

El soft law comunitario en materia de telecomunicaciones*

Rafael Gómez-Ferrer Rincón

Doctor en Derecho. Universidad Complutense

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
 - II. EL PROBLEMA: CONSEGUIR LA APLICACIÓN COHERENTE DEL DERECHO COMUNITARIO POR LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES EN LO RELATIVO A LA DETERMINACIÓN DE LOS MERCADOS RELEVANTES DE TELECOMUNICACIONES Y DE LOS OPERADORES CON PESO SIGNIFICATIVO DE MERCADO
 - III. LA SOLUCIÓN: TÉCNICAS DESTINADAS A GARANTIZAR LA COHERENCIA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO POR LOS ESTADOS MIEMBROS—1. *Formulación de Directrices y Recomendaciones por la Comisión Europea que deberán ser tenidas en cuenta por las Administraciones nacionales en la mayor medida posible*—2. *Intervención de la Comisión y de los Estados miembros en los procedimientos tramitados por uno de éstos con la finalidad de formular observaciones que deberán ser tenidas en cuenta en la mayor medida posible*—3. *Intervención de la Comisión en los procedimientos tramitados por uno de los Estados miembros con potestades decisorias*
 - IV. ALGUNOS INTERROGANTES
 - V. EFECTOS DE LA RECOMENDACIÓN SOBRE MERCADOS PERTINENTES Y DE LAS DIRECTRICES DE ANÁLISIS DE MERCADO EN RELACIÓN CON LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES
 - VI. EFECTOS DE LA RECOMENDACIÓN SOBRE MERCADOS PERTINENTES Y DE LAS DIRECTRICES DE ANÁLISIS DE MERCADO EN RELACION CON LOS PARTICULARES.
-

* Este trabajo se ha realizado en el marco del Programa de Investigación «Aspectos jurídicos de la liberalización económica y la introducción de la competencia», dirigido por el Prof. Dr. Tomás Ramón Fernández Rodríguez, Ref. SEC 2001/1184.

I. INTRODUCCIÓN

Hace algo más de dos años, R. ALONSO GARCÍA publicaba en la Revista de Administración Pública un destacado e innovador trabajo en el que ponía de manifiesto la importancia del soft law comunitario como «fenómeno que presenta las características del Derecho en cuanto a su pretendido efecto de influenciar en el deseo y de restringir la libertad de aquellos a quienes el soft law se dirige, pero que al ser mencionado produce la sensación de que algo falta en la naturaleza jurídica o vinculante del Derecho tal y como lo conocemos en la vida cotidiana»¹.

Quienes hemos estudiado la intervención comunitaria en el sector de las telecomunicaciones durante esta última década, podemos adherirnos a su tesis y confirmar decididamente dicha importancia. Ejemplo destacado de cuanto se afirma es la Recomendación de la Comisión de 8 de enero de 1998 sobre la interconexión en un mercado de las telecomunicaciones liberalizado (Parte I-Las tarifas de interconexión)². En esta Recomendación la Comisión se ocupó de uno de los grandes problemas (si no del «gran problema») que presenta el tránsito del monopolio a la libre competencia en este sector: la determinación del precio que los nuevos operadores han de satisfacer al operador histórico por la utilización de sus redes de telecomunicaciones. En ella, sostuvo que los costes de interconexión debían calcularse sobre la base de los costes incrementales medios a largo plazo prospectivos (Forward Looking Long Run Average Incremental Cost) descartando así la aplicación de otros métodos propuestos por la doctrina norteamericana que hubieran resultado más favorables para los operadores históricos (como por ejemplo la denominada Regla de Tarifación Eficiente de Componentes o Efficient Component Pricing Rule)³. El artículo 13 del Real Decreto 1651/1998, de 24 de junio⁴, en la medida en que sigue la Recomendación comunitaria en esta materia, confirma su importancia.

¹ R. ALONSO GARCÍA: «El soft law comunitario», RAP núm. 154, enero-abril 2001, recogiendo la definición de TAMMES: *Soft law, International and Comparative Law in Honour of Judge Erades*, Edit. Martinus Nijhoff, La Haya, 1983, pg. 187.

² DOCE L 73 de 12 de marzo de 1998. Cfr. también la Comunicación de la Comisión sobre la tarificación de la interconexión en un mercado de telecomunicaciones liberalizado, DOCE L 84 de 19 de marzo de 1998.

³ Sistema defendido vivamente en un intenso debate por J. G. SIDA y D. F. SPULBER: *Deregulatory Takings and the Regulatory Contract*, Cambridge University Press, 1998. Sobre la importancia de la cuestión puede verse mi libro *La transición a la competencia: sus costes y sus posibles compensaciones*, Marcial Pons e INAP, Madrid, 2003.

⁴ Real Decreto por el que se aprobó el Reglamento de desarrollo del Título II de la Ley General de Telecomunicaciones relativo a la interconexión y el acceso a las redes públicas y a la numeración.

Gran relevancia tuvo también la Recomendación de la Comisión de 25 de mayo de 2000 sobre el acceso desglosado al bucle local: prestación competitiva de una amplia gama de servicios de comunicaciones electrónicas, incluidos los multimedia de banda ancha y los servicios de Internet a alta velocidad⁵. Se trataba en este caso también de un tema polémico. Y ello porque el acceso desagregado al bucle local es una medida de regulación muy beligerante y de gran incidencia sobre la situación jurídica y económica del operador histórico del mercado de la telefonía fija, en la medida en que permite a los nuevos operadores el uso –incluso exclusivo– de aquella parte de la red telefónica fija del operador histórico cuya duplicación requeriría una mayor inversión por parte de aquellos operadores y en la que se asienta en gran medida la posición del dominio que aquél ocupa en el mercado: el bucle de abonado o conjunto de elementos de la red telefónica fija que conectan a un abonado en la central local de la que depende⁶. En este caso, el Gobierno español tampoco dudó en seguir la Recomendación comunitaria y así el Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio⁷, dispuso en su artículo 2 la apertura del bucle de abonado a partir de enero del año 2001. Resulta asimismo interesante destacar cómo posteriormente se aprobaría el Reglamento 2887/2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre acceso desagregado al bucle local, lo que confirma la tesis de R. ALONSO GARCÍA de que una de las funciones del soft law es la de actuar como avance del hard law⁸.

Los ejemplos expuestos son muestra suficiente de la importancia de las Recomendaciones, y del soft law en general, en la intervención comunitaria en el sector de las telecomunicaciones.

Pues bien, la nueva regulación de las telecomunicaciones nos sitúa ante la necesidad de profundizar en el análisis jurídico de este fenómeno. Se trata de un debate que ha estado latente detrás de la incesante y numerosísima intervención comunitaria en el sector⁹ y que hoy se nos presenta ya con cierta claridad. En efecto, una primera aproximación al tema exige referirse al artículo 10 de la Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones. En dicho precepto se establece que la Comisión del Mercado

⁵ DOCE L 156 de 29 de junio de 2000. También la Comunicación de la Comisión del mismo título publicada en el DOCE C 272 de 23 de septiembre de 2000.

⁶ Muestra de que se trata de un tema controvertido son los Comentarios al documento de trabajo de la Dirección General de la Sociedad de la Información de la Comisión Europea sobre el acceso al bucle de abonado que TELEFÓNICA formuló ante la propia Comisión Europea en 3 de marzo de 2000 y que pueden encontrarse en la siguiente página web: <http://europa.eu.int/ISPO/infosoc/telecompolicy/unbundall/Telefonica-es.htm>.

⁷ Real Decreto-ley 7/2000, de 23 de junio, de medidas urgentes en el sector de las telecomunicaciones.

