

Asunto C-329/21**Resumen de la petición de decisión prejudicial con arreglo al artículo 98, apartado 1, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia****Fecha de presentación:**

26 de mayo de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Fővárosi Törvényszék (Tribunal General de la Capital, Hungría)

Fecha de la resolución de remisión:

18 de mayo de 2021

Parte demandante:

DIGI Communications NV

Parte demandada:

Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Hivatala (Oficina de la Autoridad Nacional de Medios y Comunicaciones, Hungría)

Objeto del procedimiento principal

Recurso contencioso-administrativo en materia de comunicaciones

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

En el procedimiento principal, la cuestión previa que se plantea es si la demandante dispone del derecho de recurso previsto en el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 2002/21/CE contra la decisión por la que se declara el resultado del procedimiento de subasta cuando no es destinataria de dicha decisión. La petición tiene por objeto que se determine si la demandante es una competidora de los destinatarios o una empresa afectada por la decisión.

La base jurídica de la petición es el artículo 267 TFUE.

Cuestiones prejudiciales

«1)

1.1 ¿Puede considerarse competidora de las empresas destinatarias de una decisión de la autoridad nacional de reglamentación, en el sentido del artículo 4, apartado 1, 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), una empresa registrada y que opera en otro Estado miembro, que no presta ella misma servicios de comunicaciones electrónicas en el mercado al que se refiere la decisión, cuando una empresa que está bajo su control directo está presente en el mercado de referencia como proveedor de servicios y compite en él con las empresas destinatarias de la decisión?

1.2 Para responder a la cuestión 1.1, ¿es necesario examinar si la sociedad matriz que desea interponer el recurso forma una unidad económica con la empresa que está bajo su control y que está presente como competidora en el mercado de referencia?

2)

2.1 ¿Es un procedimiento de subasta llevado a cabo por una autoridad nacional de reglamentación en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco y del artículo 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), que tiene por objeto los derechos de uso de frecuencias en apoyo del despliegue de la 5G y relacionados con servicios adicionales de banda ancha inalámbrica, un procedimiento destinado a la defensa de la competencia? ¿Debe interpretarse también que la decisión de la autoridad nacional de reglamentación por la que se declara el resultado de dicho procedimiento de subasta tiene como objetivo la defensa de la competencia en este sentido?

2.2 En el supuesto de que el Tribunal de Justicia responda afirmativamente a la cuestión 2.1, ¿afecta al objetivo de defensa de la competencia de la decisión el hecho de que la autoridad nacional de reglamentación denegara, mediante decisión definitiva contenida en una resolución separada, el registro de su oferta a la empresa que interpone un recurso judicial, lo que tuvo como consecuencia que esta última no pudiera participar en el procedimiento de subasta y, por tanto, que no fuera destinataria de la decisión que determinó el resultado del procedimiento?

3)

3.1 ¿Debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco, a la luz del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, en el sentido de que únicamente confiere un derecho de recurso contra una decisión de una autoridad nacional de reglamentación a una empresa:

- a) cuya posición en el mercado se vea directa y efectivamente afectada por la decisión, o bien
- b) respecto de cuya posición en el mercado se demuestre que es altamente probable que pueda verse afectada por la decisión; o bien
- c) cuya posición en el mercado pueda verse afectada directa o indirectamente por la decisión?

3.2 ¿Queda demostrada en sí misma la afectación a la que se refiere la cuestión 3.1 por el hecho de que la empresa presentó una oferta en el procedimiento de subasta, es decir, que deseaba participar en él pero que no lo consiguió por no cumplir los requisitos, o bien el tribunal puede exigirle legítimamente que además demuestre esa afectación mediante pruebas?

