

Asunto C-327/24 [Lolach] ⁱ

Petición de decisión prejudicial

Fecha de presentación:

3 de mayo de 2024

Órgano jurisdiccional remitente:

Verwaltungsgericht Köln (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Colonia, Alemania)

Fecha de la resolución de remisión:

2 de mayo de 2024

Parte demandante:

Telekom Deutschland GmbH

Parte demandada:

Bundesrepublik Deutschland (República Federal de Alemania)

Verwaltungsgericht Köln (Tribunal de lo Contencioso-Administrativo de Colonia)

Resolución

[*omissis*]

En el procedimiento contencioso-administrativo

Telekom Deutschland GmbH, [*omissis*] Bonn,

parte demandante,

[*omissis*]

contra

Bundesrepublik Deutschland (República Federal de Alemania) [*omissis*],

ⁱ La denominación del presente asunto es ficticia. No se corresponde con el nombre de ninguna parte en el procedimiento.

parte demandada,

relativo a la normativa sobre telecomunicaciones,

la Sala Vigésimoprimerá del Verwaltungsgericht Köln

[*omissis*]

ha resuelto, el 2 de mayo de 2024:

Suspender el procedimiento.

Plantear al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el marco del procedimiento judicial contemplado en el artículo 267 TFUE, la cuestión prejudicial siguiente:

¿Deben interpretarse los artículos 72 y 73 de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, en el sentido de que las autoridades nacionales de reglamentación, al evaluar si cabe imponer una obligación de acceso a obra civil que, de acuerdo con el análisis del mercado, no forme parte del mercado pertinente,

han de examinar *únicamente* si sin la imposición de esta obligación se obstaculizaría el desarrollo de un mercado competitivo sostenible o no se respondería al interés del usuario final,

o

si, al examinar la imposición de una obligación de acceso a dicha obra civil, además de los citados requisitos, pueden tenerse en cuenta también, *con el mismo rango jerárquico*, en un «conjunto de objetivos», los demás objetivos mencionados en el artículo 3 de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2018, así como, en su caso, otros objetivos?

Fundamentos

I.

El presente litigio versa, en esencia, sobre la cuestión de la legalidad de la imposición de obligaciones de acceso a la demandante.

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 lo sucesivo, «CECE»), regula la imposición de obligaciones de acceso en los artículos 72 y 73 en los términos siguientes, según la versión lingüística alemana —aunque, cuando menos en relación con el artículo 73—, las versiones lingüísticas difieren:

«Artículo 72

Acceso a la obra civil

1. De conformidad con el artículo 68, una autoridad nacional de reglamentación podrá imponer a las empresas la obligación de satisfacer las solicitudes razonables de acceso y de uso de obra civil, incluidos, pero sin limitarse a ellos, edificios o accesos a edificios, hilos de edificios incluido el cableado, antenas, torres y otras estructuras de soporte, postes, mástiles, conductos, tuberías, cámaras de inspección, bocas de inspección y armarios, en situaciones en las que tras haber considerado el análisis del mercado, la autoridad nacional de reglamentación llegue a la conclusión de que la denegación de acceso o el acceso otorgado en virtud de términos y condiciones no razonables de efecto análogo obstaculizarían el desarrollo de un mercado competitivo sostenible y no responderían al interés del usuario final.ⁱⁱ

2. Las autoridades nacionales de reglamentación podrán imponer obligaciones a una empresa para que facilite acceso con arreglo al presente artículo, con independencia de si los bienes afectados por la obligación forman parte del mercado pertinente de acuerdo con el análisis del mercado, a condición de que la obligación sea necesaria y proporcionada para cumplir los objetivos del artículo 3.

Artículo 73

Obligaciones relativas al acceso y utilización de elementos específicos de las redes y recursos asociados y a su utilización

1. De conformidad con el artículo 68, las autoridades nacionales de reglamentación podrán imponer a las empresas la obligación de que satisfagan las solicitudes razonables de acceso a elementos específicos de las redes y a recursos asociados, así como las relativas a su utilización, en aquellas situaciones en las que dichas autoridades consideren que la denegación del acceso o unas condiciones no razonables de efecto análogo pueden constituir un obstáculo al desarrollo de un mercado competitivo sostenible a escala minorista y que no benefician a los usuarios finales.ⁱⁱⁱ

ⁱⁱ [N. del T.: Se observa una diferencia a este respecto entre la versión española y la versión alemana del artículo 72, apartado 1, *in fine*, de la Directiva 2018/1972, ya que las dos oraciones están unidas mediante la conjunción «y» en la versión española («obstaculizarían el desarrollo de un mercado competitivo sostenible y no responderían al interés del usuario final») y mediante la conjunción «oder» («o») en la versión alemana («die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würden»)].

ⁱⁱⁱ [N. del T.: Se observa una diferencia entre las versiones españolas y alemana del artículo 73, apartado 1, *in fine*, de la Directiva 2018/1972: mientras que la versión española emplea la conjunción «y» para enlazar las dos oraciones subordinadas («en aquellas situaciones en las que

Las autoridades nacionales de reglamentación podrán exigir a las empresas, entre otras cosas, que:

- a) permitan a terceros el acceso a elementos físicos específicos de la red y de los recursos asociados, según proceda, incluido el acceso desagregado al bucle y al subbucle locales, y autorizar la utilización de los mismos;
- b) concedan a terceros un acceso a elementos y servicios de redes específicos activos o virtuales;
- c) negocien de buena fe con las empresas que soliciten el acceso;
- d) no revoquen una autorización de acceso a recursos previamente concedida;
- e) presten servicios específicos en régimen de venta al por mayor para su reventa por terceros;
- f) concedan libre acceso a interfaces técnicas, protocolos u otras tecnologías clave que sean indispensables para la interoperabilidad de los servicios o de servicios de redes virtuales;
- g) faciliten la ubicación u otras modalidades de uso compartido de recursos asociados;
- h) presten servicios específicos necesarios para garantizar la interoperabilidad de servicios de extremo a extremo ofrecidos a los usuarios o la itinerancia en redes móviles;
- i) proporcionen acceso a sistemas de apoyo operativos o a sistemas informáticos similares necesarios para garantizar condiciones equitativas de competencia en la prestación de servicios;
- j) interconecten redes o los recursos de estas;
- k) proporcionen acceso a servicios asociados tales como servicios de identidad, localización y presencia.

dichas autoridades consideren que la denegación del acceso o unas condiciones no razonables de efecto análogo pueden constituir un obstáculo al desarrollo de un mercado competitivo sostenible a escala minorista y que no benefician a los usuarios finales», la versión alemana emplea la conjunción «oder» («o») («unter anderem wenn die nationale Regulierungsbehörde der Auffassung ist, dass die Verweigerung des Zugangs oder unangemessene Bedingungen mit ähnlicher Wirkung die Entwicklung eines nachhaltig wettbewerbsorientierten Marktes auf Endkundenebene behindern oder den Interessen der Endnutzer zuwiderlaufen würden»)].

Las autoridades nacionales de reglamentación podrán someter dichas obligaciones a condiciones en materia de equidad, racionalidad y oportunidad.

