

**Asunto C-339/21**

**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:**

31 de mayo de 2021

**Órgano jurisdiccional remitente:**

Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia)

**Fecha de la resolución de remisión:**

11 de mayo de 2021

**Recurrentes:**

Colt Technology Services SpA

Wind Tre SpA

Telecom Italia SpA

Vodafone Italia SpA

**Recurridas:**

Ministero della Giustizia (Ministerio de Justicia)

Ministero dello Sviluppo Economico (Ministerio de Desarrollo Económico)

Ministero dell'Economia e delle Finanze (Ministerio de Economía y Hacienda)

Procura Generale della Repubblica (presso Corte d'appello di Reggio Calabria) (Fiscalía General de la República ante el Tribunal de Apelación de Reggio Calabria)

Procura della Repubblica di Cagliari (Fiscalía de la República de Cagliari)

Procura della Repubblica (presso il Tribunale di Roma) (Fiscalía de la República ante el Tribunal de Roma)

Procura della Repubblica (presso il Tribunale di Locri) (Fiscalía de la República ante el Tribunal de Locri)

### **Objeto del procedimiento principal**

Recurso de casación contra las sentencias del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo de Lazio, Italia; en lo sucesivo, «TAR de Lazio») por las que se desestiman los recursos interpuestos por las recurrentes contra el decreto interministeriale (Decreto interministerial) de 28 de diciembre de 2017 mediante el cual, en desarrollo del artículo 96 del Decreto Legislativo n.º 259 del 2003 (Decreto Legislativo n.º 259 de 2003) («Codice delle comunicazioni elettroniche» —«Código de las comunicaciones electrónicas»—), se han establecido las modalidades y los criterios de compensación a los operadores de telecomunicaciones por el desarrollo de las operaciones de interceptación de flujos de comunicaciones.

### **Objeto y fundamento jurídico de la petición de decisión prejudicial**

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la normativa nacional que establece que la compensación reconocida a los operadores de telecomunicaciones por el desarrollo de las actividades de interceptación, que han de efectuarse obligatoriamente sobre la base de los correspondientes requerimientos de las autoridades judiciales, pueda ser calculada, por los Ministerios competentes, de un modo que no ajuste al principio de reembolso íntegro de los costes. Esta normativa podría ser contraria a los principios del Derecho de la Unión de no discriminación, de defensa de la competencia, de libertad de establecimiento, de libertad de empresa y de proporcionalidad de la acción administrativa. El órgano jurisdiccional remitente plantea la cuestión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafo tercero.

### **Cuestión prejudicial**

«¿Se oponen los artículos 18 TFUE, 26 TFUE, 49 TFUE, 54 TFUE y 55 TFUE, los artículos 3 y 13 de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, y los artículos 16 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea a una normativa nacional que, al delegar en la autoridad administrativa la función de establecer la compensación correspondiente a los operadores de telecomunicaciones por el desarrollo obligatorio de las actividades de interceptación de flujos de comunicaciones ordenadas por la autoridad judicial, no exige que se observe el principio de reembolso íntegro de los costes efectivamente soportados y debidamente justificados por los operadores en relación con tales actividades y, además, requiere que la autoridad administrativa obtenga un ahorro en el gasto respecto a los anteriores criterios de cálculo de dicha compensación?»

### **Disposiciones del Derecho de la Unión invocadas**

- Artículos 18 TFUE, 26 TFUE, 49 TFUE, 54 TFUE y 55 TFUE.
- Artículos 3 y 13 y Anexo I 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.
- Artículos 16 y 52 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

### **Disposiciones de Derecho nacional invocadas**

- Decreto interministeriale del 28 dicembre 2017, emesso dal Ministro della giustizia e dal Ministro dello sviluppo economico di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze — Disposizione di riordino delle spese per le prestazioni obbligatorie di cui all'art. 96 del d.lgs. n.º 259 del 2003 (Decreto interministeriale de 28 de diciembre de 2017, adoptado por el Ministro de Justicia y por el Ministro de Desarrollo Económico de acuerdo con el Ministro de Economía y Hacienda — Disposiciones de revisión de los gastos por las prestaciones obligatorias previstas en el artículo 96 del Decreto Legislativo n.º 259 de 2003).

