

SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera)
de 20 de octubre de 2005 *

En el asunto C-334/03,

que tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto, con arreglo al artículo 226 CE, el 30 de julio de 2003,

Comisión de las Comunidades Europeas, representada por la Sra. A. Alves Vieira y los Sres. S. Rating y G. Braga da Cruz, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandante,

contra

República Portuguesa, representada por los Sres. L. Fernandes y P. de Pitta e Cunha, en calidad de agentes, que designa domicilio en Luxemburgo,

parte demandada,

* Lengua de procedimiento: portugués.

EL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera),

integrado por el Sr. P. Jann, Presidente de Sala, y el Sr. K. Schiemann, la Sra. N. Colneric (Ponente) y los Sres. J.N. Cunha Rodrigues y E. Levits, Jueces;

Abogado General: Sr. L.A. Geelhoed;

Secretario: Sr. R. Grass;

habiendo considerado los escritos obrantes en autos;

oídas las conclusiones del Abogado General, presentadas en audiencia pública el 2 de junio de 2005;

dicta la siguiente

Sentencia

- 1 Mediante su recurso, la Comisión de las Comunidades Europeas solicita al Tribunal de Justicia que declare que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, (DO L 192, p. 10), en su versión modificada por la Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996 (DO L 74, p. 13) (en lo sucesivo, «Directiva 90/388»), al no haber adaptado en la práctica su Derecho interno al artículo 4 *quinquies* de la citada Directiva.

Marco jurídico

Normativa comunitaria

2 Según el vigésimo tercer considerando de la Directiva 96/19, «en muchos Estados miembros, los organismos de telecomunicaciones disfrutan de privilegios legales para instalar su red en terrenos públicos y privados, sin pagar tarifa alguna o aplicando tarifas concebidas simplemente para recuperar los costes en que se haya incurrido» y «si los Estados miembros no otorgaran posibilidades similares a los nuevos operadores que dispongan de licencia para permitirles instalar su red, se provocarían demoras y, en ciertas áreas, ello equivaldría a mantener derechos exclusivos en favor del organismo de telecomunicaciones».

3 El artículo 2 de la Directiva 90/388 dispone:

«1. Los Estados miembros suprimirán todas aquellas medidas que otorguen:

- a) derechos exclusivos de prestación de servicios de telecomunicaciones, incluidos la creación y suministro de redes de telecomunicaciones necesarias para la prestación de dichos servicios, o

- b) derechos especiales que, con arreglo a criterios que no sean objetivos, proporcionales y no discriminatorios, limiten a dos o más el número de empresas autorizadas a prestar tales servicios de telecomunicaciones o crear o suministrar tales redes, o

- c) derechos especiales que, con arreglo a criterios que no sean objetivos, proporcionales y no discriminatorios, designen a varias empresas que compitan entre sí para prestar tales servicios de telecomunicaciones o crear o suministrar tales redes.

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar el derecho de todo operador económico a prestar los servicios de telecomunicaciones contemplados en el apartado 1, o a crear o suministrar las redes contempladas en el apartado 1.

[...]»

4 A tenor del artículo 4 *quinquies* de la citada Directiva:

«Los Estados miembros no discriminarán entre suministradores de redes públicas de telecomunicaciones por lo que se refiere a la concesión de servidumbres de paso para el suministro de dichas redes.

Cuando la concesión de nuevas servidumbres de paso a empresas que deseen suministrar redes públicas de telecomunicaciones no resulte posible como consecuencia de las exigencias esenciales aplicables, los Estados miembros deberán garantizar el acceso, en condiciones razonables, a las instalaciones existentes en virtud de servidumbres de paso vigentes y que no puedan duplicarse.»

- 5 El artículo 5, apartado 3, de la Directiva 97/33/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 30 de junio de 1997, relativa a la interconexión en las telecomunicaciones en lo que respecta a garantizar el servicio universal y la interoperabilidad mediante la aplicación de los principios de la oferta de red abierta (ONP) (DO L 199, p. 32), prevé que, para determinar la carga, en su caso, que represente la prestación del servicio universal, los organismos que tengan obligaciones de servicio universal calculen, a petición de su autoridad nacional de reglamentación, el coste neto de tales obligaciones.

Normativa nacional

- 6 El artículo 12, apartado 1, de la Ley n° 91/97, de 1 de agosto de 1997 (*Diário da República* I, série A, n° 176, de 1 de agosto de 1997, p. 4010), define la «red básica de telecomunicaciones» como la red pública que atiende en el territorio nacional las necesidades de los ciudadanos, así como las actividades económicas y sociales en el sector de las telecomunicaciones, y que garantiza las conexiones internacionales.
- 7 El apartado 2 del citado artículo 12, en su versión modificada por la Ley n° 29/2002, de 6 de diciembre de 2002 (*Diário da República* I, série A, n° 282, de 6 de diciembre de 2002, p. 7556) define el concepto de red básica de telecomunicaciones como el conjunto de elementos de la red que son necesarios para prestar el servicio universal de telecomunicaciones.

