.com

Marco jurídico

3. El nuevo marco regulador común para los servicios de comunicaciones electrónicas, las redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados (en lo sucesivo, «NMRC») se compone de la Directiva marco y de otras cuatro directivas específicas, entre ellas la Directiva autorización, completadas por la Directiva competencia.

Directiva marco

4. A tenor del artículo 2, letra g), de la Directiva marco, se entenderá por «autoridad nacional de reglamentación» (ANR) «el organismo u organismos a los cuales ha encomendado un Estado miembro cualquiera de las misiones reguladoras asignadas en la presente Directiva y en las directivas específicas». De la letra l) de este artículo 2 se desprende que la Directiva autorización se incluye entre las «directivas específicas».

5. El artículo 8, apartado 1, párrafo primero, y apartado 4, letra b), de esta Directiva establece lo siguiente:

«1. Los Estados miembros velarán por que, al desempeñar las funciones reguladoras especificadas en la presente Directiva y en las directivas específicas, las [ANR] adopten todas las medidas razonables que estén encaminadas a la consecución de los objetivos enumerados en los apartados 2, 3 y 4. Estas medidas deberán guardar proporción con dichos objetivos.

[...]

4. Las [ANR] promoverán los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea, entre otras cosas:

[...]

b) garantizando a los consumidores un alto nivel de protección [...]

6. El artículo 9, apartados 1 y 2, de dicha Directiva tiene la siguiente redacción:

«1. Habida cuenta de que las radiofrecuencias son un bien público que tiene un valor social, cultural y económico importante, los Estados miembros velarán por la gestión eficaz de las radiofrecuencias para los servicios de comunicaciones electrónicas en su territorio con arreglo a los artículos 8 y 8 bis. Velarán asimismo por que la atribución de frecuencias utilizadas para los servicios de comunicaciones electrónicas y la concesión de autorizaciones generales o derechos individuales de uso de estas radiofrecuencias por las autoridades nacionales competentes se basen en criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados.

En la aplicación de este artículo, los Estados miembros respetarán los acuerdos internacionales correspondientes, incluido el Reglamento de Radiocomunicaciones de la [Unión Internacional de Telecomunicaciones], y podrán tener en cuenta consideraciones de orden público.

2. Los Estados miembros fomentarán la armonización del uso de las radiofrecuencias en toda la [Unión], atendiendo siempre a la necesidad de garantizar un uso efectivo y eficiente de las mismas, y a los beneficios para los consumidores, como la realización de economías de escala y la interoperabilidad de los servicios. A este respecto, actuarán de conformidad con lo



dispuesto en el artículo 8 bis y en la Decisión n.º 676/2002/CE (Decisión espectro radioeléctrico).»

Directiva autorización

7. A tenor del artículo 3 de la Directiva autorización:

«1. Los Estados miembros garantizarán la libertad de suministrar redes y servicios de comunicaciones electrónicas, sin perjuicio de las condiciones establecidas en la presente Directiva. A tal fin, los Estados miembros no impedirán a una empresa el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas salvo cuando resulte necesario por los motivos contemplados en el artículo [52 TFUE, apartado 1].

2. El suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas sólo podrá someterse a una autorización general, sin perjuicio de las obligaciones específicas a que hace referencia el apartado 2 del artículo 6 o de los derechos de uso a que se hace mención en el artículo 5. Se podrá exigir a la empresa afectada que presente una notificación, pero no exigir la obtención [de] una decisión explícita u otro acto administrativo de la [ANR] antes de ejercer los derechos derivados de la autorización. Tras la notificación, si ha lugar, la empresa podrá iniciar su actividad, en su caso con sujeción a las disposiciones sobre derechos de uso contenidas en los artículos 5, 6 y 7.

[...]»

8. El artículo 5 de esta Directiva dispone:

«1. Los Estados miembros facilitarán la utilización de radiofrecuencias en el marco de autorizaciones generales. Cuando proceda, los Estados miembros podrán otorgar derechos individuales para:

- evitar interferencias perjudiciales,
- garantizar la calidad técnica del servicio,
- garantizar un uso eficiente del espectro, o
- alcanzar otros objetivos de interés general, establecidos por los Estados miembros de conformidad con la normativa [de la Unión].

2. Cuando resulte necesario otorgar derechos de uso de radiofrecuencias y números, los Estados miembros otorgarán tales derechos, previa solicitud, a cualquier empresa para la prestación de redes o servicios al amparo de la autorización general contemplada por el artículo 3, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 y en el artículo 11, apartado 1, letra c), de la presente Directiva, y a las demás normas que garanticen el uso eficiente de estos recursos de conformidad con la Directiva [marco].