⁸ R. ALONSO GARCÍA: «El soft law...», pgs. 74 y 75.

⁹ Tal y como demuestra, por ejemplo, el trabajo de J. M. DE LA CUÉTARA: «Las normas “recomendadas”, ¿una fisura en el principio de legalidad?», REDETI núm. 2, septiembre 1998.

de las Telecomunicaciones definirá mediante resolución los mercados de referencia relativos a las redes y servicios de comunicaciones electrónicas y que, asimismo, analizará dichos mercados como mínimo cada dos años con el fin de determinar si se desarrollan en un entorno de competencia efectiva. Ahora bien, y esto es lo relevante, el precepto dispone que la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones dictará dicha resolución teniendo en cuenta las Directrices de la Comisión Europea para el análisis de mercados y determinación de operadores con peso significativo en el mercado¹⁰, así como la Recomendación de Mercados Relevantes¹¹; y, asimismo, que el análisis de los mercados de referencia se realizará teniendo en cuenta aquellas Directrices.

La previsión de este precepto nos sitúa frontalmente ante la necesidad de clarificar cuál es la eficacia que debe darse a las Directrices y a la Recomendación de la Comisión en una cuestión tan relevante –como ahora mismo destacaremos– como es la determinación de cuáles son los mercados de referencia del sector y de si existe o no competencia efectiva en los mismos; eficacia que la Ley parece sintetizar en la expresión «tener en cuenta». Tras esta pregunta, se esconde además el interesante problema relativo a la aplicación administrativa del Derecho comunitario por los Estados miembros y, en concreto, el relativo al empleo de técnicas destinadas a garantizar la coherencia en dicha aplicación.

II. EL PROBLEMA: CONSEGUIR LA APLICACIÓN COHERENTE DEL DERECHO COMUNITARIO POR LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES EN LO RELATIVO A LA DETERMINACIÓN DE LOS MERCADOS RELEVANTES DE TELECOMUNICACIONES Y DE LOS OPERADORES CON PESO SIGNIFICATIVO DE MERCADO

1.–Asistimos desde hace algunos años, y hoy todavía, a lo que se ha denominado como la liberalización de los servicios públicos. Entendemos por tal la eliminación de la reserva que en favor del sector público existía sobre determinadas actividades y su sustitución por un régimen de libertad de empresa donde impera como principio general el del libre acceso al mercado. La liberalización ha afectado fundamentalmente a los denominados servicios públicos económicos y, dentro de éstos, al de las telecomunicaciones.

¹⁰ Directrices de la Comisión sobre análisis del mercado y evaluación del peso significativo en el mercado dentro del marco regulador comunitario de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas de 11 de julio de 2002, DOCE C 165.

¹¹ Recomendación de la Comisión de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de una regulación «ex ante» de conformidad con la Directiva 2002/21, Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DOCE L 114 de 8 de mayo de 2003.

2.–La liberalización ha planteado, y está planteando, algunos problemas importantes. Uno de los más relevantes es el de cómo conseguir que exista competencia efectiva en los mercados liberalizados y ello, lógicamente, por la posición de dominio que en dichos mercados ocupan los operadores históricos. Surge así, tras la liberalización, una etapa de transición a la competencia donde la intervención de los poderes públicos es intensa y beligerante con el fin de permitir la competencia en condiciones de igualdad entre los antiguos gestores y los nuevos operadores.

3.–A este objetivo de permitir la competencia en condiciones de igualdad respondía el anterior marco regulador de las telecomunicaciones, cuyo máximo exponente en el Derecho nacional era la Ley 11/1998, de 24 de abril, General de Telecomunicaciones (en adelante, «LGT de 1998»). La técnica fundamental que se articuló con esta finalidad fue la de sujetar a los operadores dominantes en ciertos mercados a un determinado régimen jurídico; régimen jurídico del operador dominante que daba lugar a una regulación asimétrica, en el sentido que se imponía únicamente sobre estos operadores.

Lo que en este momento interesa destacar es que bajo tal marco regulador era la propia norma la que definía con precisión cuáles eran los mercados en que debía analizarse si existía o no un operador dominante, cuáles eran los criterios para determinar si existía o no dicho dominio y cuál era el régimen jurídico que acompañaba a dicha declaración.

Así, el Real Decreto 1651/1998 –relativo a la interconexión, acceso y numeración– estableció en su artículo 3 los siguientes mercados de referencia: redes públicas telefónicas fijas y servicios telefónicos fijos disponibles al público; redes públicas telefónicas móviles y servicios de telefonía móvil automática y de comunicaciones móviles personales disponibles al público; líneas susceptibles de arrendamiento; servicio de interconexión. Asimismo, el artículo 23 de la LGT de 1998 establecía cuáles eran los criterios para considerar a un operador dominante, considerando como tales con carácter general a aquellos operadores que en un determinado ámbito territorial hubieran obtenido en el año inmediatamente anterior una cuota de mercado superior al 25 por 100 de los ingresos brutos globales generados por la utilización de las redes o por la prestación de los servicios. Y, en definitiva, eran las propias normas las que establecían cuáles eran las obligaciones a las que debía sujetarse a los operadores dominantes. Resulta imposible e innecesario exponer en este trabajo el régimen jurídico del operador dominante. No obstante, sí resulta interesante destacar a título ejemplificativo cómo algunas de las obligaciones de mayor trascendencia económica que se imponían sobre el operador dominante en el mercado de la telefonía fija eran la de orientar sus precios de interconexión a costes, la de facilitar el acceso al bucle de abonado orientando también los precios de dicho acceso

a costes y, en general, la de sujetar los precios de sus servicios a un determinado marco regulatorio en materia de precios¹².

4.-La nueva regulación de las telecomunicaciones, cuyos máximos exponentes son la Directiva 2002/21, de 27 de marzo, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva Marco)¹³, y La Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones, cambia esta situación.

El regulador vislumbra ya el final de la etapa de transición a la competencia; prevé cercano el momento en que los mercados de telecomunicaciones podrán funcionar de forma competitiva y en que, por tanto, no será ya necesaria una regulación específica para permitir la competencia en condiciones de igualdad, quedando dichos mercados sujetos únicamente a las normas de Derecho de la competencia.

De ahí que la nueva regulación del sector de las telecomunicaciones sea más flexible en esta etapa final de transición a la competencia, buscando que sea posible adecuar el grado de intervención pública al grado de competencia que exista en cada uno de los mercados ya existentes o que pudieran surgir en el futuro como consecuencia de la convergencia entre telecomunicaciones, audiovisual e informática.

Esta búsqueda de flexibilidad tiene como consecuencia un cambio en las técnicas de intervención en el mercado. Ya no es la norma la que rígidamente determina los mercados en que deben buscarse posibles operadores dominantes, ni los criterios que deben ser empleados para determinar dicho dominio, ni tampoco el régimen jurídico que lleva aparejado dicha declaración. Por el contrario serán las Administraciones de cada uno de los Estados miembros las que determinen cuáles son los mercados existentes en el sector de las telecomunicaciones electrónicas, qué operadores tienen peso significativo en el mercado y cuáles deben ser las obligaciones que se impongan a esta clase de operadores.

5.-El problema que plantea esta amplia flexibilidad que se otorga a las Administraciones nacionales es el de garantizar la coherencia en la aplicación de la nueva regulación comunitaria en cada uno de los Estados miembros. Se trata de una preocupación que late con fuerza en las nuevas Directivas y que no es gratuita. En efecto, bajo esta preocupación formal por la coherencia se esconde un tema de mayor calado; y es que, en el fondo, lo que verdaderamente preocupa al regulador comunitario es que las decisiones

¹² Sobre esa última cuestión, véase la disposición transitoria cuarta de la LGT de 1998 y la Orden de 31 de julio de 2000 por la que se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos de 27 de julio de 2000, por la que se establece que nuevo marco regulatorio de precios para los servicios prestados por «Telefónica de España, Sociedad Anónima Unipersonal», así como sus modificaciones posteriores por Orden de 10 de mayo de 2001, Orden de 12 de diciembre de 2002 y Orden de 5 de noviembre de 2003.