- 8 En virtud del artículo 13 de la Ley n° 91/97, los operadores de redes básicas de telecomunicaciones están exentos del pago de tasas y gravámenes por el establecimiento de infraestructuras de telecomunicaciones o por el acceso a las diversas partes de las instalaciones o de los equipos que sea necesario para la explotación de la red concedida.

- 9 El 20 de marzo de 1994, el Estado portugués y PT Comunicações, la filial de Portugal Telecom SA para el sector de servicios de telefonía fija, firmaron un contrato de concesión para la prestación de servicios de comunicaciones, considerados servicios públicos, autorizando la utilización y explotación por PT Comunicações de las infraestructuras de telecomunicaciones durante un período inicial de 30 años.

- 10 Las normas básicas de esta concesión de servicio público de telecomunicaciones, aprobadas por el Decreto-ley n° 40/95, de 15 de febrero de 1995 (*Diário da República* I, série A, n° 39, de 15 de febrero de 1995, p. 969), atribuyeron a PT Comunicações el derecho exclusivo a instalar, gestionar y explotar las infraestructuras que constituyen la «red básica» de telecomunicaciones. A tenor del artículo 2, apartado 1, letra a), de dichas normas básicas anexas al Decreto-ley n° 40/95, la citada concesión tiene por objeto «la instalación, gestión y explotación de las infraestructuras que constituyen la red básica de telecomunicaciones». Mediante la concesión, se confió al mismo tiempo a PT Comunicações el control de las infraestructuras, con la responsabilidad de mantenerlas en buen estado de funcionamiento, de seguridad y de conservación, y de ampliarlas cualitativa y cuantitativamente, con el fin de garantizar la prestación de servicios de telecomunicaciones de uso general, en cuanto servicio universal, en todo el territorio nacional.

- 11 En contrapartida a la citada concesión, PT Comunicações estaba obligada, según los artículos 24, 25 y 32 de las normas básicas de la concesión, a pagar al Estado cedente un canon correspondiente al 1 % de los ingresos de explotación brutos por los servicios objeto de la concesión, se preveía el derecho a una compensación en caso de que el cumplimiento de las obligaciones de servicio universal implicara para el concesionario márgenes negativos.

- 12 Las infraestructuras que constituyen la red básica de telecomunicaciones pertenecieron al Estado portugués hasta la cesión, a finales del año 2002, de dicha red a PT Comunicações por el valor en aquella fecha del importe total del canon debido al Estado de conformidad con el contrato de concesión, de 1995 hasta el fin de su período de validez inicial.
- 13 El Decreto-ley n° 31/2003, de 17 de febrero de 2003 (*Diário da República* I, série A, n° 40, de 17 de febrero de 2003, p. 1044) aprobó un nuevo contrato de concesión, que modificó las normas básicas de la concesión. En lo esencial, se mantuvieron las obligaciones del operador de la red básica. El artículo 6, letra b), del anexo del citado Decreto-ley prevé que, en su calidad de concesionaria, PT Comunicações tiene la obligación de prestar los servicios que son objeto de la concesión del servicio público de telecomunicaciones, asegurando la interoperabilidad, continuidad, disponibilidad, permanencia y calidad de dichos servicios.

Procedimiento administrativo previo

- 14 Mediante escrito de requerimiento de 2 de mayo de 2002, dirigido a las autoridades portuguesas, la Comisión instó a éstas para que le presentaran sus observaciones sobre el hecho de que la exención del pago de tasas en concepto de instalación de sus redes, concedido, en virtud del artículo 13 de la Ley n° 91/97, a PT Comunicações, única empresa responsable de la gestión y explotación de la red básica de telecomunicaciones, constituía una infracción al principio de no discriminación por lo que respecta a la concesión de las servidumbres de paso previstas en el artículo 4 *quinquies* de la Directiva 90/388.
- 15 Mediante escrito de 2 de julio de 2002, el Gobierno portugués expresó su intención de resolver el supuesto trato discriminatorio. No obstante, al no ser destinataria de ninguna respuesta adicional, la Comisión emitió, mediante escrito de 19 de

diciembre de 2002, un dictamen motivado requiriendo a la República Portuguesa para que adoptase las medidas necesarias para atenerse a dicho dictamen en un plazo de dos meses a partir de su notificación.

- 16 Al no responder el Gobierno portugués al citado dictamen motivado, la Comisión decidió interponer el presente recurso.