Sin perjuicio de los criterios específicos y de los procedimientos adoptados por los Estados miembros para otorgar derechos de uso de radiofrecuencias a los proveedores de servicios de contenidos radiofónicos o televisivos para perseguir objetivos de interés general de conformidad con la legislación [de la Unión], los derechos de uso de radiofrecuencias y los números se otorgarán mediante procedimientos abiertos, objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados y, en el caso de las radiofrecuencias, de conformidad con lo previsto en el artículo 9 de la Directiva [marco]. Podrá establecerse una excepción con respecto



al requisito de procedimiento abierto en aquellos casos en que sea necesaria la concesión de derechos individuales de utilización de radiofrecuencias a proveedores de servicios de contenidos radiofónicos o televisivos para lograr un objetivo de interés general, establecido por los Estados miembros de conformidad con el Derecho [de la Unión].

[...]

5. Los Estados miembros no limitarán el número de derechos de uso que deban otorgarse salvo cuando resulte necesario para garantizar un uso eficiente de las radiofrecuencias de conformidad con el artículo 7.

6. 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 [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 cesión de derechos de uso de radiofrecuencias.»

9. El artículo 7 de la misma Directiva, relativo al procedimiento por el que se limita el número de derechos de uso de radiofrecuencias otorgados, establece lo siguiente:

«1. Cuando un Estado miembro estudie la posibilidad de limitar el número de derechos de uso de radiofrecuencias que otorgue, o de prolongar la duración de derechos ya existentes en condiciones distintas de las especificadas en tales derechos, deberá, entre otras cosas:

a) tener debidamente en cuenta la necesidad de conseguir los máximos beneficios para los usuarios y facilitar el desarrollo de la competencia;

[...]

3. Cuando sea preciso limitar el otorgamiento de derechos de uso de radiofrecuencias, los Estados miembros otorgarán tales derechos sobre la base de unos criterios de selección que deberán ser objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados. Todo criterio de selección deberá tener debidamente en cuenta la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 8 de la Directiva [marco] y de los requisitos del artículo 9 de esa Directiva.»

Directiva competencia

10. A tenor del artículo 2 de la Directiva competencia, relativo a los derechos exclusivos y especiales para redes y servicios de comunicaciones electrónicas:

«1. Los Estados miembros no podrán conceder ni mantener en vigor derechos exclusivos o especiales para la creación o suministro de redes de comunicaciones electrónicas ni para la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas disponibles al público.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar el derecho de toda empresa a prestar servicios de comunicaciones electrónicas o a crear, ampliar o suministrar redes de comunicaciones electrónicas.

[...]

4. Los Estados miembros velarán por que tanto las autorizaciones generales concedidas a empresas para prestar servicios de comunicaciones electrónicas o para crear o suministrar redes de comunicaciones electrónicas como las condiciones a que estén



www.civil-mercantil.com

supeditadas dichas autorizaciones, se basen en criterios objetivos, no discriminatorios, proporcionales y transparentes.

[...]

11. El artículo 4 de esta Directiva, relativo a los derechos de uso de frecuencias, dispone:

«Sin perjuicio de los criterios y procedimientos específicos adoptados por los Estados miembros para conceder derechos de uso de radiofrecuencias a proveedores de servicios de contenidos radiofónicos o televisivos para perseguir objetivos de interés general de conformidad con el derecho [de la Unión]:

1) Los Estados miembros no concederán derechos exclusivos o especiales de uso de radiofrecuencias para el suministro de servicios de comunicaciones electrónicas.

2) La atribución de radiofrecuencias para servicios específicos de comunicaciones se basará en criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionales.»

Litigio principal y cuestiones prejudiciales

12. El litigio principal versa sobre la asignación de radiofrecuencias para la radiodifusión televisiva por vía digital terrestre a operadores que ya eran titulares de radiofrecuencias de emisión analógica y explotaban cadenas analógicas. La tecnología digital se caracteriza por una eficacia de transmisión superior a la de la tecnología analógica, en la medida en que, a diferencia de esta última, permite la transmisión simultánea de varios programas en una misma radiofrecuencia. Las radiofrecuencias así liberadas constituyen el «dividendo digital».

13. La transición de la televisión analógica a la digital en Italia (en lo sucesivo, «transición digital») comenzó cuando se estaba tramitando un procedimiento por incumplimiento contra ese Estado miembro desde el año 2006, relativo a la conformidad de la normativa italiana en materia de gestión de radiofrecuencias de radiodifusión televisiva, transición digital y asignación de radiofrecuencias digitales con las disposiciones de la Directiva marco y con las disposiciones de las Directivas autorización y competencia. En su dictamen motivado de 19 de julio de 2007, la Comisión Europea señaló, en esencia, que esa normativa, al permitir que únicamente accedieran al mercado de la radiodifusión digital los operadores que ya emitían mediante la técnica analógica, les sustraía a la competencia en ese mercado. El Gobierno italiano adoptó varias medidas para hacer compatible dicha normativa con el Derecho de la Unión.