- Artículo 28 del Decreto Legislativo n.º 259 de 2003 («Codice delle comunicazioni elettroniche» —Código de las Comunicaciones Electrónicas—; en lo sucesivo, «CCE»):

*«Artículo 28 — Condiciones asociadas a la autorización general y a los derechos de uso de radiofrecuencias y números.*

*1. La autorización general para el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas y los derechos de uso de radiofrecuencias y de números solo podrá estar sometida a las condiciones enumeradas, respectivamente, en las partes A, B y C del Anexo n.º 1. Dichas condiciones deberán ser no discriminatorias, proporcionadas y transparentes y, en el caso de los derechos de uso de radiofrecuencias, deberán establecerse con arreglo al artículo 14 del Código. La autorización general está sometida en cualquier caso a la condición n.º 11 de la parte A del anexo n.º 1.»*

El anexo n.º 1 contiene «la lista exhaustiva de condiciones que pueden imponerse a las autorizaciones generales (Parte A), a los derechos de uso de radiofrecuencias (Parte B) y a los derechos de uso de números (Parte C) a que se hace referencia en los artículos 28, apartado 1, y 33, apartado 1, del Código»; la Parte A del anexo establece las «condiciones de las autorizaciones generales», entre ellas la prevista en el punto 11, es decir, «garantizar las prestaciones a efectos de la administración de justicia establecidas en el artículo 96 del Código desde el inicio de la actividad».

- Artículo 96 del mismo Decreto Legislativo

«Artículo 96 — Prestaciones obligatorias

1. Los operadores están obligados a realizar las prestaciones que, a efectos de la administración de justicia, se deriven de requerimientos de interceptación y de información emitidos por las autoridades judiciales competentes; los plazos y las condiciones se acordarán con dichas autoridades hasta la aprobación del decreto a que se refiere el apartado 2.

2. A efectos de la adopción del canon anual a tanto alzado por las prestaciones obligatorias previstas en el apartado 1, mediante decreto del Ministro de Justicia y del Ministro de Desarrollo Económico, de acuerdo con el Ministro de Economía y Hacienda, que se adoptará a más tardar el 31 de diciembre de 2017, se revisarán las partidas de la lista prevista en el decreto del Ministro delle comunicazioni (Ministro de Comunicaciones) de 26 de abril de 2001, publicado en la Gazzetta Ufficiale (Diario Oficial) n.º 104 de 7 de mayo de 2001. Este decreto:

a) regulará los tipos de prestaciones obligatorias y determinará las correspondientes tarifas, teniendo en cuenta la evolución de los costes y de los servicios, de forma que se obtenga un ahorro en los gastos de cuando menos el 50 % respecto a las tarifas aplicadas. La tarifa comprenderá los costes correspondientes a todos los servicios activados o utilizados simultáneamente por cualquier identidad de red;

b) identificará a las entidades obligadas a realizar las prestaciones obligatorias de interceptación, incluidos los proveedores de servicios, cuyas infraestructuras permitan el acceso a la red o la distribución de contenidos informativos o de comunicación, y aquellos que en cualquier concepto presten servicios de comunicaciones electrónicas o aplicaciones, aunque se utilicen a través de redes de acceso o de transporte ajenas;

c) definirá las obligaciones de las entidades obligadas a realizar las prestaciones obligatorias y las modalidades de ejecución de las mismas, en particular, la observancia de procedimientos informáticos homogéneos en la transmisión y gestión de las comunicaciones de carácter administrativo, también en lo que respecta a las fases previas al pago de dichas prestaciones.

