

Asunto C-243/21**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:**

14 de abril de 2021

Órgano jurisdiccional remitente:

Sąd Okręgowy w Warszawie (Tribunal Regional de Varsovia, Polonia)

Fecha de la resolución de remisión:

6 de abril de 2021

Partes demandantes:

«TOYA» sp. z o.o.

Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji

Parte demandada:

Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Presidente de la Oficina de Comunicaciones Electrónicas)

Objeto del procedimiento principal ante el órgano jurisdiccional nacional

El litigio ante el órgano jurisdiccional remitente versa sobre el recurso de TOYA sp. z o.o. contra la resolución del Prezes Urzędu Komunikacji Elektronicznej (Presidente de la Oficina de Comunicaciones Electrónicas; autoridad nacional de reglamentación polaca; en lo sucesivo, «Presidente de la UKE»), mediante la que este determinó *ex ante* las condiciones de acceso a la infraestructura física de TOYA sp. z o.o. y obligó a esta sociedad a garantizar su disponibilidad para concluir contratos marco y contratos particulares y para aceptar peticiones de acceso a su infraestructura física con arreglo a las condiciones de acceso determinadas mediante dicha resolución.

Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial

Con arreglo al artículo 267 TFUE, el órgano jurisdiccional pretende que se dilucide si las disposiciones del Derecho de la Unión que regulan el mercado de las telecomunicaciones se oponen a una interpretación del artículo 18, apartado 3, de la *ustawa o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych* (Ley de Fomento de los Servicios y Redes de Telecomunicaciones), según la cual dicho artículo permite que el Presidente de la UKE imponga a una empresa de telecomunicaciones que dispone de infraestructura física y es simultáneamente proveedor de servicios o redes de comunicación electrónica disponibles para el público, pero que no tiene un peso significativo en el mercado de la canalización de cables, la obligación reglamentaria de aplicar condiciones establecidas *ex ante* por el Presidente de la UKE, que regulan las condiciones de acceso a la infraestructura física de ese operador, incluidas las normas y formas de celebración de contratos y las tarifas de acceso aplicables, con independencia de que exista un conflicto sobre el acceso a la infraestructura física de dicho operador y una competencia efectiva en el mercado.

Para dirimir el litigio, el órgano jurisdiccional remitente deberá considerar el estado jurídico y fáctico aplicable en la fecha en que se dictó la resolución, es decir, el 11 de septiembre de 2018, momento en que estaban vigentes las Directivas 2002/19/CE y 2002/21/CE, que fueron derogadas con efectos a partir del 21 de diciembre de 2020 en virtud del artículo 125 [de la Directiva (UE) 2018/1972] por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas (en lo sucesivo, «Directiva CECE»), que sustituyó las normas de dichas directivas. Además, la Directiva CECE aún no ha sido transpuesta al ordenamiento jurídico polaco. Sin embargo, en el supuesto de que el Tribunal de Justicia considere que el objeto de la cuestión prejudicial planteada debe dirimirse según las disposiciones de la Directiva CECE, el órgano jurisdiccional remitente solicita una respuesta a la cuestión prejudicial planteada en la variante II.

Cuestión prejudicial

1. ¿Debe interpretarse el artículo 8, apartado 3, de la Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, en relación con los artículos 3, apartado 5, y 1, apartados 3 y 4, de la Directiva 2014/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, en el sentido de que se opone a que la autoridad nacional de reglamentación pueda imponer a un operador que dispone de infraestructura física y es simultáneamente proveedor de servicios o redes de comunicación electrónica disponibles para el público, pero que no ha sido designado como operador con peso significativo en el mercado, la obligación de aplicar condiciones establecidas *ex ante* por dicha autoridad, que

regulan las condiciones de acceso a la infraestructura física de ese operador, incluidas las normas y formas de celebración de contratos y las tarifas de acceso aplicables, con independencia de que exista un conflicto sobre el acceso a la infraestructura física de dicho operador y una competencia efectiva en el mercado?