4) A la luz de las respuestas dadas a las cuestiones prejudiciales primera a tercera, ¿debe interpretarse el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, en el sentido de que constituye una empresa proveedora de servicios de comunicaciones electrónicas que se ve afectada por la decisión de la autoridad nacional de reglamentación por la que se declara el resultado de un procedimiento de subasta de los derechos de uso de frecuencias en apoyo del despliegue de la 5G y relacionados con servicios adicionales de banda ancha inalámbrica, y que, por tanto, tiene derecho a recurrir, una empresa:

- que no lleva a cabo una actividad económica de prestación de servicios en el mercado de referencia, pero una empresa bajo su control directo presta servicios de comunicaciones electrónicas en ese mismo mercado, y
- a la que se denegó la inscripción en el procedimiento de subasta mediante resolución firme y definitiva de la autoridad nacional de reglamentación, antes de que se adoptase la decisión por la que se declara el resultado del procedimiento de subasta impugnado, lo que la excluyó de la participación ulterior en el procedimiento de subasta?»

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

- Artículos 4, apartado 1, y 8, apartado 2, 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).
- Artículo 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).
- Artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Disposiciones nacionales invocadas

Ley I de 2017, sobre la jurisdicción contencioso-administrativa

«Artículo 17 Tendrá la facultad de iniciar el procedimiento

- a) la persona cuyo derecho o interés legítimo se vea directamente afectado por la actividad administrativa».

«Artículo 88 [Desestimación del recurso]

- (1) El tribunal desestimará el recurso si

[...]

- b) no puede declararse ninguna lesión directa de un derecho o un interés legítimo del demandante.»

Jurisprudencia invocada

- Sentencia de 21 de febrero de 2008, Tele2 Telecommunication (C-426/05, EU:C:2008:103).
- Sentencia de 24 de abril de 2018, Arcor (C-55/06, ECLI:EU:C:2008:244).
- Sentencia de 22 de enero de 2015, T-Mobile Austria (C-282/13, EU:C:2015:24).
- Sentencia de 19 de mayo de 2009, Assitur (C-538/07, ECLI:EU:C:2009:317).
- Sentencia de 17 de mayo de 2018, Specializuotas transportas (C-531/16, ECLI:EU:C:2018:324).
- Sentencia de 21 de diciembre de 2016, Akzo Nobel y Akzo Nobel Chemicals/Comisión (C-516/15 P, ECLI:EU:C:2016:1004).

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 El 18 de julio de 2019, la Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság (Autoridad Nacional de Medios y Comunicaciones; en lo sucesivo, «Autoridad») puso en marcha un procedimiento de subasta para los derechos de uso de frecuencias en apoyo del despliegue de la 5G y relacionados con servicios adicionales de banda ancha inalámbrica (en lo sucesivo, «Procedimiento de subasta»), y publicó la documentación que contenía las normas detalladas del mismo (en lo sucesivo, «Documentación»).
- 2 DIGI Communications NV (en lo sucesivo, «demandante») es una sociedad mercantil de cartera registrada en los Países Bajos que no está inscrita en Hungría

como proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas. La demandante presentó una candidatura para participar en el Procedimiento de subasta, pero su candidatura fue declarada formalmente inválida por la Autoridad debido a que la demandante había abusado de su derecho a participar en el Procedimiento de subasta, había incurrido en una conducta destinada a eludir el procedimiento y había tratado de engañar a la Autoridad. La Autoridad consideró que la demandante solo había presentado su candidatura porque, en caso de que DIGI Távközlési és Szolgáltató Korlátolt Felelősségű Társaság (en lo sucesivo, «DIGI Kft.»), una empresa controlada por ella, registrada en Hungría y que presta servicios de comunicaciones electrónicas en ese país, hubiera presentado su candidatura, se le habría aplicado la norma de exclusión contenida en la Documentación. Por esta razón, la Autoridad denegó la inscripción de la demandante en la subasta mediante resolución definitiva y concluyó que la demandante había perdido su condición de parte en el Procedimiento de subasta. La demandante impugnó judicialmente esta decisión, pero su recurso fue desestimado en primera instancia por el órgano jurisdiccional remitente y, en segunda instancia, con carácter definitivo, por la Kúria (Tribunal Supremo).

- 3 Mediante recurso de anulación contra la decisión de la Autoridad por la que se declara el resultado del Procedimiento de subasta, la demandante incoó un procedimiento contencioso-administrativo que está pendiente ante el órgano jurisdiccional remitente como litigio principal.