¹³ DOCE L 108 de 24 de abril de 2002.

que adopten las Administraciones nacionales en aplicación de la nueva regulación puedan afectar a los intercambios entre los Estados miembros creando una barrera al mercado interior.

6.–Pues bien, con el fin de garantizar la actuación coherente de las Administraciones, la nueva regulación del sector ha diseñado un conjunto de técnicas que pasamos a exponer.

III. LA SOLUCIÓN: TÉCNICAS DESTINADAS A GARANTIZAR LA COHERENCIA EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO COMUNITARIO POR LOS ESTADOS MIEMBROS

Como acabamos de señalar, la nueva regulación comunitaria contiene un conjunto de técnicas destinadas a garantizar la coherencia en la aplicación del Derecho comunitario por los Estados miembros. A ello se refiere con claridad el artículo 1 de la Directiva 2002/21 al señalar que «La presente Directiva (...) instaura una serie de procedimientos para garantizar la aplicación armonizada del marco regulador en toda la Comunidad».

Sin perjuicio de las medidas de suministro, intercambio y publicación de información establecidas en los artículos 5, 23 y 21 de la propia Directiva 2002/21, nos interesa referirnos especialmente a las siguientes:

1. **Formulación de Directrices y Recomendaciones por la Comisión Europea que deberán ser tenidas en cuenta por las Administraciones nacionales en la mayor medida posible**

Hemos visto cómo uno de los ámbitos en que las Administraciones nacionales gozan de una amplia flexibilidad es en la determinación de cuáles son los mercados existentes en el amplio sector de las telecomunicaciones y en la determinación de qué operadores debe considerarse que tienen un peso significativo en dichos mercados.

Y ello es efectivamente así, porque los criterios materiales que a tal fin se recogen en la Directiva 2002/21 son bien pocos. Básicamente, se dispone que la determinación de los mercados y la calificación de los operadores deberá hacerse de conformidad con los principios de Derecho de la competencia. Asimismo, el Anexo I de la Directiva enumera una serie de mercados de comunicaciones electrónicas. No obstante, parece que no nos encontramos sino ante un punto de partida en la determinación de cuáles sean los mercados pertinentes desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Y es que, como señala la Comisión, estamos más bien ante «áreas de mercado» que, de conformidad con los principios de Derecho de la competencia, son susceptibles de dar lugar a diversos mercados¹⁴.

¹⁴ Recomendación de la Comisión de 11 de febrero de 2003, relativa a los mercados pertinentes de productos y servicios dentro del sector de las comunicaciones electrónicas que pueden ser objeto de una regulación «ex ante» de conformidad con la Directiva 2002/21.

Asimismo, el artículo 14 de la Directiva define lo que debe entenderse como operador con peso significativo en el mercado en términos abstractos y de conformidad con aquellos principios. En este sentido, señala que una empresa tendrá dicho peso si, individual o conjuntamente con otras, disfruta de una posición equivalente a una posición dominante, es decir, una posición de fuerza económica que permite que su comportamiento sea, en medida apreciable, independiente de los competidores, los clientes y los consumidores. Como complemento de esta definición, la Directiva contiene en su Anexo II determinados criterios que permiten evaluar si existe o no una posición dominante conjunta.

A pesar de lo reducido de estos criterios, y con la finalidad de garantizar la coherencia en la aplicación de la regulación comunitaria, la Directiva recurre a la siguiente técnica:

–Establece que la Comisión adoptará una Recomendación sobre mercados pertinentes de productos y servicios en el sector de las comunicaciones electrónicas cuyas características pueden justificar la imposición de obligaciones regulatorias (artículo 15.1 de la Directiva 2002/21).

–Establece que la Comisión publicará unas Directrices de análisis de mercado y evaluación de peso significativo en el mercado (artículo 15.2 de la Directiva 2002/21).

–Establece que la Autoridades Nacionales de Reglamentación, *teniendo en cuenta en la mayor medida posible la Recomendación y las Directrices*, definirán los mercados pertinentes apropiados a las circunstancias nacionales, y en particular los mercados geográficos pertinentes dentro de su territorio, con arreglo a los principios del Derecho de la competencia (artículo 15.3 de la Directiva 2002/21).

–Establece que lo antes posible tras la adopción de la Recomendación o de cualquier actualización de la misma, las Autoridades Nacionales de Reglamentación efectuarán un análisis de los mercados pertinentes, *teniendo en cuenta las Directrices en la mayor medida posible* (artículo 16.1 de la Directiva 2002/21).

2. Intervención de la Comisión y de los Estados miembros en los procedimientos tramitados por uno de éstos con la finalidad de formular observaciones que deberán ser tenidas en cuenta en la mayor medida posible

Junto a la técnica a que nos acabamos de referir, la Directiva 2002/21 contiene otra destinada a fomentar la coherencia en la aplicación de la nueva regulación comunitaria por los Estados miembros. Así, el artículo 7 de la Directiva a que nos estamos refiriendo establece la intervención de la Comisión y de los Estados miembros en los procedimientos que está tramitando uno de éstos, con la finalidad de formular observaciones en los siguientes términos:

–Cuando una Autoridad Nacional de Reglamentación tenga la intención de adoptar una medida que entre en el ámbito de los artículos 15 ó 16 de la presente Directiva [procedimiento de definición de mercado y procedimiento de análisis de mercado], de los artículos 5 a 8 de la Directiva 2002/19¹⁵ [relativos a la imposición de obligaciones a los operadores, y, en particular, a los operadores con poder significativo de mercado en el ámbito de la interconexión y el acceso] o del artículo 16 de la Directiva 2002/22¹⁶ [relativo a la revisión de las obligaciones impuestas a los operadores con poder significativo de mercado en el ámbito del servicio universal]

–y que puedan tener repercusiones en los intercambios entre Estados miembros,

–pondrá el proyecto de medida a disposición de la Comisión y de las Autoridades Nacionales de Reglamentación de los otros Estados miembros, así como las motivaciones del mismo, e informará de ello a la Comisión y a las otras Autoridades Nacionales de Reglamentación.

–Las Autoridades Nacionales de Reglamentación y la Comisión podrán presentar observaciones a la Autoridad Nacional de Reglamentación interesada en el plazo de un mes –con carácter general–; plazo que no podrá prorrogarse.

–La Autoridad Nacional de Reglamentación tendrá en cuenta en la mayor medida posible las observaciones de otras Autoridades Nacionales de Reglamentación y de la Comisión, pudiendo adoptar el proyecto de medidas resultante –salvo en un determinado supuesto al que inmediatamente nos referimos– en cuyo caso lo comunicará a la Comisión.

3. Intervención de la Comisión en los procedimientos tramitados por uno de los Estados miembros con potestades decisorias

El propio artículo 7 de la Directiva 2002/21 regula un determinado supuesto en que la intervención de la Comisión en los procedimientos tramitados por los Estados miembros no se reduce a la formulación de observaciones, sino que se atribuyen a la Comisión potestades decisorias:

–Cuando la medida que pretende adoptar la Autoridad Nacional de Reglamentación tenga por objeto definir un mercado pertinente diferente de los que figuran en la Recomendación de la Comisión sobre mercados pertinentes de productos y servicios en el sector de las comunicaciones electrónicas, o decidir si conviene o no designar a una empresa como poseedora, indivi-

¹⁵ Directiva 2002/19, de 7 de marzo de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso), DOCE L 108 de 24 de abril de 2002.