3. *En caso de incumplimiento de las obligaciones contenidas en el decreto a que se refiere el apartado 2, se aplicará el artículo 32, apartados 2, 3, 4, 5 y 6.*

4. *Hasta la adopción del decreto a que se refiere el apartado 2, el suministro de información relativa a las comunicaciones telefónicas se efectuará de forma gratuita. En relación con las prestaciones a efectos de la administración de justicia distintas de las previstas en la primera frase, continuará aplicándose la lista adoptada mediante el decreto del Ministro de Comunicaciones de 26 de abril de 2001, publicado en el Diario Oficial de la República Italiana n.º 104 de 7 de mayo de 2001.*

5. *A efectos de la concesión de las prestaciones a que se refiere el apartado 2, los operadores tienen la obligación de negociar entre ellos las modalidades de interconexión con el fin de garantizar la prestación y la interoperabilidad de las propias prestaciones. El Ministerio podrá intervenir en caso de que sea necesario por iniciativa propia o, cuando los operadores no lleguen a un acuerdo, a petición de uno de ellos».*

### **Breve exposición de los hechos y del procedimiento principal**

- 1 Mediante distintos recursos, los operadores de telecomunicaciones Colt Technology Services S.p.A., Wind Tre S.p.A., Telecom Italia S.p.A. y Vodafone Italia S.p.A. impugnaron ante el TAR de Lazio el Decreto interministerial de 28 de diciembre de 2017 en virtud del cual, en desarrollo del artículo 96 del CCE, se establecen las modalidades y los criterios de compensación a los operadores de telecomunicaciones por el desarrollo de las operaciones de interceptación de flujos de comunicaciones.
- 2 Estos operadores de telefonía expresaban su disconformidad con el hecho de que, en comparación con la normativa anterior, recogida en el Decreto ministerial de 26 de abril de 2001, el importe del reembolso había disminuido notablemente (incluso en un porcentaje del 90 %), hasta el punto de no permitir siquiera cubrir los costes de realización de las actividades de interceptación. Además, Vodafone solicitó la remisión prejudicial del asunto al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- 3 El TAR de Lazio desestimó todas las imputaciones formuladas por las sociedades recurrentes, al considerar que no había quedado demostrado el alegado carácter insuficiente de las tarifas fijadas por el Decreto a efectos del reembolso de los costes soportados por los operadores en el desarrollo de las actividades de interceptación. Por tal motivo, pues, este órgano jurisdiccional no consideró que concurrieran los requisitos para plantear la cuestión al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
- 4 Los citados operadores de telecomunicaciones han interpuesto recurso de casación ante el Consiglio di Stato, formulando las mismas imputaciones y pretensiones ya planteadas en primera instancia.

- 5 El 23 de marzo de 2020, el Consiglio di Stato dictó un auto en el que planteó una cuestión prejudicial, en cumplimiento de la obligación de remisión establecida en el artículo 267 TFUE, párrafo tercero, exponiendo ante el Tribunal de Justicia los aspectos que podían suponer una contradicción entre el Derecho de la Unión Europea y la normativa italiana señalados por Vodafone Italia SpA.
- 6 Mediante auto de 26 de noviembre de 2020, el Tribunal de Justicia declaró «*manifiestamente inadmisibile*» la petición de decisión prejudicial, haciendo reserva expresa de la facultad del Consiglio di Stato de «*plantear una nueva petición de decisión prejudicial que contenga las indicaciones que permitan al Tribunal de Justicia aportar una respuesta útil a la cuestión planteada*».
- 7 Tras la reanudación del procedimiento, las sociedades recurrentes formularon una ulterior petición de decisión prejudicial al Tribunal de Justicia.
- 8 El Consiglio di Stato volvió a plantear la cuestión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafo tercero.