En su caso (variante II)

2. ¿Debe interpretarse el artículo 67, apartados 1 y 3, de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas, en relación con el artículo 68, apartados 2 y 3, de esta y con los artículos 3, apartado 5, y 1, apartados 3 y 4, de la Directiva 2014/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad, en el sentido de que se opone a que la autoridad nacional de reglamentación pueda imponer a un operador que dispone de una infraestructura física y es simultáneamente proveedor de servicios o redes de comunicación electrónica disponibles para el público, pero que no ha sido designado como operador con peso significativo en el mercado, la obligación de aplicar condiciones establecidas *ex ante* por dicha autoridad, que regulan las condiciones de acceso a la infraestructura física de ese operador, incluidas las normas y formas de celebración de contratos y las tarifas de acceso aplicables, con independencia de que exista un conflicto sobre el acceso a la infraestructura física de dicho operador y una competencia efectiva en el mercado?

Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas

Directiva 2014/61/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a medidas para reducir el coste del despliegue de las redes de comunicaciones electrónicas de alta velocidad (DO 2014, L 155, p. 1), en su versión modificada (en lo sucesivo, «Directiva costes»): artículos 1, apartado 4, y 3, apartados 1, 2 y 5

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), en su versión modificada: artículo 8, apartado 5

Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso) (DO 2002, L 108, p. 7), en su versión modificada: artículos 8, apartados 1 a 5, y 9, apartados 1 y 2

Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, por la que se establece el Código Europeo de las

Comunicaciones Electrónicas (DO 2018, L 321, p. 36): artículos 67, apartados 1 y 3, y 68

Disposiciones de Derecho nacional invocadas

Ustawa z 7 maja 2010 r. o wspieraniu rozwoju usług i sieci telekomunikacyjnych (Ley de Fomento de los Servicios y Redes de Telecomunicaciones, de 7 de mayo de 2010), texto refundido: Dziennik Ustaw de 2017, partida 2062 (en lo sucesivo, «Ley de Fomento»): artículos 17, apartados 1 y 2, 18, apartados 1 a 3 y 6 a 8, y 22, apartados 1 a 3

Ustawa z dnia 16 lipca 2004 r. prawo telekomunikacyjne (Ley de Telecomunicaciones, de 16 de julio de 2004), texto refundido: Dziennik Ustaw de 2019, partida 2460 (en lo sucesivo, «Ley de Telecomunicaciones»): artículo 139

Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal

- 1 TOYA sp. z o.o. es una empresa de telecomunicaciones y también un operador de red a los efectos de la Ley de Fomento.
- 2 El Presidente de la UKE inició de oficio un procedimiento administrativo e instó a TOYA sp. z o.o. a que facilitara información sobre las condiciones de despliegue del acceso a la infraestructura física de esta. En respuesta, TOYA sp. z o.o. proporcionó la información requerida.
- 3 El 11 de septiembre de 2018, el Presidente de la UKE dictó una resolución mediante la que determinó las condiciones de acceso a la infraestructura física de TOYA sp. z o.o. en lo relativo a la canalización de cables y de telecomunicaciones de edificios y obligó a TOYA sp. z o.o. a garantizar su disponibilidad para concluir contratos marco y contratos particulares y para aceptar peticiones de acceso a su infraestructura física con arreglo a las condiciones de acceso determinadas mediante dicha resolución.
- 4 TOYA sp. z o.o. interpuso un recurso contra la resolución del Presidente de la UKE ante el Sąd Okręgowy w Warszawie Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów [Tribunal Regional de Varsovia — Tribunal de Protección de la Competencia y del Consumidor, Polonia (órgano jurisdiccional remitente)].

Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal

- 5 En la motivación de la resolución, el Presidente de la UKE invocó lo dispuesto en el artículo 18, apartado 3, de la Ley de Fomento, con arreglo al cual, después de que el operador de red proporcione la información sobre las condiciones de despliegue del acceso a su infraestructura física, el Presidente de la UKE,

siguiendo los criterios establecidos en el artículo 22, apartados 1 a 3, de esa Ley, puede determinar, mediante resolución, las condiciones de acceso a la infraestructura física [del operador]. Conforme a lo dispuesto en el artículo 22, apartado 1, de dicha Ley, el Presidente de la UKE dictará una resolución sobre el acceso a la infraestructura física tomando en consideración la necesidad de garantizar unas condiciones de acceso no discriminatorias y que sean proporcionadas.