¹⁶ Directiva 2002/22, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), DOCE L 108 de 24 de abril de 2002.

dualizadamente o junto a otras empresas, de un peso significativo en el mercado

–y pueda tener repercusiones en los intercambios entre los Estados miembros

–y la Comisión haya indicado a la Autoridad Nacional de Reglamentación que considera que el proyecto de medida podría obstaculizar el mercado interior o alberga serias dudas en cuanto a su compatibilidad con el Derecho comunitario y, en particular, con los objetivos enumerados en el artículo 8 de la propia Directiva 2002/21 [fomento de la competencia, desarrollo del mercado interior y promoción de los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea]

–el proyecto de medida no se adoptará hasta que no transcurran otros dos meses. Este plazo no podrá prorrogarse.

–Dentro de este plazo, la Comisión podrá adoptar una Decisión por la que se inste a la Autoridad Nacional de Reglamentación a que retire el proyecto. Esta Decisión estará acompañada de un análisis detallado y objetivo de las razones por las que la Comisión considera que el proyecto de medida no debe adoptarse, junto con propuestas específicas de modificación del proyecto de medida.

–En este caso, las Autoridad Nacional de Reglamentación no podrá adoptar el proyecto de medida.

Pero no es únicamente el artículo 7 de la Directiva 2002/21 el que regula un determinado supuesto en que la Comisión Europea interviene en el procedimiento tramitado por una Administración nacional ejercitando potestades decisorias. A este caso debe añadirse el previsto en el artículo 8.3 de la Directiva 2002/19, de 7 de marzo de 2002, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva acceso).

En efecto, ya hemos señalado cómo junto a la determinación de los mercados pertinentes en el sector de las telecomunicaciones y a la determinación de los operadores con peso significativo en dichos mercados, un segundo campo en el que las Administraciones nacionales gozaban de un amplia flexibilidad en la aplicación de la nueva regulación comunitaria de telecomunicaciones era la determinación de qué obligaciones había de imponerse a dichos operadores.

Los criterios materiales a los que la regulación sujeta la actuación de las Administraciones nacionales vuelven a ser bien pocos. Están contenidos en la Directiva 2002/19 –a que nos acabamos de referir– y en la Directiva 2002/22, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal). Junto algún criterio específico aislado, es posible afirmar que la regulación comunitaria establece básicamente cuáles son las obligaciones que resulta posible

imponer a los operadores con peso significativo en el mercado, correspondiendo a las Administraciones nacionales decidir cuáles de ellas imponen con sujeción únicamente al principio de proporcionalidad.

Así las cosas, podría plantearse un problema en el caso de que la Administración nacional considerara necesario adoptar alguna medida no prevista en la correspondiente Directiva; caso con relación al cual la Directiva 2002/19 establece, en su artículo 8.3, que:

–En circunstancias excepcionales,

–cuando una Autoridad Nacional de Reglamentación tenga la intención de imponer a los operadores con peso significativo en el mercado obligaciones en materia de acceso o de interconexión distintas de las establecidas en los artículos 9 a 13 de la presente Directiva [obligación de transparencia, de no discriminación, de mantener cuentas separadas, relativas al acceso a recursos específicos de las redes y a su utilización, de control de precios y contabilidad de costes]

–lo solicitará a la Comisión. Ésta adoptará una Decisión por la que autorice o impida a la Autoridad Nacional de Reglamentación tomar tales medidas.

IV. ALGUNOS INTERROGANTES

La técnica que hemos expuesto en segundo lugar –intervención de la Comisión y de los Estados miembros en los procedimientos tramitados por uno de éstos con la finalidad de formular observaciones que deberán ser tenidas en cuenta en la mayor medida posible– ha sido bien estudiada con carácter general por A. M. MORENO MOLINA¹⁷. Nos interesa, por ello, centrarnos especialmente en las técnicas expuestas en primer y tercer lugar –formulación de Directrices y Recomendaciones por la Comisión Europea que deberán ser tenidas en cuenta por las Administraciones nacionales en la mayor medida posible; intervención de la Comisión en los procedimientos tramitados por uno de los Estados miembros con potestades decisorias– donde se plantean no pocas cuestiones del mayor interés:

–¿Qué significa que las Autoridades Nacionales deberán tener en cuenta las Directrices y Recomendación en la mayor medida posible para determinar cuáles son los mercados pertinentes y qué operadores tienen peso significativo en dichos mercados? O, en términos alternativos, ¿cuáles son los efectos de las Directrices y de la Recomendación frente a los Estados miembros? ¿Son acaso efectos jurídicos? ¿Son efectos vinculantes? ¿Estamos en este caso ante una técnica de coordinación forzosa? Además de por la ambigüedad de la expresión «serán tenidas en cuenta en la mayor medida posible», la duda surge por el elevado grado de imperatividad con que están redactadas las Directrices, cuya primera frase dice literalmente que «Las presentes Di-

¹⁷ A. M. MORENO MOLINA: *La ejecución administrativa del Derecho Comunitario*, Marcial Pons, Madrid, 1998, pg. 76 y ss.

rectrices establecen los principios que *deberán* usar las autoridades nacionales de reglamentación (ANR) para el análisis de los mercados y de la competencia efectiva dentro del nuevo marco regulador de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas».

—¿Es posible que las Directrices tengan efectos vinculantes frente a los Estados miembros? Y, si no es así, ¿es posible impugnar dichas Directrices por estar redactadas en términos imperativos? ¿Ante quién? ¿Qué consecuencias pueden derivarse del hecho de que las Autoridades Nacionales de Reglamentación no tengan en cuenta las Directrices y la Recomendación en la mayor medida posible?

—¿Cuáles son los efectos que las Directrices y Recomendación tienen frente a los particulares y los jueces nacionales? ¿Pueden los particulares invocar dichos instrumentos ante los jueces nacionales? ¿Tienen éstos la obligación de aplicarlos? Se trata de una cuestión de especial relevancia, dada la importancia del tema en términos económicos y de regulación de mercados, en el caso de que pudiera interponerse un recurso contra las resoluciones de la Administración española —en este caso de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones— en las que se determinen los mercados pertinentes de telecomunicaciones, los operadores con peso significativo de mercado y se adopten medidas en relación con dichos operadores.

—En cuanto a la intervención de la Comisión en los procedimientos tramitados por uno de los Estados miembros con potestades decisorias surgen las siguientes cuestiones: ¿Estamos en un supuesto de control de la actividad de los Estados miembros? ¿Es un supuesto de control de legalidad o también de oportunidad? ¿Es posible recurrir la decisión que adopte la Comisión Europea?

V. EFECTOS DE LA RECOMENDACIÓN SOBRE MERCADOS PERTINENTES Y DE LAS DIRECTRICES DE ANÁLISIS DE MERCADO EN RELACIÓN CON LAS ADMINISTRACIONES NACIONALES

1.—De conformidad con el planteamiento que hemos realizado pasamos a estudiar cuáles son los efectos de la Recomendación sobre mercados pertinentes de productos y servicios en el sector de las comunicaciones electrónicas y de las Directrices de análisis de mercado y evaluación de peso significativo de mercado en relación con los Estados miembros.

2.—Tal y como ya hemos expuesto, la Directiva 2002/21 reconduce dicho efecto a que las Autoridades Nacionales de Reglamentación habrán de tener en cuenta en la mayor medida posible la Recomendación y las Directrices al definir los mercados pertinentes de comunicaciones electrónicas, así como a que dichas Autoridades habrán de tener también en cuenta en la mayor medida posible las Directrices al analizar dichos mercados.