2. Cuando las autoridades nacionales de reglamentación estudien la conveniencia de imponer cualesquiera de las posibles obligaciones específicas previstas en el apartado 1 del presente artículo, y en particular al evaluar, de conformidad con el principio de proporcionalidad, si dichas obligaciones deberían imponerse y de qué manera, analizarán si otras formas de acceso a los insumos al por mayor, bien en el mismo mercado o en un mercado mayorista relacionado, serían suficientes para resolver el problema identificado a nivel minorista en la búsqueda de los intereses de los usuarios finales. Dicho análisis incluirá ofertas de acceso comercial, un acceso regulado con arreglo al artículo 61, o un acceso regulado existente o previsto a otros insumos al por mayor en virtud del presente artículo. Las autoridades nacionales de reglamentación habrán de tener en cuenta, en particular, los siguientes elementos:

- a) la viabilidad técnica y económica de utilizar o instalar recursos que compitan entre sí, a la vista del ritmo de desarrollo del mercado, teniendo en cuenta la naturaleza y el tipo de interconexión o acceso de que se trate, incluida la viabilidad de otros productos de acceso previo, como el acceso a conductos;
- b) la evolución tecnológica previsible que afecte al diseño y a la gestión de la red;
- c) la necesidad de garantizar una neutralidad tecnológica que permita a las partes diseñar y gestionar sus propias redes;
- d) la viabilidad de proporcionar el acceso, en relación con la capacidad disponible;
- e) la inversión inicial del propietario de los recursos, sin olvidar las inversiones públicas realizadas ni los riesgos inherentes a las inversiones, con especial atención a las inversiones en redes de muy alta capacidad y a los niveles de riesgo asociados a las mismas;
- f) la necesidad de salvaguardar la competencia a largo plazo, prestando especial atención a la competencia económicamente eficiente basada en las infraestructuras y a unos modelos de negocio innovadores que apoyan la competencia sostenible, como los basados en inversiones conjuntas en redes;
- g) cuando proceda, los derechos pertinentes en materia de propiedad intelectual;
- h) el suministro de servicios paneuropeos.

Cuando una autoridad nacional de reglamentación estudie, de conformidad con el artículo 68, la imposición de obligaciones sobre la base del artículo 72 o del presente artículo, examinará si solo la imposición de obligaciones de conformidad con el artículo 72 sería un medio proporcionado de fomentar la competencia y los intereses del usuario final.

3. Cuando se impongan a una empresa obligaciones de proporcionar acceso de conformidad con lo previsto en el presente artículo, las autoridades nacionales de reglamentación podrán fijar las condiciones técnicas u operativas que deberá satisfacer el proveedor o los beneficiarios de tal acceso en caso necesario para garantizar el funcionamiento normal de la red. Las obligaciones de atenerse a normas o especificaciones técnicas concretas estarán de acuerdo con las normas y especificaciones establecidas de conformidad con el artículo 39.»

El legislador alemán ha transpuesto estas dos disposiciones reuniéndolas en una sola, a saber, el artículo 26 de la Telekommunikationsgesetz (Ley de las Telecomunicaciones; en lo sucesivo, «TKG»), de 23 de junio de 2021, en la versión de 10 de septiembre de 2021, modificada por última vez por la Ley de 20 de julio de 2022 (BGBl. I, p. 1166), en los términos siguientes:

Artículo 26 — Obligaciones de acceso

1. La Bundesnetzagentur (Agencia Federal Reguladora de la Electricidad, el Gas, las Telecomunicaciones, Correos y Ferrocarriles; en lo sucesivo, «Agencia Federal de Redes») puede obligar a una empresa poseedora de peso significativo en el mercado a conceder acceso a otras empresas si, de lo contrario, se obstaculizaría el desarrollo de un mercado minorista competitivo sostenible y se perjudicarían los intereses de los usuarios finales.

2. Al examinar si las obligaciones de acceso previstas en el apartado 1 están justificadas, cuáles de ellas lo están y si son proporcionadas a los objetivos del artículo 2 de la presente Ley, la Agencia Federal de Redes examinará si

- 1) las obligaciones ya impuestas o que previsiblemente vayan a imponerse en virtud de esta parte o los acuerdos de acceso comercial ya celebrados u ofrecidos en el mercado mayorista de que se trate o en un mercado mayorista relacionado, y
- 2) la mera imposición de obligaciones con arreglo al apartado 3, punto 10,

bastan para garantizar los objetivos especificados en el artículo 2. A tal respecto, la Agencia Federal de Redes tendrá en cuenta, en particular:

- 1) la viabilidad técnica y económica de utilizar o instalar recursos que compitan entre sí, a la vista del ritmo de desarrollo del mercado, teniendo en cuenta la naturaleza y el tipo de interconexión o acceso de que se trate, incluida la viabilidad de otros productos de acceso previo;
 - 2) la viabilidad de conceder el acceso, en función de la capacidad disponible;
 - 3) la inversión inicial del propietario de los recursos, sin olvidar las inversiones públicas realizadas ni los riesgos inherentes a las inversiones, en particular los riesgos asociados a las inversiones en redes de muy alta capacidad;
 - 4) la necesidad de salvaguardar la competencia a largo plazo, prestando especial atención a la competencia económicamente eficiente basada en las infraestructuras y a unos modelos de negocio innovadores;
 - 5) los derechos pertinentes en materia de propiedad intelectual;
 - 6) el suministro de servicios en toda la Unión y
 - 7) la evolución tecnológica previsible en el diseño y la gestión de la red.
3. Observando lo dispuesto en el apartado 1, la Agencia Federal de Redes podrá imponer, entre otras, las siguientes obligaciones a las empresas poseedoras de peso significativo en el mercado:
- 1) conceder acceso a elementos físicos específicos de las redes y a recursos asociados, incluido el acceso físicamente desagregado al bucle local;
 - 2) no revocar una autorización de acceso a recursos previamente concedida;
 - 3) conceder acceso a elementos y servicios de redes específicos activos o virtuales, incluido el acceso desagregado virtual de banda ancha;
 - 4) prestar servicios específicos necesarios para garantizar la interoperabilidad de servicios de extremo a extremo ofrecidos a los usuarios o la itinerancia en las redes móviles;
 - 5) proporcionar acceso a sistemas de apoyo operativos o a sistemas informáticos similares necesarios para garantizar condiciones equitativas de competencia en la prestación de servicios, asegurando al mismo tiempo la eficacia de los recursos existentes;

6) proporcionar acceso a servicios asociados tales como servicios de identidad, localización y presencia;

7) permitir la interconexión de las redes públicas de telecomunicaciones;

8) conceder libre acceso a interfaces técnicas, protocolos u otras tecnologías clave que sean indispensables para la interoperabilidad de los servicios o para los servicios de redes virtuales de telecomunicaciones;

9) facilitar la coubicación u otras formas de uso conjunto de recursos asociados y conceder a los solicitantes o a sus representantes autorizados acceso a dichos recursos en todo momento, y

10) conceder acceso a la obra civil, incluidos, pero sin limitarse a ellos, edificios o accesos a edificios, hilos de edificios incluido el cableado, antenas, torres y otras estructuras de soporte, postes, mástiles, conductos, tuberías, cámaras de inspección, bocas de inspección y armarios, aun cuando no formen parte del mercado de productos pertinente con arreglo al artículo 10, a condición de que la obligación de acceso sea necesaria y adecuada a la vista del problema identificado en el análisis de mercado contemplado en el artículo 11.

4. Si una empresa demuestra que el uso del servicio pondría en peligro el mantenimiento de la integridad de la red o la seguridad del funcionamiento de esta, la Agencia Federal de Redes no impondrá la obligación de acceso correspondiente o la impondrá de forma diferente. El mantenimiento de la integridad de la red y la seguridad del funcionamiento de esta se evaluarán con arreglo a normas objetivas.