#### **Alegaciones esenciales de las partes en el procedimiento principal**

- 9 Las partes recurrentes sostienen que el artículo 96 del Decreto Legislativo n.º 259 de 2003, en la parte en la que establece que la tarifa que ha de abonarse a los operadores de telecomunicaciones por la ejecución de actividades obligatorias de interceptación puede ser calculada, por los Ministerios competentes, de un modo no basado en el principio de reembolso íntegro de los costes, es contrario al principio de Derecho de la Unión, dado que:
  - impone a los operadores de telecomunicaciones la obligación de desarrollar las actividades de interceptación ordenadas por la autoridad judicial, cuyo eventual incumplimiento está sujeto a importantes sanciones administrativas, que pueden llegar hasta la revocación de la propia autorización;
  - exige que la fijación, por la vía administrativa, de las tarifas que han de abonarse a los operadores por el desarrollo de las actividades de interceptación sea tal que «*se obtenga un ahorro en los gastos de cuando menos el 50 % respecto a las tarifas*» aplicadas hasta la fecha, de tal modo que no solo no permite a los operadores lograr cierto beneficio, sino que también les impide cubrir los costes correspondientes, ya que la prestación de los servicios en cuestión precisa efectuar inversiones específicas y contratar personal que, de otra forma, no serían necesarios.
- 10 Las partes recurrentes estiman que, en tales circunstancias, se produce:
  - a) una discriminación por razón del tamaño, ya que las empresas más pequeñas están proporcionalmente menos penalizadas que los grandes operadores, como las sociedades recurrentes;

- b) una discriminación por razón de la nacionalidad, puesto que las empresas no establecidas en Italia resultan favorecidas respecto a los operadores establecidos en Italia, como las sociedades recurrentes;
- c) un falseamiento de la competencia con un impacto global, dado que el establecimiento en el mercado italiano de empresas extranjeras y, más en general, el consiguiente acceso al mismo de nuevos operadores resulta menos atractivo a nivel estructural, debido al carácter antieconómico de las actividades de interceptación determinado por la normativa italiana de que se trata;
- d) una expropiación sustancial de las capacidades empresariales de operadores económicos privados completamente desproporcionada con respecto al objetivo de interés público que ha de alcanzarse.
- 11 En esencia, según las recurrentes, el intrínseco carácter antieconómico de la ejecución de las actividades de interceptación resultante de la normativa italiana impugnada:
- a) recae de forma desproporcionada sobre los operadores de mayor tamaño, que, precisamente porque cuentan con un mayor número de abonados, tienen más probabilidades de convertirse en destinatarios de requerimientos de interceptación de la autoridad judicial, lo que incide exponencialmente en el carácter antieconómico de dicha actividad;
- b) grava de forma desproporcionada a los operadores establecidos en Italia, dado que los operadores extranjeros, como consecuencia de la eliminación de las tarifas de «*roaming*», podrán ofrecer servicios más atractivos a los clientes italianos que adquieran tarjetas SIM extranjeras; en particular, dichos operadores podrán:
- b1) bien limitar el impacto antieconómico global de las actividades de interceptación, en virtud del volumen de negocio realizado con los clientes del país de establecimiento;
- b2) o bien incluso excluirlo totalmente, en aquellos casos en los que en el país de establecimiento sea posible adquirir tarjetas SIM sin necesidad de comprobar previamente la identidad personal, de tal forma que la autoridad judicial italiana, al no poder vincular la tarjeta SIM a un nombre específico, en la práctica se encontrará en la imposibilidad de ordenar las interceptaciones;
- c) introduce una dificultad de acceso estructural e indebida en el mercado italiano para los operadores extranjeros interesados en establecerse en él y, más en general, para las entidades que deseen introducirse en el mismo *ex novo* y, al mismo tiempo, implicará ulteriormente un posible aumento de las tarifas aplicadas a los clientes finales (puesto que los operadores deberán repercutir los costes soportados para la prestación con pérdidas de los servicios de interceptación);
- d) repercutirá los costes de ejecución de una prestación de interés público casi íntegramente sobre las entidades privadas que operan, con ánimo de lucro, en un

mercado competitivo, lo que supone una vulneración del derecho al libre ejercicio de una actividad económica, que es un derecho fundamental de la Unión.