14. En este contexto, la AGCOM adoptó la Decisión 181/09/CONS, de 7 de abril de 2009, que posteriormente se transformó en ley mediante la legge n.º 88 (Ley 2008 n.º 88), de 7 de julio de 2009. En esa Decisión, la AGCOM fijó los criterios para la total digitalización de las redes terrestres para la televisión.

15. La citada Decisión establecía, en particular, la asignación de 21 multiplexores nacionales, que permiten agrupar diferentes señales en un flujo de datos común y transmitir simultáneamente varios servicios de televisión digital terrestre. Con el fin de repartirlos entre los nuevos operadores, los operadores que habían creado redes digitales y los operadores que gestionaban ya redes analógicas, esos multiplexores fueron distribuidos en tres grupos que



habían de adjudicarse conforme a distintos criterios. Asimismo, se estableció que, al término del procedimiento de selección, ningún operador pudiera disponer de más de cinco multiplexores nacionales.

16. Sólo uno de los mencionados grupos constituye el objeto del litigio principal. Este grupo está compuesto por ocho multiplexores que se destinaron a la conversión de las cadenas analógicas existentes en redes digitales. Habida cuenta del número de radiofrecuencias digitales disponibles, que era inferior al número de esas cadenas analógicas, la Decisión 181/09/CONS adoptó un criterio de conversión denominado «equitativo», basado en la continuidad de los programas emitidos en forma analógica. Además, se establecía que cada operador ya activo en el mercado analógico obtuviera al menos un multiplexor. Sobre esta base, se adjudicaron tres multiplexores a operadores de una sola red y se distribuyeron cinco multiplexores entre los operadores de varias redes. De este modo, Radiotelevisione italiana SpA (RAI) y Mediaset, que explotaban, respectivamente, tres cadenas analógicas, obtuvieron dos multiplexores, mientras que Telecom Italia Media Broadcasting, que explotaba dos cadenas analógicas, recibió un multiplexor.

17. Telecom Italia Media Broadcasting interpuso un recurso ante el Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lacio, Italia) con el fin de que se anularan las resoluciones de adjudicación de esos últimos multiplexores y las resoluciones que constituían su fundamento jurídico. En su recurso, dicha sociedad solicita que se reconozca su derecho a obtener otro multiplexor y que se condene a las Administraciones competentes a adjudicarle ese multiplexor o se les condene a abonarle una indemnización por daños y perjuicios.

18. Tras desestimarse su recurso mediante la sentencia n.º 1398/2014, Telecom Italia Media Broadcasting interpuso recurso de apelación contra esta última ante el órgano jurisdiccional remitente.

19. En el curso del proceso, Telecom Italia Media Broadcasting pasó a ser Persidera, a raíz de la aportación del capital social de Rete A Spa. Esta última era titular de los derechos de uso de dos multiplexores nacionales. A resultas de esta operación, Persidera dispone de cinco multiplexores nacionales, alcanzando así el número máximo autorizado, conforme a lo expuesto en el apartado 15 de la presente sentencia.

20. Ante el órgano jurisdiccional remitente, Persidera impugna, en particular, el criterio aplicado para convertir las cadenas analógicas existentes en redes digitales. Invoca varias disposiciones del Derecho de la Unión y alega la violación de los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad. Por una parte, sostiene que se le aplicó un factor de conversión del 50 %, ya que sólo una de sus dos cadenas analógicas se convirtió en red digital, mientras que en el caso de RAI y Mediaset el factor de conversión fue del 66 %, puesto que dos de tres cadenas analógicas se convirtieron en redes digitales. Por otra parte, critica que, en lo que respecta a estos dos operadores, se tuvieran en cuenta a efectos de la conversión cadenas ilegalmente explotadas.

21. En estas circunstancias, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:



«1) ¿Se opone el Derecho de la Unión y, en particular, los artículos 56 TFUE, 101 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE, el artículo 9 de la Directiva [marco], los artículos 3, 5 y 7 de la Directiva [autorización] y los artículos 2 y 4 de la Directiva [competencia], así como los principios de no discriminación, transparencia, libre competencia, proporcionalidad, efectividad y pluralismo de la información, a una normativa nacional que, a efectos de determinar el número de canales digitales que han de asignarse a los operadores en el momento de la conversión de los canales analógicos, exija que se consideren del mismo modo los canales analógicos utilizados de forma legítima y aquellos de los que se hubiera hecho uso en el pasado vulnerando los límites para evitar concentraciones establecidos en normas nacionales que ya han sido objeto de crítica por parte del Tribunal de Justicia o de la Comisión Europea, o, en todo caso, sin disponer de una concesión?»