Principales alegaciones de las partes en el litigio principal

- 4 La demandante sostiene que, con arreglo al artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco, está legitimada para interponer un recurso contra la decisión por la que se declara el resultado del Procedimiento de subasta. En su opinión, es un competidor efectivo de las empresas que han adquirido derechos de uso de frecuencias en el Procedimiento de subasta, dado que, por un lado, pertenece a un grupo de empresas, junto con DIGI Kft, que está presente en el mercado como proveedor de servicios y, por otro, quiso participar en el Procedimiento de subasta como competidor potencial, a lo que tiene derecho en virtud del principio fundamental de la libre prestación de servicios. En cualquier caso, en su opinión, la condición de competidor no es un requisito para el reconocimiento de la condición de afectado, ya que basta para ello con que su posición en el mercado se vea potencialmente afectada por la decisión de la Autoridad. Sostiene que su interés económico directo y legítimo se ve afectado por el hecho de que la Autoridad frustró su Participación en la subasta sobre la base de una Documentación ilegal y en un procedimiento contrario a Derecho. Niega que esté obligada a aportar pruebas de que se ha menoscabado dicho interés, dado que el pago de la tasa de inscripción y la presentación de su oferta demuestran su intención real de obtener las frecuencias. A su juicio, al denegársele la inscripción y no tener la condición de parte se imposibilitó por completo el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva. Por no tener la condición de parte también perdería su derecho de recurso contra la decisión de concluir el procedimiento de

subasta, puesto que, a su juicio, la Documentación solo puede ser impugnada por vía judicial junto con la decisión por la que se declara finalizado el procedimiento.

- 5 La Autoridad niega la legitimación activa de la demandante basándose en que se extinguió su condición de parte al ser excluida del Procedimiento de subasta, por lo que la decisión y la sentencia en el procedimiento principal no pueden afectar a su situación jurídica. Subraya que la declaración de la demandante de que no tiene planes concretos de entrar en el mercado húngaro también la excluye de ser competidora. Además, de documentos públicos se desprende que la demandante ni siquiera está presente en el mercado de servicios en el Estado miembro en el que está establecida. A su juicio, la posición en el mercado de DIGI Kft. no puede valorarse a este respecto.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 6 Dado que la Directiva marco no define el concepto de «persona afectada», procede examinarlo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En las sentencias Tele2 Telecommunication, Arcor y T-Mobile Austria, el Tribunal de Justicia examinó tres requisitos para determinar si una empresa estaba afectada en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco y si le amparaba un derecho de recurso contra la decisión controvertida en el respectivo asunto.
- 7 Estos tres requisitos, que requieren una interpretación adicional en el procedimiento ante el órgano jurisdiccional remitente, son, en primer lugar, que la empresa en cuestión sea una empresa proveedora de redes o servicios de comunicaciones electrónicas competidora de la empresa o empresas destinatarias de la decisión de la autoridad; en segundo lugar, que la autoridad nacional de reglamentación haya adoptado la decisión en el marco de un procedimiento que tenga como objetivo la defensa de la competencia, y, en tercer lugar, que la decisión en cuestión afecte o pueda afectar a la posición de la primera empresa en el mercado.
- 8 La primera cuestión prejudicial planteada tiene por objeto que se dilucide si la condición de competidor está acreditada en una situación en la que otro miembro del grupo de empresas que está controlado por la empresa que desea interponer el recurso ejerce la actividad de proveedor de servicios de comunicaciones electrónicas en el mercado de referencia, pero la propia demandante no ejerce tal actividad y solo dispone de una infraestructura a través de su filial húngara.
- 9 Se plantea además la cuestión de si, para determinar su condición de competidor, es necesario examinar hasta qué punto forman una unidad económica la demandante y la empresa bajo su control. El principio enunciado en el apartado 31 de la sentencia Assitur del Tribunal de Justicia, según el cual los grupos de sociedades pueden tener formas y objetivos diferentes, y no excluyen necesariamente que las empresas controladas gocen de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, así como los criterios de examen enunciados en los apartados 27 a 29 de la sentencia

Specializuoetas transportas de dicho Tribunal, pueden ser pertinentes por analogía para determinar la naturaleza de la relación efectiva, económica y de control, entre la demandante y DIGI Kft.