5. Cuando la Agencia Federal de Redes imponga a una empresa una obligación de acceso, podrá fijar las condiciones técnicas u operativas que deberán satisfacer el proveedor o los beneficiarios de tal acceso en caso necesario para garantizar el funcionamiento normal de la red de telecomunicación. Las obligaciones de atenerse a normas o especificaciones técnicas concretas estarán de acuerdo con las normas y especificaciones establecidas de conformidad con el artículo 39 de la Directiva (UE) 2018/1972.

6. En el marco del cumplimiento de las obligaciones de acceso, se permitirán las opciones de uso de los servicios de acceso y las opciones de cooperación entre las empresas con derecho de acceso, a menos que una empresa demuestre en el caso concreto que la opción de uso o la cooperación no es posible o solo lo es de forma limitada por razones técnicas.

II.

La demandante es una empresa que ofrece servicios de telecomunicaciones y, en este contexto, fue designada, en el marco de la definición del mercado de 10 de octubre de 2019, como empresa poseedora de peso significativo en el mercado único de productos para el acceso al bucle local en ubicaciones fijas. Sin embargo, en la definición del mercado *no* se incluyó un mercado de acceso a la obra civil.

Posteriormente, mediante resolución de 21 de julio de 2022, la Agencia Federal de Redes impuso a la demandante, entre otras cosas, las obligaciones siguientes:

«1.1. Conceder a otras empresas acceso a los sistemas de canalización de cables, así como a los mástiles y estructuras de soporte de líneas aéreas existentes en el momento de la solicitud con el fin de desplegar y explotar redes de muy alta capacidad en ubicaciones fijas o para el acceso desagregado al bucle local o al nodo de acceso multiservicio (sección 1.2 o 1.3) en el marco de las capacidades existentes, pudiendo la (demandante) mantener una reserva operativa adecuada y dar prioridad a la satisfacción de sus propias necesidades. En la medida en que el acceso no sirva para el acceso al bucle local, la obligación de servicio y las demás obligaciones asociadas en virtud de los puntos 2, 4 y 5 comenzarán el 1 de enero de 2024.

1.2. Conceder a otras empresas acceso físicamente desagregado al bucle local de cobre en el distribuidor principal o en un punto más cercano a la unidad de bucle local que el distribuidor principal (en particular, subbucle de abonado o caja terminal — APL), a menos que pueda o deba denegar el acceso de conformidad con lo dispuesto en el anexo 1 —Denegación de acceso al bucle local fuera de la zona próxima al distribuidor principal— y en el anexo 2 —Denegación de acceso al bucle local dentro de la zona próxima al distribuidor principal— del presente punto [...].»

La Agencia Federal de Redes fundamentó su resolución, en particular, en los términos siguientes:

«Obligaciones de acceso

La Sala [*omissis*] ha mantenido o, en su caso, modificado las obligaciones de acceso impuestas a la (demandante) en el mercado objeto del procedimiento mediante la resolución de regulación BK3g-09/085, de 21 de marzo de 2011 (modificada por la resolución de regulación BK3g-15/004, de 1 de septiembre de 2016), en los siguientes términos:

1. Programa de examen del artículo 26 de la TKG

La imposición de obligaciones de acceso se deriva del artículo 26 de la TKG.

Conforme al artículo 26, apartado 1, primera frase, de la TKG, la Agencia Federal de Redes puede obligar a los operadores de redes públicas de telecomunicaciones poseedores de peso significativo en el mercado a

conceder acceso a otras empresas, incluida la desagregación en función de la demanda, en particular si, de lo contrario, se obstaculizaría el desarrollo de un mercado minorista competitivo sostenible o no se respondería al interés del usuario final. Al examinar si las obligaciones de acceso están justificadas, cuáles de ellas lo están y si son proporcionadas a los objetivos reglamentarios con arreglo al artículo 2 de la TKG, la Agencia Federal de Redes debe tener en cuenta, en particular, los criterios enumerados en el artículo 26, apartado 2, segunda frase, puntos 1 a 7, de la TKG. De la norma citada y de su referencia a los objetivos (y principios) reglamentarios de conformidad con el artículo 2 de la TKG se desprende que las medidas impuestas deben cumplir un amplio conjunto de objetivos y, al mismo tiempo, respetar determinadas condiciones marco (véanse, sobre el artículo 21 de la TKG 2004, las sentencias del Bundesverwaltungsgericht —Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo, Alemania— de 21 de septiembre de 2018 —6 C 50/16—, apartado 48, y de 21 de septiembre de 2018 —6 C 8/17—, BVerwGE 163, 181-232, apartado 51). El conjunto de objetivos pertinentes en el contexto del presente asunto consta de cuatro objetivos básicos, algunos de los cuales presentan diversos matices adicionales.

El primer objetivo básico es garantizar la conectividad y fomentar el acceso a y el uso de las redes de muy alta capacidad por parte de todos los ciudadanos y empresas (artículo 26, apartado 2, primera frase, en relación con el artículo 2, apartado 2, punto 1, de la TKG). El segundo objetivo básico es fomentar la competencia. A este respecto, interesa especialmente la competencia en el mercado de los usuarios finales (artículo 26, apartado 1, de la TKG). El objetivo es fomentar mercados de telecomunicaciones competitivos de forma sostenible y las inversiones e innovaciones en infraestructuras asociadas [artículo 26, apartado 1; artículo 26, apartado 2, segunda frase, número 4; artículo 26, apartado 2, primera frase, en relación con el artículo 2, apartados 2, puntos 2 y 3, letra e), y 3, punto 4, de la TKG]. La competencia ha de garantizar la igualdad de oportunidades (artículo 26, apartado 2, primera frase, en relación con el artículo 2, apartados 2, número 2, y 3, número 2, de la TKG). En cuanto atañe al fomento de la competencia, han de tenerse debidamente en cuenta tanto los intereses del territorio (artículo 26, apartado 2, primera frase, en relación con el artículo 2, apartado 2, punto 2, *in fine*, de la TKG) como las diversas condiciones en relación con la competencia que prevalecen en las distintas zonas geográficas dentro de la República Federal de Alemania (artículo 26, apartado 2, primera frase, en relación con el artículo 2, apartado 3, punto 5, segunda alternativa, de la TKG). Según el tercer objetivo básico, los usuarios, en particular los intereses de los consumidores, deben ser protegidos en el ámbito de las telecomunicaciones (artículo 26, apartado 1, *in fine*; artículo 26, apartado 2, primera frase, en relación con el artículo 2, apartado 2, punto 3, de la TKG). El objetivo es maximizar el beneficio para los usuarios en lo relativo a la selección, los precios y la calidad [artículo 26, apartado 2, primera frase, en relación con el artículo 2, apartado 2, punto 3,

letra b), de la TKG]. Los intereses de los usuarios y consumidores deben fomentarse, en particular, garantizando la conectividad, la amplia disponibilidad y el despliegue acelerado de las redes de muy alta capacidad y promoviendo su uso [artículo 26, apartado 2, primera frase, en relación con el artículo 2, apartado 2, puntos 1 y 3, letra a), de la TKG]. También deben garantizarse unas condiciones de vida equivalentes en las zonas urbanas y rurales [artículo 26, apartado 2, primera frase, en relación con el artículo 2, apartado 2, punto 3, letra b), de la TKG]. Asimismo, han de tenerse debidamente en cuenta las diversas condiciones en relación con los consumidores que prevalecen en las distintas zonas geográficas dentro de la República Federal de Alemania (artículo 26, apartado 2, primera frase, en relación con el artículo 2, apartado 3, punto 5, tercera alternativa, de la TKG). En cuarto lugar, debe fomentarse el desarrollo del mercado interior de la Unión Europea (artículo 26, apartado 2, primera frase, en relación con el artículo 2, apartado 2, punto 4, de la TKG). Esto incluye también el suministro de servicios paneuropeos (artículo 26, apartado 2, segunda frase, punto 6, de la TKG).