- 12 Por el contrario, según las sociedades recurrentes, la única modalidad tarifaria compatible con el Derecho de la Unión es aquella que prevea la cobertura íntegra de los costes realmente soportados por los operadores de telecomunicaciones en relación con las actividades de interceptación efectuadas a petición de la autoridad judicial.
- 13 Las administraciones recurridas, en cambio, sostienen que las imputaciones formuladas por las sociedades recurrentes son infundadas, puesto que no son reembolsables:
  - los costes vinculados al uso de equipos técnicos y a la adopción de modalidades operativas que no pueden justificarse desde un punto de vista tecnológico;
  - los costes derivados del uso de equipos que de todos modos resultan necesarios para ejecutar el servicio comercial corriente prestado a los usuarios (por ejemplo, las infraestructuras de distribución);
  - los costes de la exposición de esos costes en el presupuesto, ya que se trata de gastos de gestión propios de la sociedad y no de partidas de gastos vinculadas estrechamente al servicio.
- 14 En cuanto a los costes de personal, sostiene que solo son reembolsables los que pueden identificarse a tanto alzado a la luz del número de días de interceptación efectuados en el año y de la duración media de las operaciones individuales de interceptación.
- 15 Dichas administraciones alegan, en esencia, que el objetivo de ahorro del 50 % respecto a la situación anterior, exigido por la Ley, responde sobre todo a los avances tecnológicos. Observan, además, que a los costes calculados de manera inductiva por el grupo de trabajo *ad hoc* establecido por el Ministerio de Justicia «teniendo en cuenta los avances» tecnológicos actuales, se aplicaron «reducciones» con objeto de conseguir la medida mínima de ahorro en el gasto impuesta por el legislador nacional («el 50 % respecto a las tarifas aplicadas» anteriormente).

### **Breve exposición de la fundamentación de la petición de decisión prejudicial**

- 16 El órgano jurisdiccional remitente observa que, con arreglo a la legislación derivada de la Unión Europea [artículo 13 de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018 y anexo I de la misma], el Derecho nacional puede supeditar la autorización general para la prestación de servicios de comunicaciones al requisito de la ejecución de las interceptaciones ordenadas por la autoridad judicial.

- 17 A este respecto, tan solo existe el límite que dicho artículo 13 establece con carácter general respecto de todas las condiciones, a saber, que sean «no discriminatorias, proporcionadas y transparentes».
- 18 Por tanto, la legislación derivada de la Unión Europea vigente en dicho ámbito no exige expresamente que el Derecho nacional establezca el reembolso íntegro de los costes soportados por el operador de telecomunicaciones en relación con el desarrollo de las operaciones de interceptación ordenadas por la autoridad judicial.
- 19 Las sociedades recurrentes consideran que el carácter obligatorio de la normativa de la Unión Europea en materia de cobertura íntegra de costes —es decir, de todos los costes realmente soportados por los operadores de telecomunicaciones para la realización de las actividades de interceptación— debe inferirse, de manera implícita pero unívoca, de:
- la consideración de los «objetivos generales» perseguidos por la Directiva (UE) 2018/1972, en particular, el «fomento de la competencia», el «desarrollo del mercado interior», la «facilitación de la convergencia de las condiciones que permitan la inversión», y la «exclusión de discriminación» (véase su artículo 3);
  - una lectura sistemática de la legislación primaria de la Unión y, más en particular, de la consideración unitaria y recíproca de los principios generales de no discriminación, de defensa de la competencia, de libertad de establecimiento, de libertad de empresa y de proporcionalidad de la acción administrativa, consagrados en los Tratados.
- 20 El órgano jurisdiccional remitente considera que ni la legislación derivada de la Unión Europea vigente en dicho ámbito ni los principios generales de los Tratados que invocan las partes recurrentes exigen la cobertura íntegra de los costes efectivamente soportados (y debidamente justificados) por los operadores para la ejecución de las actividades de interceptación y, por tanto, no se oponen a una normativa nacional que no prevé ese reembolso íntegro y que, además, vincula la revisión en vía administrativa de las tarifas que se han de reconocer a los operadores para el logro de «*un ahorro en los gastos*».
- 21 En efecto, procede tener en cuenta que:
- a) en primer lugar, la Directiva 2018/1972/UE no exige expresamente a los Estados miembros que reconozcan a los operadores el reembolso íntegro de los costes, lo que permite considerar que, implícitamente, se pretende dejar libertad a los Estados miembros a ese respecto;
  - b) además, la citada Directiva permite que los Estados miembros exijan a los operadores de telecomunicaciones la ejecución de las actividades de interceptación ordenadas legalmente por la autoridad judicial y esta actividad, en la medida en que se impone con carácter normativo en orden a fines primarios, superiores e imprescindibles de interés público, no puede estar supeditada a requisitos financieros que vayan más allá de los límites establecidos, tanto más