3.—La primera cuestión que procede formularse es si la Recomendación y

las Directrices vinculan a las Administraciones nacionales en su actuación. La respuesta en relación con la Recomendación parece clara a tenor de lo dispuesto en el artículo 249 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea de 25 de marzo de 1957 (en adelante, «TCE») en el que se establece que las recomendaciones no serán vinculantes.

Sin embargo, el tema no es tan evidente en relación con las Directrices. En efecto, cabe afirmar con carácter general que la figura de las Directrices tiene en nuestro Derecho naturaleza vinculante cuando opera en relaciones interadministrativas. Así se deriva de la legislación y así lo ha puesto de manifiesto la doctrina que se ha ocupado del tema¹⁸.

¹⁸ En el Derecho Urbanístico se ha plasmado muy bien la naturaleza vinculante de las Directrices. Así, el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana regulaba –y regula– en sus artículos 8 y 9 la figura de los Planes Directores Territoriales de Coordinación. Estos planes establecerán «de conformidad con los principios del Plan Nacional de Ordenación y de la Planificación Económica y Social y las exigencias del desarrollo regional, las directrices para la ordenación del territorio, el marco físico en que han de desarrollarse las previsiones del Plan y el modelo territorial en que han de coordinarse los Planes y Normas a que afecte»; señalando específicamente que «las determinaciones de los Planes Directores Territoriales de Coordinación vincularán a la Administración y a los particulares». Esta figura fue ya estudiada por E. GARCÍA DE ENTERRÍA y L. PAREJO ALFONSO: *Lecciones de Derecho Urbanístico*, vol. I, Civitas, Madrid, 1979, pg. 222 y ss. Por su parte, F. LÓPEZ RAMÓN: *Estudios jurídicos sobre ordenación del territorio*, Aranzadi, Navarra, 1995, pg. 105 y ss., estudió la figura de las Directrices de Ordenación Territorial en la Ley 10/1984, de 30 de mayo, sobre Ordenación Territorial de la Comunidad Autónoma de Madrid y, en concreto, su carácter vinculante que se afirmaba tajantemente en el artículo 11 de la Ley. También se ocupa de esta Ley P. MENÉNDEZ: *Las potestades administrativas de dirección y coordinación territorial*, Civitas, Madrid, 1993, pg. 263 y ss.; excelente libro donde se estudia con carácter general la figura de la Directriz. En cuanto a la reciente legislación urbanística dictada por las Comunidades Autónomas, resulta de especial interés –por lo clarificadora de la misma– traer a colación lo dispuesto en el artículo 15 del Real Decreto Legislativo 1/2000, de 8 de mayo, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Leyes de Ordenación del Territorio de Canarias y de Espacios Naturales de Canarias. En dicho precepto se recoge una importante distinción entre normas vinculantes de aplicación directa, normas vinculantes que no son de aplicación directa, y meras recomendaciones. Todo ello en los siguientes términos: «Las Directrices de Ordenación establecerán las determinaciones precisas para el cumplimiento de su objeto, con precisión de las que tengan carácter de: a) Normas de aplicación directa, que serán de inmediato y obligado cumplimiento por las Administraciones y los particulares; b) Normas directivas de obligado cumplimiento por la Administración y los particulares, cuya aplicación requiere su previo desarrollo por el pertinente instrumento de ordenación de los recursos naturales, territorial o urbanística o, en su caso, disposición administrativa; c) Recomendaciones, que tendrán carácter orientativo para las Administraciones y particulares y que cuando no sean asumidas deberán ser objeto de expresa justificación». Téngase en cuenta, además, que el Derecho comunitario conoce las directrices «ad intra» que, como ha puesto de manifiesto R. ALONSO GARCÍA: «El soft law...», pg. 65, están destinadas esencialmente a presidir «ad intra» el funcionamiento del aparato institucional comunitario y a sentar, en su caso, reglas de juego interinstitucionales. Y así se refiere a los artículos 133 y 300 del TCE (la Comisión negociará los acuerdos con terceros Estados u organizaciones internacionales «en el marco de las directrices que el Consejo pueda dirigirle» y «de acuerdo con las directrices que el Consejo pueda marcarle»).

Y este carácter vinculante es el que parece que se desprende del tono marcadamente imperativo con que están redactadas dichas Directrices. Así, ya hemos hecho referencia a su primer párrafo en el que se establece que «Las presentes Directrices establecen los principios que *deberán* usar las autoridades nacionales de reglamentación (ANR) para el análisis de los mercados y de la competencia efectiva dentro del nuevo marco regulador de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas». O, puede también traerse a colación su punto 12 en el que se afirma que «Al publicar estas Directrices, la Comisión pretende asimismo explicar a las partes interesadas y a las empresas que operan en el sector de las comunicaciones electrónicas cómo *deben* llevar a cabo las ANR sus evaluaciones del PSM [poder significativo de mercado] con arreglo a la Directiva marco, maximizando así la transparencia y seguridad jurídica en la aplicación de la legislación sectorial».

No obstante, dicho tono imperativo y los efectos jurídicos vinculantes que en principio parecen desprenderse del mismo no casan adecuadamente con el efecto previsto en la Directiva 2002/21 que únicamente dispone que «serán tenidas en cuenta en la mayor medida posible». Ni tampoco con otras afirmaciones contenidas en las propias Directrices, como la de su punto 6 donde se establece que «El objeto de las presentes Directrices es *orientar* a las ANR en el ejercicio de sus nuevas responsabilidades de definición de mercados y evaluación del PSM».

El debate está planteado: ¿tienen carácter vinculante las Directrices de análisis de mercado y evaluación de peso significativo en el mercado? Creo que este interrogante se clarifica bastante si analizamos el procedimiento de elaboración de la Directiva 2002/21; análisis que pasamos a realizar.

4.-Debe tenerse en cuenta que la Directiva 2002/21 ha sido adoptada en virtud del procedimiento de codecisión regulado en el artículo 251 del TCE. Los hitos más relevantes de dicho procedimiento a los efectos de nuestro estudio son lo que se relatan resumidamente a continuación:

A.-Podemos referirnos en primer lugar a la propuesta de Directiva presentada por la Comisión en 12 de julio de 2000. En el artículo 14 de dicha propuesta, a diferencia de la redacción actual, se establecía que la Comisión emitiría una *Decisión* sobre mercados de productos y servicios pertinentes dirigida a los Estados miembros. Hemos señalado cómo de conformidad con el artículo 249 del TCE la recomendación no tiene efectos vinculantes; por el contrario, la decisión que debía adoptar la Comisión en la propuesta original de lo que luego sería la Directiva 2002/21 sería obligatoria en todos sus elementos de conformidad con el mismo precepto del Tratado. Y ello se manifestaba en que las Autoridades Nacionales de Reglamentación debían solicitar y recibir la autorización previa de la Comisión para utilizar definiciones de mercado distintas de las contenidas en la Decisión y para imponer obligaciones reglamentarias sectoriales en mercados distintos de los enumerados en la Decisión.

En el referido artículo 14 de la propuesta se establecía que la Comisión

publicaría unas Directrices sobre análisis del mercado y cálculo de peso significativo en el mercado. Y que las Autoridades Nacionales de Reglamentación efectuarían un análisis de los mercados de productos y servicios enumerados en la Decisión, «*de conformidad con las Directrices*». Por tanto, la propuesta de la Comisión difería significativamente de la redacción actual en la que se dispone que dicho análisis se realizará «*teniendo en cuenta en la mayor medida posible lo establecido en las Directrices*».