Para cumplir el conjunto de objetivos mencionado, deben respetarse diversas condiciones marco. Con carácter general, el artículo 2, apartado 3, de la TKG dispone que la Agencia Federal de Redes aplicará principios reglamentarios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados al perseguir los objetivos establecidos en el apartado 2. Estos principios se especifican con más detalle en los artículos 2, apartado 3, y 26, apartado 2, segunda frase, de la TKG. En el marco del examen de la necesidad, han de apreciarse, en particular, la viabilidad técnica y económica de utilizar o instalar recursos que compitan entre sí a la vista del ritmo de desarrollo del mercado (artículo 26, apartado 2, segunda frase, punto 1, de la TKG), así como si las obligaciones ya impuestas en virtud de la parte 2 de la TKG o los acuerdos de acceso comercial ya celebrados u ofrecidos en el mercado mayorista pertinente o relacionado (artículo 26, apartado 2, primera frase, punto 1, de la TKG) y la mera imposición de obligaciones de acceso en relación con los sistemas de canalización de cables y con los mástiles y estructuras de soporte de líneas aéreas (artículo 26, apartado 2, primera frase, punto 2, de la TKG) bastan para garantizar los objetivos reglamentarios establecidos en el artículo 2 de la TKG (artículo 26, apartado 2, primera frase, de la TKG).

Al examinar la adecuación, deben tenerse en cuenta los derechos fundamentales a elegir libremente la profesión [artículo 12, apartado 1, de la Grundgesetz (Ley Fundamental; en lo sucesivo, “GG”)] y a la protección de la propiedad (artículo 14, apartado 1, de la GG) de los interesados. Así se observará, en particular, en lo que respecta a la viabilidad de conceder el acceso, en función de la capacidad disponible (artículo 26, apartado 2, segunda frase, punto 2, de la TKG), y en relación con la inversión inicial del propietario de los recursos, sin olvidar las inversiones públicas realizadas y los riesgos inherentes a las inversiones (artículo 26, apartado 2, segunda

frase, punto 3, de la TKG), así como, con carácter general, a la vista de los riesgos inherentes a las inversiones de la empresa inversora y en el marco de la cooperación entre inversores y sus solicitantes de acceso (artículo 26, apartado 1, primera frase, *in fine*; artículo 26, apartado 2, segunda frase, número 4; artículo 26, apartado 2, primera frase, en relación con el artículo 2, apartados 2, punto 2, primera frase, y 3, punto 4, de la TKG). Además, pueden ser pertinentes los principios de protección de la confianza legítima y de seguridad jurídica. Así, por ejemplo, la previsibilidad del entorno regulatorio debe fomentarse mediante el mantenimiento por parte de la Agencia Federal de Redes de un enfoque regulatorio estable durante períodos de tiempo razonables (artículo 26, apartado 2, primera frase, en relación con el artículo 2, apartado 3, punto 1, de la TKG). La repercusión en otros intereses jurídicos como los derechos de propiedad industrial, los derechos de propiedad intelectual y el suministro de servicios paneuropeos (artículo 26, apartado 2, segunda frase, puntos 5 y 6, de la TKG), así como el interés en preservar la integridad de la red y la seguridad de su funcionamiento (artículo 26, apartado 4, y 5, de la TKG), también pueden ser pertinentes en casos concretos.»

Sobre la base de estos parámetros, la Agencia Federal de Redes examinó a continuación la imposición de las obligaciones de acceso antes mencionadas, incluida la obligación de facilitar el acceso a la obra civil.

El 19 de agosto de 2022, la demandante interpuso recurso ante el órgano jurisdiccional remitente contra esta resolución de la Agencia Federal de Redes de 21 de julio de 2022 y solicitó, en particular, que:

«1. Se revoque parcialmente la resolución de la demandada de 21 de julio de 2022 (BK3i-19/020) en la medida en que impone a la demandante las siguientes obligaciones:

a) la obligación, establecida en el punto 1.1 de la parte dispositiva, de conceder a otras empresas acceso a los sistemas de canalización de cables, así como a los mástiles y estructuras de soporte de líneas aéreas existentes en el momento de la solicitud, con el fin de desplegar y explotar redes de muy alta capacidad en ubicaciones fijas;

con carácter subsidiario respecto de la letra a),

b) la obligación, establecida en el punto 1.1 de la parte dispositiva, de conceder a otras empresas también acceso a dichos sistemas de canalización de cables, así como a los mástiles y sistemas de soporte de líneas aéreas, con el fin de desplegar y explotar redes de muy alta capacidad en ubicaciones fijas que la demandante haya construido recientemente para desarrollar su red de fibra hasta el edificio (FTTB) o hasta el hogar (FTTH),

con carácter subsidiario de segundo grado respecto de las letras a) y b),

- c) la obligación, establecida en el punto 1.1 de la parte dispositiva, de conceder a otras empresas también acceso a dichos sistemas de canalización de cables, así como a los mástiles y sistemas de soporte de líneas aéreas, con el fin de desplegar y explotar redes de muy alta capacidad en ubicaciones fijas que se hayan completado hace menos de siete años;
- d) la obligación, establecida en el punto 4 de la parte dispositiva, de publicar una oferta normalizada de servicios de acceso a los sistemas de canalización de cables, así como a los mástiles y sistemas de soporte de líneas aéreas, con el fin de desplegar y explotar redes de muy alta capacidad en ubicaciones fijas;
- e) la obligación, establecida en el punto 5.1 de la parte dispositiva, de que se autoricen, de conformidad con los criterios del artículo 39 de la TKG, las tasas por la concesión de acceso a los sistemas de canalización de cables, así como a los mástiles y sistemas de soporte de líneas aéreas, con el fin de desplegar y explotar redes de muy alta capacidad en ubicaciones fijas;
- f) la obligación, establecida en el punto 4 de la parte dispositiva, de publicar una oferta estándar de servicios de acceso para el acceso desagregado virtual en forma de producto de acceso de capa 2 en el conmutador/control de acceso de suscriptores a Internet (BNG) para infraestructuras FTTB/FTTH con capacidad de llegar a un mercado de masas.

2. Con carácter subsidiario a las pretensiones del punto 1, se revoque en su totalidad la resolución de la demandada de 21 de julio de 2022 (BK3i-19/020), si el tribunal considera que la resolución es indivisible a este respecto.»