cuanto que dichos requisitos se prevén a favor de operadores privados que operan, previa autorización administrativa, en mercados regulados;

c) en términos más generales, es cierto que, según la legislación derivada de la Unión Europea, las condiciones a las que puede supeditarse la autorización general para el ejercicio de servicios de telecomunicaciones, entre las que se encuentra la ejecución obligatoria de la actividad de interceptación, deben ser «*no discriminatorias, proporcionadas y transparentes*», si bien también es cierto que las tarifas previstas con carácter general por el Decreto Legislativo n.º 259 de 2003 para la ejecución de las actividades de interceptación:

c1) son absolutamente idénticas para todos los operadores, de mayor o menor tamaño, nacionales y extranjeros, que ofrezcan sus servicios en Italia, que no están sujetos ni a un límite técnico-jurídico a la libre competencia y al acceso al mercado ni, mucho menos, son objeto de una discriminación directa o indirecta por razón del tamaño de la empresa o de la nacionalidad (por lo tanto, las tarifas son «no discriminatorias»);

c2) la administración debe calcularlas «*teniendo en cuenta la evolución de los costes*»; en cambio, estas prestaciones, imprescindibles para el logro de objetivos generales de interés público de primer orden, solo pueden ser realizadas por los operadores de telecomunicaciones (por lo tanto las tarifas, son en su conjunto «*proporcionadas*»);

c3) son públicas y accesibles para todos, puesto que están recogidas en una medida administrativa de carácter formal (por tanto, las tarifas son «*transparentes*»);

d) en términos jurídicos, el reembolso no es necesaria y exclusivamente el que se limita a los gastos en que se ha incurrido de manera real y concreta, sino también el basado en los gastos que gravan hipotéticamente al operador modelo que adopte las mejores soluciones tecnológicas y organizativas disponibles sobre la base de los conocimientos del momento de que se trate; por otra parte, sobre la base de la normativa de la Unión Europea y nacional vigente, el operador de telecomunicaciones está obligado a permitir la ejecución de interceptaciones, por lo que tiene —desde un punto de vista jurídico—, por un lado, la obligación (en aras del interés público) de establecer una estructura organizativa que haga posible su ejecución de la manera más fluida, eficaz y eficiente posible y por otro lado, la carga (en aras del interés propio) de reducir al máximo los costes correspondientes;

e) desde un punto de vista sistemático atendiendo a los valores, por último, el Derecho de la Unión Europea primario [véanse el artículo 4 TUE, apartado 2; el artículo 4 TFUE, apartado 2, letra j); el artículo 72 TFUE; el artículo 82 TFUE, y el artículo 84 TFUE] reconoce, directa o indirectamente, la primacía estructural de algunos intereses públicos fundamentales de los Estados miembros, entre ellos el dirigido a la persecución de delitos, para los cuales es necesario, y a menudo

indispensable, la captación de conversaciones y, en la medida en que dicha captación solo puede lograrse con la colaboración de los operadores de telecomunicaciones, la única obligación del Estado miembro consiste en establecer una normativa clara, similar para todos los operadores activos en el mercado nacional y que pueda servir de manera razonable para que la ejecución de dicha actividad sea tolerable desde un punto de vista económico.

DOCUMENTO DE TRABAJO