2) ¿Se opone el Derecho de la Unión y, en particular, los artículos 56 TFUE, 101 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE, el artículo 9 de la Directiva [marco], los artículos 3, 5 y 7 de la Directiva [autorización] y los artículos 2 y 4 de la Directiva [competencia], así como los principios de no discriminación, transparencia, libre competencia, proporcionalidad, efectividad y pluralismo de la información, a una normativa nacional que, a efectos de determinar el número de canales digitales que han de asignarse a los operadores en el momento de la conversión de los canales analógicos, al exigir que se tomen en consideración todos los canales analógicos que se hayan gestionado de cualquier forma hasta ese momento, incluso incumpliendo los límites para evitar concentraciones establecidos en normas nacionales que ya han sido objeto de crítica por parte del Tribunal de Justicia o de la Comisión Europea, o, en todo caso, sin disponer de una concesión, tenga como consecuencia, en particular, que se reduzca el número de canales digitales asignados a un operador que explota varios canales con respecto a aquellos que utilizaba en el sistema analógico, en una medida proporcionalmente superior a la aplicada a sus competidores?»

Sobre las cuestiones prejudiciales

Sobre la admisibilidad

22. En primer lugar, el Gobierno italiano señala que la petición de decisión prejudicial versa sobre un problema hipotético y no determinante para la resolución del litigio principal. Según ese Gobierno, el recurso en el litigio principal tiene por objeto la obtención de otro multiplexor, a pesar de que Persidera ha alcanzado ya el número máximo autorizado de cinco multiplexores.

23. A este respecto, debe recordarse que, en el marco de la cooperación entre el Tribunal de Justicia y los órganos jurisdiccionales nacionales establecida en el artículo 267 TFUE, corresponde exclusivamente al juez nacional, que conoce del litigio y que ha de asumir la responsabilidad de la decisión jurisdiccional que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las particularidades del asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones que plantea al Tribunal de Justicia. Por consiguiente, cuando las cuestiones planteadas se refieren a la interpretación del Derecho de la Unión, el Tribunal de Justicia está, en principio, obligado a pronunciarse (sentencia de 6 de septiembre de 2016, Petruhhin, C-182/15, EU:C:2016:630, apartado 19 y jurisprudencia citada).

24. Por lo tanto, las cuestiones relativas a la interpretación del Derecho de la Unión planteadas por el juez nacional en el marco fáctico y normativo definido bajo su responsabilidad, y cuya exactitud no corresponde verificar al Tribunal de Justicia, disfrutan de



una presunción de pertinencia. La negativa del Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre una cuestión planteada por un órgano jurisdiccional nacional sólo está justificada cuando resulta patente que la interpretación del Derecho de la Unión solicitada no tiene relación alguna con la realidad o con el objeto del litigio principal, cuando el problema es de naturaleza hipotética o cuando el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos de hecho o de Derecho necesarios para responder eficazmente a las cuestiones planteadas (sentencias de 14 de abril de 2016, Polkomtel, C-397/14, EU:C:2016:256, apartado 37 y jurisprudencia citada, y de 13 de octubre de 2016, Prezes Urzedu Komunikacji Elektronicznej y Petrotel, C-231/15, EU:C:2016:769, apartado 16).

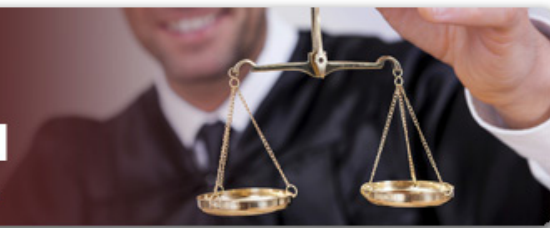
25. En el presente asunto, de la resolución de remisión se desprende que el recurso interpuesto por Persidera no sólo tiene por objeto la asignación de otro multiplexor, sino también la concesión de una indemnización por daños y perjuicios. Pues bien, mediante su recurso, Persidera cuestiona la conformidad con el Derecho de la Unión de las normas aplicadas a la conversión de las cadenas analógicas en redes digitales y las cuestiones prejudiciales planteadas tienen precisamente por objeto que el órgano jurisdiccional remitente pueda apreciar dicha conformidad y la pretensión de indemnización. En consecuencia, no resulta manifiesto que el litigio principal sea hipotético.

26. En segundo lugar, el Gobierno italiano y Reti Televisive Italiane SpA alegan, en esencia, que el Tribunal de Justicia no dispone de los elementos fácticos y jurídicos necesarios para dar una respuesta útil a las cuestiones planteadas.