En cuanto a la cuestión prejudicial pertinente, la demandante señaló que la imposición por parte de la Agencia Federal de Redes de obligaciones de acceso con arreglo al artículo 26, apartado 1, de la TKG se basaba en una comprensión incorrecta de la norma. La exposición de motivos de la resolución de regulación recogía, en la exposición del programa de examen, el tenor anterior del artículo 21, apartado 1, primera frase, de la TKG de 2004, pero en realidad se han producido divergencias en la redacción del ahora aplicable artículo 26, apartado 1, de la TKG. En concreto, se ha suprimido la expresión «en particular» de la redacción y los requisitos de «obstaculizar la competencia en el mercado minorista» y «perjudicar los intereses de los usuarios finales» van ahora unidos por una «y» en lugar de por una «o». La Agencia Federal de Redes no reparó en adelante en ninguna de estas dos circunstancias y basó su resolución en un programa de examen incorrecto. A juicio de la demandante, estos cambios no fueron meramente de redacción, sino que, como se desprende de la exposición de motivos de la TKG, respondían a decisiones legislativas conscientes. No es

posible realizar una interpretación conforme con la Directiva y ello se debe a la voluntad del legislador alemán recogida expresamente en los trabajos preparatorios. Por otro lado, no existe, a fin de cuentas, diferencia alguna entre la normativa de la Directiva y el Derecho nacional. En consecuencia, debió comprobarse primero, en el marco del artículo 26, apartado 1, de la TKG, que concurrían cumulativamente los requisitos establecidos en dicho artículo antes de que pudiera pasarse al examen del artículo 26, apartado 2, de la TKG y a ejercerse la facultad de apreciación discrecional. El modo divergente de proceder de la Agencia Federal de Redes relativizaba de forma inadmisiblemente los objetivos regulatorios primordiales del acceso, que el legislador había puesto expresamente en un primer plano, y dificultaba la ponderación realizada. Por último, la resolución de regulación no realiza un examen cumulativo de los requisitos del artículo 26, apartado 1, de la TKG.

La demandada alega, respecto a las cuestiones relevantes para la remisión prejudicial, que la Agencia Federal de Redes no basó su decisión regulatoria en una comprensión incorrecta de la norma; en particular, sostiene que no basó su decisión en los requisitos del antiguo artículo 21, apartado 1, primera frase, de la TKG 2004. En su opinión, el artículo 26, apartado 1, de la TKG debe interpretarse de manera conforme con la Directiva en el sentido de que, con la colocación de la palabra «y» entre los requisitos, no se hace referencia a una conexión cumulativa, sino a una enumeración. Además, lo relevante para la legalidad de la decisión de ponderación no es la presentación del programa de examen en la parte general, sino la propia decisión de ponderación: los dos requisitos del artículo 26, apartado 1, de la TKG se tuvieron en cuenta en la decisión de ponderación. El tenor del artículo 26, apartado 1, de la TKG no permite concluir que la Agencia Federal de Redes esté limitada a la hora de examinar los dos requisitos. Antes bien, en relación con el artículo 26, apartado 2, de la TKG, puede incluir otros aspectos en la ponderación; la jurisprudencia del Bundesverwaltungsgericht sobre el «examen del conjunto de objetivos» relativa al artículo 21, apartado 1, primera frase, de la TKG de 2004 ha de extrapolarse al artículo 26 de la TKG.

[omissis] [Solicitud adicional de medidas cautelares]

III.

La cuestión relativa al Derecho de la Unión planteada es decisiva para el resultado del litigio. El principio de interpretación conforme con la Directiva es aplicable en el caso de autos (epígrafe 1). Los posibles resultados del litigio variarán en función de la interpretación de los artículos 72 y 73 del CECE (epígrafe 2).

1. El principio de interpretación conforme con la Directiva es aplicable al caso de autos. Ciertamente, no se puede realizar una interpretación conforme con las directivas cuando las normas de Derecho nacional sean inequívocas, pero eso no es lo que ocurre en el presente asunto. En el Derecho nacional se defienden tanto enfoques que abogan por interpretar el artículo 26 de la TKG en el sentido de que la demandada debió realizar «previamente» un examen sobre la única base de los

elementos típicos del artículo 26, apartado 1, de la TKG [letra a)], como enfoques que se decantan por que la demandada —como ocurría conforme a la normativa anterior— debe decidir sobre la imposición de obligaciones de acceso en el marco de un «conjunto de objetivos» [letra b)].

a) En primer lugar, *a favor* de que el artículo 26 de la TKG debe interpretarse en el sentido de que la demandada debió realizar «previamente» un examen sobre la única base de los elementos típicos del artículo 21, apartado 1, de dicha Ley («[...] si, de lo contrario, se obstaculizaría el desarrollo de un mercado minorista competitivo sostenible y se perjudicarían los intereses de los usuarios finales») parece abogar, a primera vista, el tenor de esta disposición. En efecto, apartándose del artículo 21, apartado 1, primera frase, de la Telekommunikationsgesetz (Ley de las Telecomunicaciones) de 22 de junio de 2004, derogada por el artículo 61 de la Ley de 23 de junio de 2021 (BGBl. I, p. 1858), se suprimió la expresión «en particular». Asimismo, en apoyo de esta interpretación del artículo 26, apartado 1, de la TKG cabe aducir que el legislador eliminó conscientemente la expresión «en particular» de la redacción de la TKG con el fin de poner de manifiesto «la orientación de la reglamentación del acceso al servicio al por mayor hacia la eliminación del problema de competencia en el mercado minorista» [véase el Bundestags-Drucksache—publicación del Bundestag (Cámara Baja del Parlamento Federal, Alemania) —19/26108, p. 263]. De ello puede, llegado el caso, deducirse la intención del legislador de limitar si se pueden imponer obligaciones de acceso a motivos regulatorios específicos, apartándose así del planteamiento anterior. Cabe igualmente alegar a favor de este planteamiento que, desde un punto de vista sistemático, el legislador distribuyó el anterior artículo 21, apartado 1, de la TKG de 2004 en dos apartados distintos del artículo 26 de la TKG. Propugna también el carácter autónomo, que sugiere el planteamiento que antecede, del artículo 26, apartado 1, de la TKG la idea siguiente: desde un punto de vista sistemático, no sería necesario el artículo 26, apartado 1, de la TKG, que subraya de forma exhaustiva los diversos motivos regulatorios si, a fin de cuentas, por medio del artículo 26, apartado 2, de la TKG pudiera o tuviera que realizarse un examen conjunto, planteado en términos amplios. El carácter autónomo del ámbito de aplicación del artículo 26, apartado 1, de la TKG solo se percibe en un examen por fases.

b) Sin embargo, *también* existen argumentos de peso *a favor* de que la demandada tenía que pronunciarse sobre la imposición de obligaciones de acceso en el marco de un «conjunto de objetivos». Ciertamente, a la vista de la génesis legislativa, la eliminación de la expresión «en particular» se fundaba en la idea de poner de manifiesto «la orientación de la reglamentación del acceso al servicio al por mayor hacia la eliminación del problema de competencia en el mercado minorista». Ahora bien, *al mismo tiempo*, la eliminación de la expresión «en particular» también se debía a que, en tal medida, se tenía en cuenta la correspondiente eliminación practicada en el tenor del artículo 73, apartado 1, párrafo primero, del CECE. Esta referencia no se comprende, ya que, si bien es cierto que el artículo 73, apartado 1, párrafo primero, del CECE no contiene la palabra «en particular», sí deja abierta la enumeración de motivos regulatorios en