- 6 El Presidente de la UKE subrayó que estos principios tienen su anclaje en la legislación de la Unión Europea y dimanar ante todo del Tratado de la Unión Europea. En consecuencia, deben aplicarse teniendo en cuenta el acervo doctrinal y jurisprudencial de la Unión. El principio de proporcionalidad supone que las condiciones de acceso a la infraestructura física establecidas en la resolución administrativa deben ser necesarias y adecuadas y que las medidas aplicadas deben resultar lo menos gravosas posible. De dicho principio se sigue la prohibición de realizar actos de autoridad que vayan más allá de lo necesario. Por tanto, cuando un Estado miembro evalúe la necesidad de aplicar una medida concreta, deberá valorar en primer lugar si existe una medida menos restrictiva para una situación de hecho análoga. La evaluación de la necesidad y del ámbito del acto corresponde a la autoridad que verifica los requisitos previstos en la normativa. El principio de proporcionalidad siempre guarda relación con intereses específicos y que compiten entre sí. Respecto a dicho principio, el Presidente de la UKE consideró que no existe otra forma para determinar las condiciones de acceso a la infraestructura física de TOYA sp. z o.o. sino mediante una resolución administrativa. A juicio del Presidente de la UKE, las reglas de acceso establecidas en la resolución, pese a que inciden en el derecho de propiedad de TOYA sp. z o.o., no resultan excesivamente gravosas para ella y tienen debidamente en cuenta los derechos e intereses de esta. En especial, no se le impide determinar el contenido del contrato marco, de modo que este se adecúe a las reglas de funcionamiento vigentes en la empresa, siempre que las estipulaciones de dicho contrato no sean incompatibles con las condiciones de acceso establecidas en la resolución y no sean menos favorables para las empresas beneficiarias.
- 7 Asimismo, el Presidente de la UKE señaló que las disposiciones de la Ley de Fomento relativas a los presupuestos que lo autorizan a adoptar resoluciones para determinar condiciones de acceso a la infraestructura física no hacen referencia a la envergadura de la infraestructura poseída ni al número de conflictos sobre el acceso a la infraestructura. Por ello, al dictar la resolución, el Presidente de la UKE tomó en consideración que TOYA sp. z o.o. deberá tratar de modo idéntico a las empresas que pretendan acceder a la infraestructura de esta, mencionadas en el artículo 17 de la Ley de Fomento. A su vez, teniendo en cuenta la necesidad de garantizar unas condiciones de acceso proporcionadas, el Presidente de la UKE estableció las condiciones de acceso adoptando unas medidas suficientes, pero al mismo tiempo mínimas, para asegurar el objetivo perseguido por dicho acceso.

- 8 El Presidente de la UKE explicó que la solución recogida en la resolución es compatible con los objetivos de la Directiva costes, cuyas disposiciones fueron transpuestas mediante la Ley de Fomento. En particular, tuvo en cuenta los considerandos 4, 5, 7, 8 y 9 de dicha Directiva, que hacen referencia a las ventajas de la utilización conjunta de la infraestructura y a la necesidad de suprimir los obstáculos que dan lugar a una utilización ineficiente de los recursos existentes. Según el Presidente de la UKE, el procedimiento universal adoptado en la parte dispositiva de la resolución que determina las condiciones de acceso a la infraestructura física contribuirá a conciliar los plazos, los procedimientos y las tarifas de mercado inherentes a la puesta a disposición del sistema de canalización. En consecuencia, supondrá la igualdad de trato de todos los operadores, contribuirá a reducir los gastos de adquisición de infraestructura por las empresas de telecomunicaciones que disfruten del acceso a la infraestructura física y permitirá un acceso más amplio al sistema de canalización.
- 9 El Presidente de la UKE sostiene que lo dispuesto en el artículo 18, apartado 3, de la Ley de Fomento le permite determinar las condiciones de acceso a la infraestructura física en cualquier situación, incluso cuando no exista un conflicto entre las partes o cuando el operador no tenga un peso significativo en un mercado determinado.
- 10 Según TOYA sp. z o.o., la resolución que le impone *ex ante* la obligación de aplicar una oferta marco vulnera de forma flagrante el artículo 3, apartados 2 y 5, de la Directiva costes, así como el considerando 12 y el artículo 1, apartado 4, de dicha Directiva, en relación con el artículo 8, apartados 2 y 3, de la Directiva acceso y con el artículo 8, apartado 5, letra f), de la Directiva marco, con arreglo a los cuales podrá imponerse dicha obligación únicamente al operador que tenga un peso significativo en el mercado de referencia y que esté sometido al correspondiente análisis de la autoridad nacional de reglamentación.

Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial

- 11 La cuestión clave para dirimir el litigio consiste en la interpretación del artículo 18, apartado 3, de la Ley de Fomento, a la luz de las disposiciones de la Unión que regulan el mercado de las telecomunicaciones.
- 12 El artículo 18 fue incorporado al Derecho polaco para cumplir las directrices y soluciones resultantes de la Directiva costes, cuyo objeto era conseguir la reducción de los costes del despliegue del acceso al internet de banda ancha.
- 13 El artículo 3, apartado 2, de la Directiva costes contempla la obligación del operador de red de atender todas las solicitudes razonables de acceso a su infraestructura física en condiciones equitativas y razonables. En caso de denegación del acceso o de conflicto sobre las condiciones específicas de dicho acceso, la autoridad nacional de reglamentación, en virtud del artículo 3, apartado 5, de la Directiva costes, debe adoptar una decisión que resuelva el

conflicto. Por tanto, la Directiva costes prevé una injerencia de esa autoridad únicamente cuando surja un conflicto en un asunto concreto, pero no incluye normas que permitan a dicha autoridad imponer a este respecto la obligación de aplicar ofertas marco ni interferir en tales ofertas.

- 14 A la luz de las disposiciones de la Directiva costes, suscitan dudas los actos de autoridad realizados por el Presidente de la UKE, como la adopción de una resolución administrativa que determina las condiciones de acceso a la infraestructura física y que obliga a TOYA sp. z o.o. a aplicar dichas condiciones respecto de todo operador que le presente una solicitud de acceso. En efecto, para alcanzar los objetivos de la Directiva costes sería suficiente aplicar resoluciones administrativas únicamente cuando surja un conflicto o se distorsione la competencia en un mercado determinado.
- 15 Además, la resolución impone a TOYA sp. z o.o. obligaciones *ex ante*, mientras que de las disposiciones de la Directiva acceso y de la Directiva marco, y actualmente de la Directiva CECE, resulta que dichas obligaciones únicamente podrán imponerse, cuando falte una competencia efectiva y sostenible en un mercado determinado, a aquellos operadores que tengan un peso significativo en dicho mercado. Sin embargo, antes de dictar la resolución, el Presidente de la UKE no llevó a cabo un análisis sobre la existencia de competencia efectiva en el mercado de la canalización de cables es indudable que TOYA sp. z o.o. no tiene un peso significativo en tal mercado. El órgano jurisdiccional remitente señala también que, de conformidad con el artículo 1, apartado 4, de la Directiva costes, si las disposiciones de esa Directiva entraran en conflicto con cualquier disposición de las Directivas que se mencionan en ese artículo, especialmente, de la Directiva marco y de la Directiva acceso, prevalecerán las disposiciones correspondientes de estas últimas Directivas.
- 16 Debe señalarse que también en el Derecho polaco la posibilidad de que el Presidente de la UKE imponga a una empresa de telecomunicaciones obligaciones *ex ante* relativas al acceso a las telecomunicaciones depende de si ello resulta necesario para garantizar una competencia efectiva. Pues bien, del artículo 139, apartado 1b, de la Ley de Telecomunicaciones, en relación con el artículo 139, apartado 1, de esta Ley, resulta que la obligación de facilitar el acceso a los edificios y a la infraestructura de telecomunicaciones incumbe, por mandato legal, a todas las empresas de telecomunicaciones, con independencia de que estas tengan un peso significativo en el mercado, por lo que la adopción de una resolución mediante la que se impongan obligaciones *ex ante* debe estar motivada por la falta de competencia efectiva.
- 17 Al margen de la resolución relativa a TOYA sp. z o.o., el Presidente de la UKE ha dictado seis resoluciones análogas, relativas a otros seis operadores, que también las han recurrido. La decisión prejudicial que se adopte repercutirá pues asimismo en la resolución de los litigios relativos al resto de los recursos y reviste, por tanto, una importancia esencial para el funcionamiento del mercado nacional de las telecomunicaciones.