27. A este respecto, ha de recordarse que la necesidad de llegar a una interpretación del Derecho de la Unión que sea eficaz para el juez nacional exige que éste respete escrupulosamente los requisitos relativos al contenido de la petición de decisión prejudicial expresamente mencionados en el artículo 94 del Reglamento del Procedimiento del Tribunal de Justicia, que se suponen conocidos por el tribunal remitente (véanse, en este sentido, las sentencias de 5 de julio de 2016, Ognyanov, C-614/14, EU:C:2016:514, apartados 18 y 19 y jurisprudencia citada, y de 27 de octubre de 2016, Audace y otros, C-114/15, EU:C:2016:813, apartado 35).

28. Así, es indispensable, como dispone el artículo 94, letra c), del Reglamento de Procedimiento, que la propia petición de decisión prejudicial contenga la indicación de las razones que han llevado al órgano jurisdiccional remitente a preguntarse sobre la interpretación o la validez de determinadas disposiciones del Derecho de la Unión, así como de la relación que a su juicio existe entre dichas disposiciones y la normativa nacional aplicable en el litigio principal.

29. También es indispensable, como establece el artículo 94, letra a), del Reglamento de Procedimiento, que la propia petición de decisión prejudicial contenga al menos una exposición de los datos fácticos en que se basan las cuestiones. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, estas exigencias son pertinentes especialmente en el ámbito de la competencia, que se caracteriza por complejas situaciones de hecho y de Derecho (véanse, en este sentido, la sentencia de 31 de enero de 2008, Centro Europa 7, C-380/05, EU:C:2008:59, apartado 58 y jurisprudencia citada, y el auto de 12 de diciembre de 2013, Umbra Packaging, C-355/13, no publicado, EU:C:2013:867, apartado 23 y jurisprudencia citada).



30. En el presente asunto, en primer término, debe señalarse que la petición de decisión prejudicial no contiene ninguna explicación acerca de la pertinencia de los artículos 56 TFUE, 101 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE para la resolución del litigio principal.

31. Por una parte, de la información facilitada al Tribunal de Justicia resulta que el litigio principal se caracteriza por elementos que se circunscriben todos ellos al ámbito el Estado italiano. Pues bien, el artículo 56 TFUE no es aplicable a una situación de esta índole (véase, en este sentido, la sentencia de 15 de noviembre de 2016, Ullens de Schooten, C-268/15, EU:C:2016:874, apartado 47 y jurisprudencia citada).

32. Por otra parte, la resolución de remisión no contiene ningún elemento fáctico o jurídico que permita apreciar si -y en qué medida- uno de los operadores afectados en el litigio principal que explota cadenas analógicas puede calificarse de empresa en el sentido del artículo 106 TFUE y si -y en qué medida- la normativa nacional controvertida en el litigio principal, que ha sido aplicada a efectos de la transición digital, puede conceder a tal empresa derechos especiales contrarios a los artículos 101 TFUE y 102 TFUE.

33. En segundo término, debe observarse que las cuestiones planteadas se basan en la premisa fáctica de que algunas cadenas analógicas consideradas a efectos de la conversión fueron gestionadas de manera irregular o ilegal, es decir, con vulneración de los límites en materia de concentraciones o sin que se dispusiera de una concesión. El órgano jurisdiccional remitente no proporciona ciertamente ninguna precisión acerca de esta premisa, que además niegan tanto el Gobierno italiano como Reti Televisive Italiana y RAI.

34. Sin embargo, además del hecho de que, conforme a la jurisprudencia citada en el apartado 24 de la presente sentencia, no corresponde al Tribunal de Justicia verificar la exactitud del marco fáctico descrito por el órgano jurisdiccional remitente, debe señalarse que las cuestiones prejudiciales planteadas no versan sobre la regularidad de la explotación de las cadenas analógicas de que se trata a la luz del NMRC. En efecto, las cuestiones prejudiciales se refieren a si cadenas analógicas supuestamente explotadas de manera irregular pueden tenerse en cuenta, en las mismas condiciones que cadenas explotadas regularmente, a efectos de su conversión a redes digitales. Pues bien, como la Abogado General ha señalado en los puntos 37 a 40 de sus conclusiones, el Tribunal de Justicia puede dar una respuesta útil al órgano jurisdiccional remitente sobre la base de los documentos que obran en los autos remitidos por éste y partiendo de la premisa fáctica -que únicamente este último órgano jurisdiccional puede, en su caso, desvirtuar- de que algunas cadenas analógicas han sido explotadas de manera irregular o ilegal a la luz del Derecho nacional o de las disposiciones del NMRC.

35. De todo lo anterior resulta que las cuestiones prejudiciales planteadas son inadmisibles en la medida en que se refieren a la interpretación de los artículos 56 TFUE, 101 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE.