la versión alemana en vigor mediante la expresión «unter anderem wenn» («entre otros, cuando»). Esta enumeración abierta se recoge también en otras versiones lingüísticas: la neerlandesa («onder andere wanneer»), la francesa («notamment lorsqu'elles»), la italiana («in particolare qualora»). Por contra, en la versión lingüística inglesa no parece que se pretenda dejar abierta la enumeración («*in situations when*»).^{iv} Solo cabe conjeturar si en la exposición de motivos en alemán de la TKG se hizo referencia a la versión en lengua inglesa como la «versión correcta». Así pues, la única conclusión que cabe extraer de la génesis legislativa del artículo 26, apartado 1, de la TKG es que tal génesis suscita más preguntas que respuestas. Con todo, a favor de esta segunda tesis cabe alegar que la jurisprudencia del Bundesverwaltungsgericht sobre la posibilidad de formar un «conjunto de objetivos» en el contexto del examen del artículo 21, apartado 1, de la TKG de 2004 no se basa en el artículo 21, apartado 1, primera frase, de la TKG de 2004 ni en la expresión «en particular», en cuanto elemento de apertura de la enumeración, que dicho artículo contenía entonces, sino que se infirió directamente del artículo 21, apartado 1, párrafo segundo, de la TKG de 2004, el cual, mediante la expresión «al examinar» establecía una conexión con el párrafo primero (sentencias del Bundesverwaltungsgericht de 21 de septiembre de 2018 —6 C 8.17—, *juris*, apartado 43, y 6 C 50.16, apartados 41 y 47). Partiendo de esta base, es probable que pueda seguir interpretándose el artículo 26, apartado 2, de la TKG, que se introduce con las mismas palabras que emplea el artículo 21, apartado 1, párrafo segundo, de la TDK de 2004, como la disposición que, al igual que antes, prescribe el programa de examen (uniforme y conjunto). No obstante, contra esta tesis cabe alegar, a su vez, que el artículo 26, apartado 2, primera frase, de la TKG contiene ahora, yendo más allá que el antiguo artículo 21, apartado 1, primera frase, de la TKG de 2004 (a la vista de su tenor), antes de nada, el denominado «criterio de suficiencia», y que el examen así abierto, que comprende los objetivos del artículo 2 de la TKG, parece extenderse únicamente a aquel. Sin embargo, a continuación, en el artículo 26, apartado 2, segunda frase, de la TKG se mencionan otros aspectos de la ponderación cuya relación con el «criterio de suficiencia» no se aclara por completo, por un lado, y cuyo significado autónomo (sin el añadido párrafo primero, segunda frase) no se comprende, por otro.

2. En el contexto de la posibilidad de una interpretación conforme con la Directiva, el resultado del litigio depende de la respuesta que se dé a las cuestiones planteadas. Si los artículos 72 o 73 del CECE se oponen a una normativa legal nacional o a su interpretación según la cual, al examinar de oficio si la autoridad de reglamentación ha de imponer una obligación de acceso a la obra civil, pueden incluirse también, más allá de los requisitos mencionados en el artículo 72, apartado 1 (obstaculizar el desarrollo de un mercado competitivo sostenible o no responder al interés del usuario final), los objetivos recogidos en el artículo 3 del CECE y, en su caso, otros objetivos en un examen conjunto de estos, prosperará el recurso interpuesto por la demandante [letra a)]. Por el contrario, si

^{iv} [N. del T.: La versión española del artículo 73, apartado 1, de la Directiva 2018/1972 —no mencionada expresamente por el órgano jurisdiccional remitente— emplea la expresión «en aquellas situaciones en las que [...]»].

los artículos 72 o 73 del CECE no se oponen a una normativa legal nacional o a su interpretación según la cual, al examinar de oficio si la autoridad de reglamentación ha de imponer una obligación de acceso a la obra civil, pueden incluirse también, más allá de los requisitos mencionados en el artículo 72, apartado 1 (obstaculizar el desarrollo de un mercado competitivo sostenible o no responder al interés del usuario final), los objetivos recogidos en el artículo 3 del CECE y, en su caso, otros objetivos en un examen conjunto de estos, no prosperará el recurso interpuesto por la demandante [letra b)].

a) Si el artículo 72, apartado 1, o el artículo 72, apartado 2, del CECE, en cada caso en relación con el artículo 68, apartado 1, de dicho Código, se oponen a una normativa legal nacional o a su interpretación según la cual, al examinar de oficio si la autoridad de reglamentación ha de imponer una obligación de acceso a la obra civil, pueden incluirse también, más allá de los requisitos mencionados en el artículo 72, apartado 1 (obstaculizar el desarrollo de un mercado competitivo sostenible o no responder al interés del usuario final), los objetivos recogidos en el artículo 3 del CECE y, en su caso, otros objetivos en un examen conjunto de estos, el recurso prosperará. Ello se debe a que el artículo 26, apartados 1 y 2, de la TKG debería interpretarse en el sentido de que la demandada debió llevar a cabo «previamente» un examen sobre la única base de los elementos del artículo 21, apartado 1, de la TKG («si, de lo contrario, se obstaculizaría el desarrollo de un mercado minorista competitivo sostenible y se perjudicarían los intereses de los usuarios finales»). Esto significaría que la resolución impugnada sería probablemente contraria a Derecho, y así habrá de afirmarse con independencia de la cuestión de si el examen de la necesidad de imponer una obligación de acceso se plantea inicialmente solo «de forma global», esto es, «cualquier» obligación de acceso en el sentido del artículo 3, punto 74, de la TKG, o «de forma específica» en relación con una alternativa a la concesión de acceso mencionada en el artículo 26, apartado 3, de la TKG. Esto ya se desprende del hecho de que la demandada no citó, en cuanto al fondo, la disposición del artículo 26, apartado 1, de la TKG en su nueva versión, sino la del artículo 21 de la TKG en su antigua versión, a pesar de que existen modificaciones relevantes; ello apunta por sí solo a la existencia de un error. La demandada tampoco examinó en ningún momento, en cuanto al fondo y de forma independiente, si, en general, el desarrollo de un mercado minorista competitivo sostenible se vería obstaculizado y los intereses de los usuarios finales perjudicados si no se concediera el acceso. Los exámenes «aislados» de estos elementos por parte de la demandada no pueden subsanar esta deficiencia: en la medida en que el fomento de la competencia y la protección de los intereses de los consumidores también se mencionan en las páginas 106 y 107 de la resolución impugnada (versión pública) en el marco de un «conjunto de objetivos», es evidente que ello no basta para cumplir los requisitos del artículo 26, apartado 1, de la TKG así entendidos. Por una parte, no se examina si el desarrollo de un mercado minorista competitivo sostenible se vería obstaculizado y los intereses de los usuarios finales perjudicados si no se concediera el acceso; «fomentar» o «salvaguardar» determinados intereses y «obstaculizarlos» o «perjudicarlos» son criterios diferentes. Por otra parte, además de los dos mencionados, también se tuvieron en cuenta otros intereses. Lo mismo cabe decir

de las afirmaciones que figuran en las páginas 117, 119, 129 y 134 y siguientes de la resolución impugnada (versión pública). Nada de esto cambiaría aunque la palabra «y» del artículo 26, apartado 1, de la TKG se sustituyera por la palabra «o» (como en el artículo 21, apartado 1, de la antigua versión de la TKG) sobre la base de una interpretación conforme con el Derecho de la Unión, ya que la demandada no ha examinado suficientemente si el desarrollo de un mercado minorista competitivo sostenible se vería obstaculizado si no se concediera acceso ni si los intereses de los usuarios finales se verían perjudicados (véase *supra*).

b) Si, por el contrario, el artículo 72, apartado 1, o el artículo 73 del CECE no se oponen a una normativa legal nacional o a su interpretación según la cual, al examinar de oficio si la autoridad ha de imponer una obligación de acceso a la obra civil, pueden incluirse también, más allá de los requisitos mencionados en el artículo 72, apartado 1 (obstaculizar el desarrollo de un mercado competitivo sostenible o no responder al interés del usuario final), los objetivos recogidos en el artículo 3 del CECE y, en su caso, otros objetivos en un examen conjunto de estos, no prosperará el recurso interpuesto por la demandante, puesto que el artículo 26, apartados 1 y 2, de la TKG no tendría que interpretarse en el sentido de que la demandada debió llevar a cabo «previamente» un examen sobre la única base de los elementos del artículo 21, apartado 1, de la TKG («si, de lo contrario, se obstaculizaría el desarrollo de un mercado minorista competitivo sostenible y se perjudicarían los intereses de los usuarios finales»). Esto significaría que la resolución impugnada sería probablemente conforme a Derecho, puesto que la demandada habría podido llevar a cabo —tal como hizo— un «examen del conjunto de objetivos».