Resulta a estos efectos relevante destacar que la Comisión elaboró un proyecto de Directrices en 28 de marzo de 2001 –tras la primera lectura por el Parlamento Europeo en 1 de marzo de 2001–. Dicho proyecto estaba desde luego redactado en tono imperativo. Así, comenzaba afirmando que «Las presentes Directrices establecen los principios que deberán usar las autoridades nacionales de reglamentación (ANR) para el análisis de la competencia efectiva (...)», o que «Las presentes Directrices serán aplicadas por las ANR en los mercados definidos en la Decisión de la Comisión (...)», o bien que «De conformidad con el apartado 2 del artículo 14 de la Directiva del marco regulador, las ANR deberán atenerse a las Directrices en sus análisis del mercado y al determinar cuáles son las empresas con peso significativo en el mercado». Por el contrario, no se incluía en dicho proyecto el apartado 6 de las Directrices finalmente aprobadas al que ya nos hemos referido y en que se establece que «El objetivo de las presentes Directrices es orientar a las ANR...».

B.–Tras la adopción por la Comisión de su propuesta modificada de Directiva en 4 de julio de 2001, el Consejo adoptó su Posición Común el 17 de septiembre de 2001. Nos interesa referirnos especialmente a ella.

En la Exposición de Motivos, el Consejo señala que al elaborar su Posición Común consideró necesario efectuar cambios con el fin de buscar un mejor equilibrio entre la necesaria flexibilidad para las Autoridades Nacionales de Reglamentación y la necesidad de un enfoque coherente de la Comunidad. En relación con el procedimiento de definición de mercado, el Consejo señala que consideró importante reforzar el papel de las Autoridades Nacionales de Reglamentación en el proceso de definición de los mercados pertinentes en su territorio debido a que todavía existen muchos mercados que primariamente tienen naturaleza nacional o regional.

Pues bien, dichos objetivos quedaron efectivamente reflejados en el texto del proyecto de Directiva. En concreto, en sus artículos 14 y 15 que, salvo modificaciones de detalle, constituirían la redacción definitiva de la Directiva. Así, se sustituyó la Decisión sobre mercados pertinentes que debía adoptar la Comisión por una Recomendación; se estableció que las Autoridades Nacionales de Reglamentación definirían los mercados pertinentes teniendo en cuenta en la mayor medida posible dicha Recomendación y las Directrices; y, por último, se estableció asimismo que las Autoridades Nacionales de Reglamentación efectuarían un análisis de los mercados pertinentes no ya de conformidad con las Directrices, sino teniendo en cuenta dichas Directrices en la mayor medida posible.

5.—A la luz de lo expuesto, podemos concluir sosteniendo que en la propuesta de Directiva en su momento presentada por la Comisión, la determinación de los mercados pertinentes de telecomunicaciones era competencia de la propia Comisión; competencia que se plasmaba en la adopción por ésta de la correspondiente Decisión.

También en la propuesta original de Directiva, las Directrices elaboradas por la Comisión vinculaban a las Autoridades Nacionales de Reglamentación en la determinación de qué operadores debían considerarse con peso significativo en dichos mercados pertinentes. Y ello, lógicamente, porque las Administraciones nacionales debían realizar dicho análisis de mercado «de conformidad» con lo dispuesto en las Directrices. Estábamos así ante una clara técnica de coordinación forzosa de las Administraciones nacionales en la aplicación del Derecho comunitario¹⁹. Hace algunos años, A. M. MORENO MOLINA se preguntaba si algún día se implantarían técnicas de dirección o de coordinación imperativa. Aquí hay un ejemplo —en principio fallido— de una de ellas. No obstante, parece posible concluir que resulta posible la adopción de este tipo de técnicas por una norma de derecho derivado, tal y como ya había intuido el propio autor a que nos acabamos de referir²⁰.

En la redacción de la Directiva finalmente aprobada, la competencia para determinar los mercados pertinentes de comunicaciones electrónicas pasa a los Estados miembros. La Decisión de la Comisión se sustituye por una Recomendación que las Autoridades Nacionales de reglamentación deberán tener en cuenta en la mayor medida posible, pero que no tiene efectos vinculantes frente a dichas autoridades. Es decir, al determinar cuáles son los mercados pertinentes de comunicaciones electrónicas las Administraciones nacionales no están obligadas a seguir lo dispuesto en la Recomendación.

Asimismo, en la Directiva finalmente aprobada las Directrices dejan de tener efecto jurídico vinculante, porque las Autoridades Nacionales de Reglamentación no analizarán los mercados de conformidad con las Directrices, sino únicamente teniéndolas en cuenta en la mayor medida posible. Es decir, al analizar los mercados pertinentes de comunicaciones electrónicas para determinar si existen operadores con peso significativo de mercado las Administraciones nacionales no están obligadas a seguir lo dispuesto en las Directrices.

6.—No estamos, por tanto, ante actos comunitarios de efectos vinculantes.

¹⁹ En relación con la coordinación pueden verse, por ejemplo y entre una literatura muy abundante sobre el tema, los trabajos de J. SUAYRINCÓN: «La competencia de coordinación,» en *La provincia en el sistema constitucional*, libro colectivo dirigido por R. GÓMEZ-FERRER MORANT, Civitas, Madrid, 1991, pg. 166 y ss.; M. SÁNCHEZ MORÓN: *La coordinación administrativa como concepto jurídico*, dentro del número monográfico de Documentación Administrativa dedicado al principio de coordinación, núms. 230-231, 1992, pg. 11 y ss.

²⁰ A. M. MORENO MOLINA: op. cit., pg. 92 y ss.

Ahora bien, ¿significa ello que estamos ante actos que carecen por completo de efectos jurídicos? ¿En qué queda la previsión comunitaria de que «serán tenidas en cuenta por las autoridades nacionales en la mayor medida posible»?

A.—A este respecto, parece que debe afirmarse que la previsión comunitaria a que nos referimos tiene como efecto que las Autoridades Nacionales de Reglamentación deban considerar en la mayor medida posible la Recomendación y las Directrices, de tal forma que si deciden no seguir lo que en ellas se establece deban motivar su postura. A este efecto se refiere el artículo 19 de la Directiva 2002/21, bajo la rúbrica «Medidas de armonización». En su apartado 1, establece que «Cuando la Comisión, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 22 (que se remite a los artículos 3 y 7 de la Decisión 1999/48 por la que se establecen los procedimientos para el ejercicio de competencias de ejecución atribuidas a la Comisión), formule recomendaciones a los Estados miembros relativas a la aplicación armonizada de las disposiciones de la presente Directiva y de las directrices específicas para alcanzar los objetivos establecidos en el artículo 8, los Estados miembros velarán por que las Autoridades Nacionales de Reglamentación tengan en cuenta en la máxima medida posible dichas recomendaciones en el cumplimiento de sus misiones. *Cuando una Autoridad Nacional de Reglamentación decida no seguir una recomendación, deberá informar de ello a la Comisión motivando su posición*».

B.—Estamos así ante una obligación jurídica que deriva con claridad de la Directiva 2002/21; pero que también podría derivar del principio de cooperación leal contenido en el artículo 10 del TCE. Y así parece haberse construido esta obligación en el Derecho Internacional Público. A ello se refiere C. F. AMERASINGHE al tratar de las recomendaciones que, sin tener efecto vinculante, sí suponen para los Estados miembros de una organización internacional la obligación de ser tenidas en cuenta —duty to consider— simplemente con fundamento en su condición de miembros. Vamos a permitirnos transcribir unos párrafos de su obra porque entendemos resultan clarificadores a los efectos de este trabajo:

«The constitutions of some international organizations, as has been seen, impose a duty on member States to consider recommendations and to report on action taken. Other constitutions, such as the Charter of the United Nations, do not contain such provisions. Under the Charter, however, even in the absence of express provisions, the better view is that there is a duty on the part of member States to consider a recommendation in good faith and, if requested, to explain their action or inaction. This obligation arises implicitly from the fact of membership. Judge LAUTERPACHT in separate opinion in the Voting Procedure Case, after noting that a resolution containing a recommendation cannot be simply disregarded, stated:

A Resolution recommending to an Administering State a specific course of action creates some legal obligation which, however rudimentary, elastic and imperfect, is nevertheless a legal obligation and constitutes a measure of supervision. The State in

question, while not bound to accept the recommendation, is bound to give it due consideration in good faith. If, having regard to its own ultimate responsibility for the good government of the territory, it decides to disregard it, it is bound to explain the reasons for its decision.