Sobre el fondo

36. Mediante sus cuestiones prejudiciales, que procede examinar conjuntamente, el órgano jurisdiccional remitente pide esencialmente que se dilucide si el artículo 9 de la Directiva marco, los artículos 3, 5 y 7 de la Directiva autorización y los artículos 2 y 4 de la Directiva competencia, así como los principios de no discriminación y de proporcionalidad, deben



interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición nacional que, a efectos de la conversión de las cadenas analógicas existentes en redes digitales, tiene en cuenta tanto las cadenas analógicas gestionadas ilegalmente como las cadenas analógicas gestionadas legalmente y que, al aplicarles el mismo criterio de conversión, da lugar a una reducción proporcionalmente más importante del número de redes digitales asignadas con respecto al número de cadenas analógicas explotadas, en perjuicio de un operador en comparación con sus competidores.

37. En primer lugar, ha de recordarse que el artículo 8 de la Directiva marco impone a los Estados miembros la obligación de asegurarse de que las ANR adopten 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 a escala de la Unión (sentencias de 31 de enero de 2008, Centro Europa 7, C-380/05, EU:C:2008:59, apartado 81; de 3 de diciembre de 2009, Comisión/Alemania, C-424/07, EU:C:2009:749, apartado 92, y de 7 de noviembre de 2013, UPC Nederland, C-518/11, EU:C:2013:709, apartado 50).

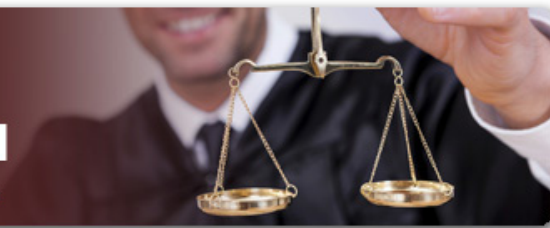
38. Conforme al apartado 1 del citado artículo 8, las ANR, al desempeñar las funciones reguladoras especificadas en la Directiva marco y, en particular, en la Directiva autorización, deben adoptar todas las medidas razonables que estén encaminadas a la consecución de los objetivos enumerados en los apartados 2 a 4 de dicho artículo, que consisten en fomentar la competencia en el suministro de redes y servicios de comunicaciones electrónicas, contribuir al desarrollo del mercado interior y promover los intereses de los ciudadanos de la Unión (véanse, en este sentido, las sentencias de 19 de junio de 2014, TDC, C-556/12, EU:C:2014:2009, apartado 39, y de 15 de septiembre de 2016, Koninklijke KPN y otros, C-28/15, EU:C:2016:692, apartado 46).

39. En virtud del artículo 4, apartado 2, de la Directiva competencia, del artículo 5, apartado 2, párrafo segundo, y del artículo 7, apartado 3, de la Directiva autorización, y del artículo 9, apartado 1, de la Directiva marco, los derechos de uso de radiofrecuencias deberán atribuirse con arreglo a criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados. Este último requisito implica que esos criterios sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para conseguirlo (véase, en este sentido, la sentencia de 23 de abril de 2015, Comisión/Bulgaria, C-376/13, no publicada, EU:C:2015:266, apartados 65 y 84).

40. Como la Abogado General ha señalado en el punto 47 de sus conclusiones, dichos criterios se han de observar no sólo en la primera adjudicación de radiofrecuencias, sino también en toda adjudicación posterior, ampliación o -como en las circunstancias del litigio principal- conversión de radiofrecuencias en el contexto de la transición digital.

41. Por último, en el artículo 5, apartado 6, de la Directiva autorización se indica que las ANR velarán por que la competencia no quede falseada a consecuencia, en particular, de la acumulación de derechos de uso de radiofrecuencias.

42. De las citadas disposiciones resulta que el NMRC se basa, principalmente, en un objetivo de competencia efectiva y no falseada, y tiene por objeto el desarrollo de ésta con observancia de los principios de igualdad de trato y de proporcionalidad, entre otros.



www.civil-mercantil.com

43. En este sentido, ya se ha declarado que las disposiciones del NMRC, especialmente el artículo 9, apartado 1, de la Directiva marco, el artículo 5, apartado 1, de la Directiva autorización y el artículo 4, apartado 1, de la Directiva competencia, se oponen a medidas nacionales cuyo efecto es fosilizar las estructuras del mercado nacional y proteger la posición de los operadores nacionales que ya desarrollaban alguna actividad en dicho mercado impidiendo o restringiendo el acceso de nuevos operadores a ese mercado, a menos que tales medidas estén justificadas por objetivos de interés general y se articulen sobre la base de criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados (véase, en este sentido, la sentencia de 31 de enero de 2008, Centro Europa 7, C-380/05, EU:C:2008:59, apartados 95 a 107).

44. Ha de considerarse que también sería contrario a las disposiciones del NMRC mantener o incluso reforzar, en favor de un operador ya presente en el mercado, una ventaja competitiva indebida, obtenida en infracción de las exigencias legales y contraria al objetivo de competencia efectiva y no falseada, impidiendo o restringiendo el acceso de nuevos operadores al mercado.