El hecho de que la resolución del litigio dependa de la respuesta a la cuestión antes mencionada no empece para que la resolución impugnada deba anularse por otros motivos. En la medida en que la demandante ha impugnado la resolución de la Agencia Federal de Redes con argumentos distintos de los que acaban de exponerse, no cabe prever que dichos argumentos prosperen (véase la resolución dictada en el procedimiento cautelar).

IV.

La cuestión planteada no puede responderla el órgano jurisdiccional remitente en el sentido de un «acte claire». En su opinión, la pregunta que se suscita no puede responderse directamente mediante el artículo 73, apartado 1, primera frase, del CECE (epígrafe 1) ni tampoco mediante el artículo 72, apartado 1, del CECE (epígrafe 2). Sin embargo, no está claro cómo debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 73, apartado 2, del CECE (epígrafe 3).

1. A juicio del órgano jurisdiccional remitente, la cuestión planteada no encuentra una respuesta directa en el artículo 73, apartado 1, primera frase, del CECE. Ello se debe ya a que, en opinión de este tribunal, la única disposición pertinente a efectos de la imposición de la obligación de acceso a la obra civil es la del artículo 72 del CECE (*lex specialis*). Sin embargo, si se viera de otro modo,

el artículo 73 del CECE plantearía tres problemas en relación con la cuestión suscitada: en primer lugar, las versiones lingüísticas de la disposición divergen entre sí [letra a)]; en segundo lugar, el contenido del artículo 73, apartado 2, del CECE no está claro [letra b)], y, por último, la relación con el artículo 68, apartado 4, letra c), del CECE es problemática [letra c)].

a) En primer lugar, las versiones lingüísticas del artículo 73, apartado 1, primera frase, del CECE divergen en relación con la cuestión planteada: aunque la versión alemana del artículo 73, apartado 1, primera frase, del CECE no contiene la palabra «en particular», también abre la lista de motivos regulatorios en la versión actual con las palabras «unter anderen wenn» («entre otros, cuando»). Esta apertura también figura en otras versiones lingüísticas: neerlandesa («onder andere wanneer»), francesa («notamment lorsqu'elles») e italiana («in particolare qualora»). Sin embargo, en la versión lingüística inglesa no parece que se pretenda abrir la enumeración («in situations when»). La situación es diferente en el artículo 72, apartado 1, del CECE. En todas las versiones lingüísticas que entienden los miembros de esta Sala, el precepto tiene el mismo contenido.

b) Por otro lado, lo dispuesto en el artículo 73, apartado 2, del CECE plantea la cuestión de si de esta disposición se deduce que, además de los intereses mencionados en el artículo 73, apartado 1, primera frase, del CECE, deben tenerse en cuenta otras consideraciones en la ponderación. Esta disposición suscita en un primer momento la cuestión de si contiene algo más que el denominado «criterio de suficiencia». El tenor expreso del artículo 73, apartado 2, del CECE aboga por entenderlo en el sentido de limitarlo a un «criterio de suficiencia», pero los criterios enumerados en el artículo 73, apartado 2, tercera frase, letras d), e), f) y h), del CECE, donde la referencia a un «criterio de suficiencia» no es del todo clara, militan en contra de tal tesis. Los considerandos 188 y siguientes de la Directiva también parecen apuntar más bien a que el contenido de la disposición no se limita al «criterio de suficiencia» (esta es la conclusión también, en suma, de Broemel, en Geppert/Schütz: *Beck'scher TKG-Kommentar*, 5.^a edición 2023, introducción, parte B, apartado 30). Dando por cierto que los requisitos enumerados en el artículo 73, apartado 2, del CECE no solo deben tenerse en cuenta en el contexto del criterio de suficiencia, la disposición plantea asimismo la cuestión de si, además de los criterios enumerados en el artículo 73, apartado 2, frase 3 letras a) a h), del CECE, también deben tenerse en cuenta los objetivos recogidos en el artículo 3 del CECE.

c) Por último, la relación con el artículo 68, apartado 4, letra c), del CECE es problemática. Según esta disposición, las obligaciones impuestas con arreglo a dicho artículo deben justificarse a la luz de los objetivos enumerados en el artículo 3 del CECE. Esta disposición debe observarse también a la hora de imponer obligaciones de conformidad con el artículo 73 del CECE (artículos 68, apartados 2 y 3, párrafo primero, y 73, apartado 1). Sin embargo, el artículo 73, apartado 1, párrafo primero, al igual que el artículo 72, apartado 1, del CECE y a diferencia del artículo 72, apartado 2, de dicho Código, no contiene referencia alguna a los objetivos del artículo 3 de este. Con independencia de este sistema, ¿deben ya

tenerse en cuenta los objetivos del artículo 3 del CECE al examinar si procede imponer una obligación de acceso? ¿O la estructura del artículo 73, apartado 1, párrafo primero, o, en su caso, del artículo 72, apartado 1, del CECE, en relación con el artículo 72, apartado 2, de dicho Código, debe entenderse en el sentido de que, en el marco de las dos disposiciones citadas en primer lugar, en un primer momento, a la hora de examinar si procede imponer una obligación de acceso, no han de incluirse en el examen los objetivos contemplados en el artículo 3 del CECE? Solo si en esta primera fase se afirma la necesidad de imponer una obligación de acceso, habrá de recurrirse, en una segunda fase del examen de las medidas concretas, al artículo 68, apartado 4, letra c), CECE.

2. A juicio del órgano jurisdiccional remitente, la cuestión planteada tampoco encuentra respuesta directa en el artículo 72, apartado 1, del CECE. Ello se debe a que es probable que la citada disposición presuponga que la obra civil forma parte del mercado pertinente de acuerdo con el análisis del mercado. Esta tesis tiene su respaldo en la remisión contenida en dicha disposición al artículo 68 del CECE (véase también Neumann, *N&R* 2019, p. 152, en particular p. 158) y en la previsión del artículo 72, apartado 2, del CECE (*argumentum a contrario*). Tal no es el caso en el presente asunto. Por tanto, ante todo, carece de relevancia el hecho de que la disposición del artículo 72, apartado 1, del CECE, a la vista de su tenor —en todas las versiones lingüísticas mencionadas que entienden los miembros de esta Sala—, establezca una lista cerrada o exhaustiva de motivos regulatorios que se oponga a la admisibilidad de una «revisión del conjunto de objetivos». Tampoco puede obviarse que la relación entre los artículos 72, apartado 1, y 68 apartado 4, letra c), del CECE —al igual que con el artículo 73, apartado 1, párrafo primero, de dicho Código— no está clara (véase la sección IV 1 c).