Sobre el recurso

Alegaciones de las partes

- 17 La Comisión sostiene que, mediante la exención resultante del artículo 13 de la Ley n° 91/97, en relación con el Decreto-ley n° 31/2003 y anteriormente con el Decreto-ley n° 40/95, que establecen que PT Comunicações es responsable de la creación y explotación de la red básica, la República Portuguesa concedió a dicha empresa un trato diferente del que reciben los demás operadores y que, a falta de justificación precisa, es contrario al artículo 4 *quinquies* de la Directiva 90/388.
- 18 Dado que, mediante su red básica de telecomunicaciones, PT Comunicações presta servicios que compiten directamente con los servicios prestados por otros operadores, los privilegios en cuestión dan una ventaja directa a PT Comunicações frente a sus competidores. El hecho de que los nuevos operadores sean gravados con mayores tasas que el operador histórico podría causar demoras en el desarrollo de sus redes.
- 19 A juicio de la Comisión, la referida diferencia de trato no está justificada.

- 20 En cambio, el Gobierno portugués alega que no es legítimo calificar de discriminatorio el trato distinto de situaciones diferentes. Cualquier empresa encargada de garantizar el servicio universal estaría sometida a las obligaciones de ampliar y mantener la red que no se imponen a los demás operadores competidores.
- 21 El citado Gobierno señala que la exención del pago de las tasas eventualmente debidas por la ocupación del dominio público y la posibilidad de realizar obras en éste sin necesidad de aprobación municipal persiguen un único objetivo, a saber, la supresión de obstáculos a la ampliación de las infraestructuras de la red básica facilitando la realización de las obras necesarias para su establecimiento, conservación y mantenimiento. No existe ninguna intención de conceder a PT Comunicações ventajas sobre sus competidores.
- 22 El Gobierno portugués recuerda que PT Comunicações está obligada a dar acceso a la red básica a los operadores competidores de manera transparente y no discriminatoria. En otros términos, ésta no puede obtener, en el ámbito de la prestación de los servicios de telecomunicaciones, ninguna ventaja de la exención de tasas de la que se beneficia para la ampliación y el mantenimiento de la red.

Apreciación del Tribunal de Justicia

- 23 El artículo 4 *quinquies* de la Directiva 90/388, que exige que los Estados miembros no discriminen entre suministradores de redes públicas de telecomunicaciones por lo que se refiere a la concesión de servidumbres de paso para el suministro de dichas redes, es una expresión particular del principio general de igualdad [véase, por analogía, respecto al artículo 7, apartado 5, de la Directiva 96/92/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de diciembre de 1996, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad (DO 1997, L 27, p. 20), la sentencia de 7 de junio de 2005, VEMW y otros, C-17/03, Rec. p. I-4989, apartado 47].

- 24 La prohibición de discriminación, que forma parte de los principios fundamentales del Derecho comunitario, exige que las situaciones comparables no sean tratadas de manera distinta, a menos que tal diferenciación esté objetivamente justificada (véase, en particular, la sentencia de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo, C-280/93, Rec. p. I-4973, apartado 67).
- 25 En el caso de autos, consta que PT Comunicações está exenta del pago de tasas y gravámenes ligados a la creación de infraestructuras de telecomunicaciones o al paso de las diferentes partes de la instalación o del equipamiento necesario para la explotación de la red concedida.
- 26 Es preciso señalar, con carácter preliminar, que a este respecto no es decisivo que dicha exención resulte del artículo 13 de la Ley n° 91/97, en relación con el Decreto-ley n° 31/2003 y anteriormente con el Decreto-ley n° 40/95, como sostiene la Comisión, o que se desprenda más bien, como alega el Gobierno portugués, de la jurisprudencia de los tribunales administrativos portugueses, según la cual la ocupación del dominio público para la prestación de un servicio público no puede dar lugar a tributación salvo si hay un uso individual de bienes semipúblicos, con el fin de satisfacer, además de las necesidades colectivas, necesidades individuales. En efecto, en estos dos casos, la exención existe en virtud de la situación jurídica interna del Estado miembro de que se trate.
- 27 Además, no se excluye comparar la situación de una empresa responsable de garantizar el servicio universal, que está sometida a obligaciones de ampliación y mantenimiento de la red, con la de otros operadores de telecomunicaciones que garantizan los servicios de su elección, en las condiciones que consideran más ventajosas.