45. De ello se deduce, como la Abogado General ha señalado, en esencia, en el punto 70 de sus conclusiones, que las disposiciones del NMRC se oponen a que se tengan en cuenta, a efectos de la conversión digital, cadenas analógicas ilegalmente explotadas, puesto que ello lleva a prolongar, o incluso a reforzar, una ventaja competitiva indebida.

46. En segundo lugar, a fin de dar al órgano jurisdiccional remitente una respuesta útil y en el supuesto de que ese órgano jurisdiccional considerase que todas las cadenas de que se trata han sido explotadas legalmente, ha de recordarse que el principio general de igualdad de trato, como principio general del Derecho de la Unión, exige que no se traten de manera diferente situaciones comparables y que no se traten de manera idéntica situaciones diferentes, a no ser que dicho trato esté objetivamente justificado (véase la sentencia de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique y Lorraine y otros, C-127/07, EU:C:2008:728, apartado 23 y jurisprudencia citada). El carácter comparable de las situaciones debe determinarse y apreciarse, en particular, a la luz del objeto y la finalidad del acto que establece la distinción de que se trata. Además, deben tenerse en cuenta los principios y objetivos del ámbito al que pertenece el acto en cuestión (véase, en este sentido, la sentencia de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique y Lorraine y otros, C-127/07, EU:C:2008:728, apartado 26 y jurisprudencia citada).

47. En primer término, debe recordarse, como la Abogado General ha hecho en el punto 53 de sus conclusiones, que operadores como Persidera, RAI y Mediaset, que han explotado cadenas analógicas en Italia, se encuentran, en principio, en una situación comparable a efectos de la conversión de esas cadenas en redes digitales con motivo de la transición digital.

48. En segundo término, de la documentación aportada al Tribunal de Justicia resulta que las cadenas analógicas explotadas por esos tres operadores que disponían de varias redes se convirtieron en redes digitales con arreglo al criterio de conversión denominado «equitativo», mencionado en el apartado 16 de la presente sentencia. Así, según se desprende de la resolución de remisión, el número de cadenas explotadas por cada operador se convirtió en el mismo número de redes digitales, previa retirada de una cadena. Por consiguiente, Persidera, que explotaba dos cadenas analógicas, obtuvo una red digital, mientras que RAI y



Mediaset, que explotaban, respectivamente, tres cadenas analógicas, recibieron cada una de ellas dos redes digitales. En otras palabras, mientras que para estas últimas la proporción de conversión resultante fue del 66,67 %, al asignárseles dos redes digitales por tres cadenas analógicas, esa proporción se quedó en el 50 % en el caso de Persidera, al obtener ésta una única red digital por sus dos cadenas analógicas. La aplicación de la misma medida de supresión de una cadena analógica con motivo de la conversión digital se tradujo, por tanto, en la aplicación de índices de conversión divergentes, que afectaron en mayor medida a Persidera que a RAI y Mediaset.

49. Por ello, como la Abogado General ha señalado en los puntos 54 a 57 de sus conclusiones, debe considerarse que una disposición nacional como la controvertida en el litigio principal constituye una diferencia de trato entre operadores competidores que se encuentran, sin embargo, en una situación comparable.

50. En tercer término, en las observaciones presentadas al Tribunal de Justicia se indica que el criterio de conversión denominado «equitativo» estaba justificado por la necesidad de garantizar la continuidad de la oferta televisiva. También se afirma que la diferencia de trato vino ocasionada por los condicionamientos materiales vinculados a la imposibilidad técnica de dividir las radiofrecuencias.

51. A este respecto, tal como la Abogado General ha señalado en el punto 64 de sus conclusiones, ha de considerarse que la continuidad de la oferta televisiva contribuye a la protección de los consumidores, protección que, por otra parte, figura expresamente entre los objetivos fijados en el artículo 8, apartado 4, de la Directiva marco. Por lo tanto, el objetivo de continuidad de la oferta televisiva puede ser tenido en cuenta por las ANR en el momento de la conversión de las cadenas analógicas existentes en redes digitales, velando al mismo tiempo por que esta conversión se atenga a todos los objetivos previstos en el artículo 8 de la Directiva marco y a la necesidad de una gestión eficaz de las radiofrecuencias, como exige el artículo 9, apartado 1, de esa misma Directiva.

52. Es cierto que la conversión de las cadenas analógicas existentes en redes digitales es idónea para garantizar la continuidad de la oferta televisiva hasta entonces emitida a través de la tecnología analógica.

53. Sin embargo, una medida en virtud de la cual se asigne a los operadores ya existentes en el mercado un número de radiofrecuencias digitales superior al número suficiente para garantizar la continuidad de su oferta televisiva iría más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo y sería, por ende, desproporcionada.