Judge Klaestad expressed a similar view in his individual opinion in the same case. This obligation is reinforced by article 2(2) of the Charter which requires all members to fulfil in good faith their Charter obligations».²¹

C.—Como se desprende de los párrafos transcritos, esta obligación legal debe cumplirse por los Estados miembros de buena fe, por lo que parece que cualquier motivación no será suficiente para que los Estados miembros puedan justificar su decisión de no seguir lo dispuesto en la Recomendación y en las Directrices. Debe tratarse de una motivación jurídicamente relevante. Es decir, el mero capricho de los Estados no parece motivación suficiente.

D.—Tratándose de una obligación jurídica que se impone a los Estados expresamente por una norma de Derecho derivado, parece que su cumplimiento es susceptible de ser controlado. Y, por ello, en el caso de que los Estados miembros decidieran no seguir lo dispuesto en la Recomendación o en las Directrices sin una justificación suficiente, podríamos estar ante un incumplimiento por el Estado correspondiente de las obligaciones que le incumben en virtud del Derecho Comunitario, susceptible de dar lugar al recurso previsto en el artículo 226 y ss. del TCE.

Asimismo, parece que en el caso de que las Administraciones Nacionales obviarán esta obligación, las resoluciones que adoptaran podrían ser anuladas por los jueces nacionales —por la jurisdicción contencioso-administrativa en nuestro caso— por este motivo. Así se deriva de la eficacia aplicativa de la Directiva²². Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la obligación de tener en cuenta en la mayor medida posible la Recomendación y las Directrices también se impone a las Administraciones nacionales por la propia Ley General de Telecomunicaciones, por lo que en caso de desconocerse esta obligación se estaría vulnerando una norma de Derecho Nacional. Y ello daría lugar asimismo a una causa de nulidad de la resolución administrativa.

No obstante, y dada la importancia que en el estado actual de la política regulatoria de las telecomunicaciones tiene la determinación de los mercados pertinentes del sector y el análisis de dichos mercados para la determi-

²¹ C. F. AMERASINGHE: *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge University Press, 1996, pgs. 205 y 206.

²² Sobre la eficacia aplicativa de las directivas pueden verse los libros de R. ALONSO GARCÍA: *El Juez español y el Derecho Comunitario*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2003, pg. 129 y ss. y *Derecho Comunitario*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1994, pg. 251 y ss. También C. PLAZA MARTÍN: *La eficacia del Derecho Ambiental Comunitario*, Tesis Doctoral, Universidad Complutense, Madrid, 2001, pg. 603 y ss. Asimismo, resulta clarificadora la exposición de G. ISAAC: *Manual de Derecho Comunitario General*, Ariel, Barcelona, 2000.

nación de cuáles son los operadores con peso significativo en los mismos, la Directiva ha instrumentado un mecanismo adicional de control al que ya nos hemos referido en el epígrafe III.3 de este trabajo («Intervención de la Comisión en los procedimientos tramitados por uno de los Estados miembros con potestades decisorias»). En relación con este mecanismo debemos señalar lo siguiente:

a.—Estamos ante un técnica destinada a controlar las decisiones que adopten las Administraciones nacionales por las que definan un mercado pertinente diferente a los que figuran en la Recomendación o decidan si conviene o no designar a una empresa como poseedora —individual o colectivamente— de peso significativo en el mercado, siempre y cuando dichas decisiones puedan tener repercusiones en los intercambios entre los Estados miembros. Es precisamente la incidencia en los intercambios intercomunitarios el interés supraestatal que justifica en última instancia la intervención de la Comisión.

b.—La técnica de control consiste básicamente en que las Autoridades Nacionales de Reglamentación han de informar de la medida que piensan adoptar a la Comisión, pudiendo ésta dictar una Decisión por la que inste a la Administración Nacional a que retire dicho proyecto, en cuyo caso la medida no podrá adoptarse.

La técnica de control se articula así como una comunicación previa con posibilidad de oposición por parte de la Comisión a su adopción, y no, por tanto, como un acto administrativo sometido a la aprobación superior como requisito necesario para su eficacia (artículo 57.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común).

c.—La Directiva 2002/21 establece asimismo cuáles son las razones a las que en principio puede acogerse la Comisión para oponerse al proyecto de la Administración Nacional: que dicho proyecto pueda obstaculizar el mercado interior o que sea dudosamente compatible con el Derecho comunitario y, en particular, con los objetivos del artículo 8 de la propia Directiva [fomento de la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados; desarrollo del mercado interior; promoción de los intereses de los ciudadanos de la Unión Europea].

Se deja así un amplio margen a la Comisión para oponerse a las medidas proyectadas por las Autoridades Nacionales. Y es precisamente este amplio margen el que puede permitir a la Comisión emplear los principios contenidos en la Recomendación y sobre todo en las Directrices. Así se establece claramente en el punto 7 de las Directrices: «Con arreglo al apartado 3 del artículo 15 de la Directiva marco, las ANR deberán tener en cuenta estas Directrices en la mayor medida posible. Esto será un factor importante cuando la Comisión deba evaluar la proporcionalidad y legalidad de las

decisiones propuestas por las ANR, teniendo en cuenta los objetivos políticos establecidos en el artículo 8 de la Directiva marco».

A pesar de este amplio margen de la Comisión, debe afirmarse que estamos ante un control de legalidad y no de oportunidad. Y ello en la medida en que la Decisión que adopte la Comisión podrá recurrirse ante el Tribunal de Justicia –recurso de anulación que en principio sería interpuesto por el correspondiente Estado miembro o por cualquier persona física o jurídica afectada directa e individualmente de conformidad con el artículo 230 TCE–, que podrá controlar en última instancia las razones esgrimidas por la Comisión por tratarse de conceptos jurídicos indeterminados. Y, por tanto, la apreciación de la Comisión sobre si el proyecto de medida puede obstaculizar el mercado interior y si es o no compatible con el Derecho comunitario –en particular con los objetivos del artículo 8 de la Directiva–.

En este sentido, el Considerando 38 de la Directiva 2002/21 se refiere a cuáles son las medidas que podrían repercutir sobre los intercambios entre los Estados miembros, señalando que «Las medidas que podrían repercutir sobre los intercambios entre los Estados miembros son aquellas medidas que pueden tener un efecto directo o indirecto, real o potencial sobre la estructura de los intercambios entre los Estados miembros de modo que podrían crear una barrera al mercado interior. Éstas incluyen medidas que tienen repercusiones importantes sobre los operadores o usuarios en otros Estados miembros y abarcan, entre otras, las medidas que afectan a los precios para los usuarios en otros Estados miembros, las medidas que repercuten sobre las posibilidades de una empresa establecida en otro Estado miembro de prestar un servicio de comunicaciones electrónicas, y, en particular, las medidas que afectan a la posibilidad de prestar servicios a nivel transnacional; así como las medidas que tienen repercusiones sobre la estructura o acceso al mercado, incidiendo en empresas en otros Estados miembros».

d.–El control por la Comisión es una técnica de control excepcional, en el sentido de que se separa de la técnica normal de control que es el recurso judicial por incumplimiento regulado en los artículos 226 y ss. del TCE. Esta potestad de controlar las decisiones de los Estados miembros sin tener que acudir al Tribunal de Justicia plantea el problema de en qué medida se respeta el principio de autonomía de los Estados miembros. Se trata de un problema sobre el que ya habían insistido A. M. MORENO MOLINA y S. GALERA²³ y que ha planteado no pocos debates durante la tramitación del proyecto de la Directiva²⁴. Parece, sin embargo, que es el precio a pagar para que la

²³ A. M. MORENO MOLINA: op. cit., y S. GALERA: *La aplicación administrativa del derecho comunitario. Administración mixta: tercera vía de aplicación*, Civitas, Madrid, 1998.