3. A juicio del órgano jurisdiccional remitente, cabe suponer que la *sedes materiae* de la solución del problema sea el artículo 72, apartado 2, del CECE. Según el tenor del precepto —referencia a los objetivos contemplados en el artículo 3 del CECE—, la cuestión planteada parece tener una clara respuesta en el sentido de que las autoridades nacionales de reglamentación, al examinar si procede imponer una obligación de acceso a los activos de la obra civil que no forman parte del mercado pertinente de acuerdo con el análisis del mercado, pueden en todo caso examinar también si la obligación es necesaria y proporcionada en relación con la consecución de los objetivos del artículo 3. En este sentido, existe también un paralelismo con el artículo 68, apartado 4, letra c), del CECE. Sin embargo, esta disposición solo es clara en apariencia a este respecto, pues tanto la relación con el artículo 72, apartado 1, del CECE [letra a)] como la relación con el artículo 73 del CECE [letra b)] son confusas:

a) Por un lado, no está claro cómo debe entenderse la relación entre los apartados 1 y 2 del artículo 72 del CECE: por una parte, el artículo 72, apartado 1, del CECE, en relación con el artículo 68 de dicho Código, puede entenderse, a la vista de su tenor, en el sentido de que se refiere únicamente a una empresa poseedora de peso significativo en un posible mercado de activos de obra civil (véase *supra*). Esto significaría que el artículo 72, apartado 2, del CECE podría

entenderse como un instrumento regulatorio autónomo con requisitos propios para los casos en los que —como en el presente asunto— no se tomara como base un mercado de este tipo. Sin embargo, ello tendría como consecuencia que a una empresa poseedora de un peso significativo en un mercado de obra civil solo se le podrían imponer obligaciones de acceso a la obra civil en condiciones más estrictas que en los supuestos del artículo 72, apartado 2, del CECE. En cualquier caso, el sentido de tal diferenciación no resulta evidente a primera vista. Por otra parte, el artículo 72, apartado 1, del CECE también puede interpretarse como una norma básica que el artículo 72, apartado 2, del CECE solo concreta para un caso especial. Tal interpretación se ve respaldada por el hecho de que la redacción del artículo 72, apartado 2, del CECE se refiere al «acceso con arreglo al presente artículo», es decir, parece basarse en la concesión de acceso en condiciones básicas uniformes, y por la circunstancia de que, con arreglo a tal interpretación, podría establecerse un contenido uniforme para los apartados 1 y 2 del artículo 72 del CECE.

b) Por otro lado, no está claro cómo debe entenderse la relación entre los artículos 72, apartado 2, y 73 del CECE. Resulta difícil dilucidar si los requisitos del artículo 73, apartado 1, párrafo primero, del CECE también se aplican a las medidas del artículo 72, apartado 2, de dicho Código si ha de adoptarse una decisión en el marco de un «conjunto de medidas» (inciso aa). Se suscitarán otros problemas si se parte de una interpretación «uniforme» del artículo 72, apartados 1 y 2, del CECE, tal y como se expone en la sección IV 3 a) (inciso bb).

aa) No está claro si los requisitos del artículo 73, apartado 1, párrafo primero, del CECE se aplican también a las medidas del artículo 72, apartado 2, de dicho Código si —como ocurre en el caso de autos— ha de adoptarse una decisión en el marco de un «conjunto de medidas». Es cierto que —también en relación con el artículo 72, apartado 1, del CECE— la ausencia de los aspectos del examen consistentes en «obstaculizar el desarrollo de un mercado competitivo sostenible y no responder al interés del usuario final» del artículo 72, apartado 2, del CECE puede explicarse, en principio, por el hecho de que el legislador de la Unión partió de la base de que las medidas de los artículos 73 y 72 del CECE se imponen en el seno de un «conjunto de medidas», por lo que las restricciones del artículo 73, apartado 1, párrafo primero, del CECE se aplican también a la imposición de obligaciones con arreglo al artículo 72, apartado 2, del CECE. La consecuencia sería un «paralelismo» de los requisitos de los artículos 73, apartado 1, párrafo primero, y 72, apartado 2, del CECE. El artículo 73, apartado 2, párrafo segundo, del CECE también parece decantarse en este sentido y así parece haberlo entendido también el legislador alemán. La consecuencia de ello sería que las dificultades de interpretación del artículo 73, apartado 1, párrafo primero, del CECE (véase la sección IV 1) se «trasladarían» también al artículo 72, apartado 2, del CECE.

Sin embargo, del tenor de las normas citadas no se desprende este entendimiento a favor de la actuación en el contexto de un «conjunto de medidas» con la consecuencia de que se adopten los requisitos del artículo 73, apartado 1, párrafo

primero, al actuar conforme al artículo 72, apartado 2, del CECE. Se opone a un «paralelismo» de los requisitos de una actuación conforme al artículo 72, apartado 2, y una actuación conforme al artículo 73 del CECE, el hecho de que el artículo 73 apartado 2, párrafo segundo, del CECE y, en particular, la expresión «bloÙe Auferlegung» («mera imposición») utilizada en la versión lingüística alemana de dicho artículo indican que el legislador de la Unión considera que la obligación de acceso a los activos de obra civil es, en principio, menos intrusiva. En este sentido apunta también el considerando 187 del CECE (véase Neumann, *N&R* 2016, p. 262, en particular p. 267, y *N&R* 2018, p. 204, en particular pp. 206 y 207; Scherer/Heinickel, *MMR* 2017, p. 71, en particular p. 75). Si tal fuera el caso, ello abogarí­a a favor de aplicar menos requisitos —y no paralelos— para actuar conforme al artículo 72, apartado 2, del CECE.

bb) Se suscitan otros problemas si se parte de una interpretación «uniforme» de los apartados 1 y 2 del artículo 72 del CECE, como acaba de exponerse en la letra a) del punto 3 de la sección IV. En efecto, si se considera en este caso la relación entre los artículos 72, apartado 1, y 73 CECE, se formula —posiblemente en función de las versiones lingüísticas del artículo 73 de dicho Código—, mediante el artículo 72, apartado 1, del CECE, un programa de examen más restringido que en el caso del artículo 73, apartado 1, párrafo primero, del CECE. Sin embargo, por otro lado, la existencia del artículo 73, apartado 2, párrafo segundo, del CECE apunta a que el legislador de la Unión considera que la obligación de acceso a los activos de obra civil es, en principio, menos intrusiva (véase *supra*). Esto, a su vez, entra en cierta tensión con el artículo 72, apartado 1, del CECE, que define los motivos regulatorios que se abren a este respecto de forma más estricta que el artículo 73, apartado 1, párrafo primero, del CECE —en la versión alemana, véase *supra*— y que, en particular, puede no estar abierto a otros aspectos de la ponderación. Es significativo que en el contexto del artículo 73, apartado 2, párrafo segundo, del CECE no se suscita la cuestión de si la mera imposición de obligaciones de conformidad con el artículo 72 del CECE es un medio proporcionado para evitar «obstáculos al desarrollo de un mercado competitivo sostenible», sino la de si la obligación contemplada en el artículo 72 del CECE sería un medio proporcionado para «fomentar la competencia y los intereses del usuario final». Si se obstaculiza o simplemente se fomenta algo son dos criterios distintos.

[omissis]