54. Ha de precisarse también que la ANR debe tener en cuenta, con motivo de la conversión de las cadenas analógicas existentes en redes digitales, los condicionamientos materiales vinculados a la imposibilidad técnica de dividir las radiofrecuencias de que se trata. En tal situación, el objetivo consistente en fomentar la utilización y gestión eficaz de las radiofrecuencias, como se prevé, en particular, en el artículo 8, apartado 2, letra d), de la Directiva marco, puede justificar, para evitar fraccionamientos, la adjudicación de un número de redes digitales inferior o superior con respecto al número de cadenas analógicas explotadas.

55. En el presente asunto, de la documentación aportada al Tribunal de Justicia se desprende que un multiplexor digital permite la transmisión de cinco a seis cadenas con una



calidad de transmisión idéntica a la de la transmisión analógica, o bien la transmisión de tres cadenas digitales en alta definición, es decir, con una tecnología más avanzada. Pues bien, como la Abogado General ha expuesto en el punto 67 de sus conclusiones y sin perjuicio de la verificación que incumbe al órgano jurisdiccional remitente, de ello se infiere que un único multiplexor habría podido ser suficiente para que operadores como RAI y Mediaset pudieran garantizar la continuidad de sus tres cadenas analógicas con una calidad comparable y que la asignación de un segundo multiplexor iba más allá de lo necesario a tal efecto. Además, como se indica en el punto 79 de las conclusiones, la preservación de la indivisibilidad de las radiofrecuencias no parece justificar de manera suficiente la diferencia de trato controvertida en el litigio principal, extremo que corresponde verificar al órgano jurisdiccional remitente.

56. A la luz de las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones prejudiciales planteadas que:

- El artículo 9 de la Directiva marco, los artículos 3, 5 y 7 de la Directiva autorización y los artículos 2 y 4 de la Directiva competencia deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición nacional que, a efectos de la conversión de las cadenas analógicas existentes en redes digitales, tiene en cuenta cadenas analógicas gestionadas ilegalmente, puesto que lleva a prolongar, o incluso a reforzar, una ventaja competitiva indebida.

- Los principios de no discriminación y de proporcionalidad deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición nacional que, al aplicar un mismo criterio de conversión, da lugar a una reducción proporcionalmente más importante del número de redes digitales adjudicadas con respecto al número de cadenas analógicas explotadas, en perjuicio de un operador en comparación con sus competidores, a no ser que tal disposición esté objetivamente justificada y sea proporcionada a su objetivo. La continuidad de la oferta televisiva constituye un objetivo legítimo que puede justificar una diferencia de trato de esta índole. Sin embargo, una disposición que lleve a asignar a los operadores ya existentes en el mercado un número de radiofrecuencias digitales superior al número que bastaría para garantizar la continuidad de su oferta televisiva iría más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo y sería, en consecuencia, desproporcionada.

Costas

57. Dado que el procedimiento tiene, para las partes del litigio principal, el carácter de un incidente promovido ante el órgano jurisdiccional remitente, corresponde a éste resolver sobre las costas. Los gastos efectuados por quienes, no siendo partes del litigio principal, han presentado observaciones ante el Tribunal de Justicia no pueden ser objeto de reembolso.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Cuarta) declara:

1) El artículo 9 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, los artículos 3, 5 y 7 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, y los artículos 2 y 4 de la Directiva 2002/77/CE de la Comisión, de 16 de septiembre de 2002, relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios



www.civil-mercantil.com

de comunicaciones electrónicas, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición nacional que, a efectos de la conversión de las cadenas analógicas existentes en redes digitales, tiene en cuenta cadenas analógicas gestionadas ilegalmente, puesto que lleva a prolongar, o incluso a reforzar, una ventaja competitiva indebida.

2) Los principios de no discriminación y de proporcionalidad deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una disposición nacional que, al aplicar un mismo criterio de conversión, da lugar a una reducción proporcionalmente más importante del número de redes digitales adjudicadas con respecto al número de cadenas analógicas explotadas, en perjuicio de un operador en comparación con sus competidores, a no ser que tal disposición esté objetivamente justificada y sea proporcionada a su objetivo. La continuidad de la oferta televisiva constituye un objetivo legítimo que puede justificar una diferencia de trato de esta índole. Sin embargo, una disposición que lleve a asignar a los operadores ya existentes en el mercado un número de radiofrecuencias digitales superior al número que bastaría para garantizar la continuidad de su oferta televisiva iría más allá de lo necesario para alcanzar ese objetivo y sería, en consecuencia, desproporcionada.

Firmas

* Lengua de procedimiento: italiano.

Fuente: sitio internet del Tribunal de Justicia.