- 28 Es cierto que la ocupación del dominio público con fines individuales puede distinguirse de la ocupación del dominio público con el fin de satisfacer necesidades colectivas. Sin embargo, contrariamente a lo que sostiene el Gobierno portugués, la comparación de las situaciones de las empresas del sector de telecomunicaciones no debe limitarse exclusivamente a las empresas sometidas a obligaciones de servicio público.
- 29 En efecto, la situación de PT Comunicações como proveedor de una red pública debe compararse con la de sus competidores que ejercen sus actividades también en el mercado de las telecomunicaciones y desean crear redes alternativas. En su defecto, el objetivo perseguido por la normativa comunitaria, a saber, el establecimiento de un mercado competitivo en el sector de las telecomunicaciones, estaría gravemente amenazado. Como se desprende del vigésimo tercer considerando de la Directiva 96/19, si los Estados miembros no concedieran a los nuevos operadores autorizados los mismos derechos y privilegios legales para instalar sus redes en terrenos públicos y privados que aquellos de los que se benefician los organismos históricos de telecomunicaciones, el despliegue de las redes de dichos nuevos operadores se retrasaría, lo que equivaldría en determinados ámbitos a mantener *de facto* derechos exclusivos en favor de los citados organismos.
- 30 Por ello, es importante comprobar si el trato diferenciado observado en el presente caso, consistente en la exención del pago de tasas y gravámenes, en virtud de las medidas nacionales en cuestión, está justificado a la luz de la Directiva 90/388.
- 31 En primer lugar, debe señalarse que, con arreglo al artículo 9, en relación con el artículo 8, apartado 1, letra a), de las normas básicas de la concesión del servicio público de telecomunicaciones, el Estado portugués encargó a PT Comunicações la misión de mantener las infraestructuras de que se trata en buen estado de funcionamiento, de seguridad y de conservación, y la de ampliarlas, cualitativa y cuantitativamente, con el fin de garantizar la prestación de servicios de telecomunicaciones de utilidad general, con carácter universal, en todo el territorio nacional.

- 32 Ahora bien, la compensación de los costes resultantes de una obligación de este tipo, en el caso de autos, no justifica una discriminación entre los operadores por lo que respecta a la concesión de servidumbres de paso.
- 33 En efecto, el coste neto de la ejecución de un servicio universal debería haberse evaluado de conformidad con el artículo 5, apartado 3, de la Directiva 97/33, en relación con su anexo III. Pues bien, no hay tal evaluación de los costes netos en el presente caso. Por consiguiente, no procede determinar si la exención de las tasas municipales constituye una medida de financiación de la prestación del servicio universal ni si, como sostiene el Gobierno portugués, esta exención no excede lo que es necesario para cubrir el coste del servicio en el sentido de la jurisprudencia *Altmark Trans y Regierungspräsidium Magdeburg* (sentencia de 24 de julio de 2003, C-280/00, Rec. p. I-7747).
- 34 En segundo lugar, el hecho de que PT Comunicações esté obligada a dar acceso a la red básica de telecomunicaciones a los operadores competidores de manera transparente y no discriminatoria tampoco justifica la referida diferencia de trato. Ciertamente, se fomenta el establecimiento de sistemas de uso compartido o de coordinación y de reglas de prorrateo de los costes del uso compartido de los recursos o las propiedades en el artículo 12, apartado 2, de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO L 108, p. 33). No obstante, el acceso de otros operadores a la red no justifica un trato diferente por lo que respecta a los costes generados por la creación de una red nueva.
- 35 En tercer lugar, el hecho de que el Gobierno portugués tenga intención, en el marco de la adaptación del Derecho interno a la Directiva 2002/21, de garantizar el establecimiento de una tasa municipal sobre los derechos de paso transparente y no discriminatoria, no puede ser tenido en cuenta dado que la existencia de un incumplimiento debe apreciarse en función de la situación del Estado miembro tal y como se presentaba al término del plazo fijado en el dictamen motivado.

- 36 A la vista del conjunto de las consideraciones precedentes, procede declarar que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben, al no haber adaptado su Derecho interno al artículo 4 *quinquies* de la Directiva 90/388.

Costas

- 37 A tenor del artículo 69, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento, la parte que pierda el proceso será condenada en costas, si así lo hubiera solicitado la otra parte. Por haber solicitado la Comisión la condena en costas de la República Portuguesa y al haber sido desestimados los motivos formulados por ésta, procede condenarla en costas.

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) decide:

- 1) **Declarar que la República Portuguesa ha incumplido las obligaciones que le incumben, al no haber adaptado su Derecho interno al artículo 4 *quinquies* de la Directiva 90/388/CEE de la Comisión, de 28 de junio de 1990, relativa a la competencia en los mercados de servicios de telecomunicaciones, en su versión modificada por la Directiva 96/19/CE de la Comisión, de 13 de marzo de 1996.**

- 2) **Condenar en costas a la República Portuguesa.**

Firmas.