- 10 Según el órgano jurisdiccional remitente, dado que los asuntos del Derecho de la competencia de la Unión que aparecen en las alegaciones de la demandante — relativos a acuerdos restrictivos de la competencia— se refieren a la imputabilidad de la responsabilidad, no pueden servir de base para afirmar en términos generales que, aun cuando, desde el punto de vista jurídico, un grupo está compuesto por varias personas jurídicas distintas, puede considerarse como una única «empresa» a efectos del Derecho de la competencia.
- 11 En cambio, el objetivo del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco, a saber, garantizar los derechos de la empresa afectada por una decisión de la autoridad nacional de reglamentación, debe entenderse referido al mercado afectado por la decisión, sin extenderse a todo el grupo de empresas. Corresponde al Tribunal de Justicia decidir si, para que una empresa se considere competidora en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco, debe estar presente directamente en el mercado o si basta con que esté presente indirectamente a través de una filial.
- 12 El órgano jurisdiccional remitente también alberga dudas acerca de si el mero hecho de que la demandante presentara una oferta en el Procedimiento de subasta es suficiente para probar la realidad de su intención de entrar en el mercado. Dado que DIGI Kft. está presente en el mercado como proveedor de servicios y que ha realizado inversiones para lanzar servicios 5G, no sería un comportamiento de mercado razonable que la demandante deseara entrar en el mercado de proveedores de servicios como competidora de su propia filial, con los altos costes de inversión que ello conlleva.
- 13 Habida cuenta del artículo 8, apartado 2, de la Directiva marco y del artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva autorización, el órgano jurisdiccional remitente considera que un procedimiento de licitación convocado para la adjudicación del derecho de uso de frecuencias, como el Procedimiento de subasta controvertido en el litigio principal, cumple el requisito de que la autoridad nacional de reglamentación haya adoptado la decisión en el marco de un procedimiento destinado a la defensa de la competencia. El Procedimiento de subasta de que se trata en el litigio principal es un procedimiento de licitación en relación con el cual el Tribunal de Justicia aún no ha interpretado el artículo 4 de la Directiva marco, por lo que es necesario que el Tribunal de Justicia responda a la segunda cuestión prejudicial. Además, el litigio principal también debe examinarse desde el punto de vista de la idoneidad de la decisión de la Autoridad para alcanzar el objetivo de defensa de la competencia en lo que respecta a la demandante.
- 14 Al analizar la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia (sentencias Tele2 Telecommunication, Arcor y T -Mobile Austria), no queda claro si basta una mínima afectación potencial de la posición de una empresa en el mercado para

calificarla de empresa afectada en el sentido del artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco o si deben examinarse las particularidades del caso concreto, incluidos los efectos concretos de la decisión sobre la posición en el mercado de la empresa que pretende impugnarla y la probabilidad de que se produzcan. Mediante su tercera cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente solicita al Tribunal de Justicia que le oriente acerca del nivel de prueba que puede exigir a la demandante para acreditar el efecto de la decisión sobre su posición en el mercado, con el fin de fundamentar su legitimación activa.

- 15 En la sentencia *Tele2 Telecommunication*, el Tribunal de Justicia aclaró que los derechos de las partes en el procedimiento administrativo no están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva marco. De ello se deduce que la existencia o la extinción del derecho de la demandante a ser parte en el procedimiento administrativo no es pertinente para las cuestiones planteadas en el presente procedimiento de remisión prejudicial.
- 16 Por lo que respecta a la cuarta cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente considera que el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales también puede vulnerarse por el hecho de que los operadores puedan, incluso de forma abusiva, obstaculizar o impedir la ejecución de las decisiones de la autoridad mediante la interposición de acciones judiciales en las que no tengan ningún interés jurídico directo real, menoscabando con ello precisamente la eficacia de una competencia leal en el mercado. Habida cuenta de lo anterior, la interpretación del Tribunal de Justicia es necesaria para saber cómo se aplica con la mayor eficacia el artículo 4, apartado 1, de la Directiva marco a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva garantizada por el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, ponderando los intereses de todas las partes, tanto de las destinatarias de la decisión como de la empresa que pretende ejercer su derecho de recurso.