²⁴ La redacción definitiva es una solución intermedia entre la posición de la Comisión (que pretendía que su competencia para obligar a las Autoridades Nacionales de Reglamentación a retirar sus proyectos de medidas fuera configurada con gran amplitud abarcando un gran número de supuestos) y la del Consejo (que rechazaba la concesión de esa potestad de intervención de carácter obligatorio). Finalmente la potestad de intervención de la Comisión permite obligar a las Administraciones nacionales a retirar sus proyectos de medidas pero sólo en dos casos: cuando la medida que se pretende adoptar

competencia en cuanto a la determinación de los mercados pertinentes de comunicaciones electrónicas y de los operadores con peso significativo de mercado se haga operativa a través de una intervención descentralizada de los Estados miembros²⁵.

E.—Antes decíamos que en la propuesta inicial de Directiva presentada por la Comisión, las Directrices se habían configurado como una técnica de coordinación forzosa de las Administraciones nacionales en la aplicación del Derecho Comunitario.

Tras el análisis realizado podemos afirmar que en la redacción definitiva de la Directiva la técnica de coherencia se construye sobre dos instrumentos de soft law: la Recomendación y las Directrices. Dichos instrumentos no vinculan a los Estados miembros en cuanto a su contenido. Pero éstos sí tienen la obligación de considerar dicho contenido en la mayor medida posible, de tal forma que si deciden no seguir lo que en ellos se establece deberá ser por un motivo jurídicamente relevante.

La razón del cambio quizá podría encontrarse en los principios de subsidiariedad y proporcionalidad. Y, por tanto, en el entendimiento de que para garantizar la coherencia en la determinación de los mercados pertinentes y en la determinación de qué operadores tienen peso significativo en dichos mercados no resulta necesario residenciar en la Comisión la competencia para la determinación de los mercados —a través de una Decisión— ni tampoco resulta necesario que las Directrices de análisis de mercado tengan efecto vinculante.

No obstante este cambio de técnicas, debe afirmarse que la finalidad de ambas es la misma: reducir el margen de valoración de las Administraciones Nacionales en la aplicación de dos conceptos jurídicos indeterminados de carácter microeconómico —mercado y competencia efectiva (o poder significativo de mercado que se asocian biunívocamente en la Directiva)— con el fin de garantizar la coherencia en la aplicación del Derecho Comunitario,

tenga por objeto definir un mercado pertinente diferente de los que figuran en la Recomendación de la Comisión y cuando se trate de decidir si conviene o no designar a una empresa como poseedora de peso significativo de mercado.

²⁵ En este sentido, debe señalarse que la Comisión concibe esta técnica de control como un instrumento destinado a garantizar la coherencia en la aplicación de la nueva regulación de las telecomunicaciones. Así resulta con claridad de la «Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo con arreglo al párrafo segundo del apartado 2 del artículo 251 del Tratado CE acerca de la posición común adoptada por el Consejo con vistas a la adopción de la directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a un marco regulador común para las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas» (SEC/2001/1365 final), en la que se señala que: «Esta disposición [la facultad de exigir a una Autoridad Nacional de Reglamentación que retire su proyecto de decisión] se justifica por el grado de libertad muy superior de que disfrutaban los Estados miembros (...) La Comisión considera que este artículo constituye un elemento crítico del nuevo marco si se quiere garantizar que la actuación reguladora sea coherente en toda la UE».

evitando así perjudicar los intercambios entre los Estados miembros y la creación de posibles barreras al mercado interior²⁶.

7.–Falta todavía un problema por resolver que resulta de gran interés en cuanto permite aportar alguna reflexión adicional en relación con la eficacia de las Directrices y Recomendación.

En efecto, hemos concluido que ni la Recomendación ni las Directrices tienen efecto jurídico vinculante frente a los Estados miembros, sino que éstos únicamente deberán considerarlas en la mayor medida posible. Sin embargo, también hemos señalado cómo las Directrices están redactadas en un tono marcadamente imperativo que parece querer vincular a los Estados en cuanto a los principios que deben usar para el análisis de los mercados y de la competencia efectiva de los mismos.

Podría entenderse así que la Comisión ha querido otorgar efecto jurídico vinculante a las Directrices, o al menos crear una situación ambigua en cuanto a sus efectos. La Comisión habría así simplemente «maquillado»²⁷ el proyecto inicial de Directrices a que nos hemos referido –redactado en tono totalmente imperativo al amparo del entonces proyecto de Directiva–, manteniendo el tono imperativo de determinados apartados y dulcificándolo en otros, tal y como ya hemos expuesto.

De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ciertamente discutible y discutida pero que no vamos a entrar a valorar en este trabajo²⁸, esta situación daría lugar a que las Directrices pudieran ser impugnadas por la vía del recurso de anulación y anuladas por este motivo²⁹. Todo ello como medio de evitar la inseguridad jurídica que se deriva del empleo de un tono vinculante en un acto comunitario que en principio no está destinado a producir dichos efectos.

En efecto, el artículo 230 del TCE establece que «El Tribunal de Justicia controlará la legalidad de los actos adoptados conjuntamente por el Parlamento Europeo y el Consejo, de los actos del Consejo, de la Comisión y del BCE que no sean recomendaciones o dictámenes, y de los actos del Parlamento Europeo destinados a producir efectos jurídicos frente a terceros».

Del precepto se desprende con claridad que las recomendaciones y dictámenes –actos no vinculantes– no pueden ser en principio objeto de este re-

²⁶ Sobre la consideración de estos conceptos como conceptos jurídicos indeterminados puede verse el libro de C. D. CIRIANO VELA: *Administración económica y discrecionalidad*, Lex Nova, Valladolid, 2000, pg. 134.

²⁷ Cfr. las Conclusiones del Abogado General Tesouro en la S. del TJCE, Francia c. Comisión de 20 de marzo de 1997, C-57/95, donde se emplea expresamente el verbo «maquillar».

²⁸ En relación con esta cuestión puede verse, en un tono muy crítico y fundamentado, R. ALONSO GARCÍA: «El soft law...», página 84 y ss.

²⁹ Cfr. SS. del TJCE, Francia c. Comisión de 9 de octubre de 1990 (C-366/88), 13 de noviembre de 1991 (C-303/90), 16 de junio de 1993 (C-325/91) y 20 de marzo de 1997 (C-57/95).

curso. Por ello, y en la medida en que las Directrices sobre análisis de mercado no están destinadas a tener efecto jurídico vinculante de conformidad con lo previsto en la Directiva 2002/20, parece que por la misma razón deberían excluirse de dicho recurso³⁰.

Sin embargo, lo cierto es que al interpretar el artículo 230 del TCE el Tribunal de Justicia ha desarrollado una jurisprudencia que, prescindiendo de la forma de los actos comunitarios, se centra en su contenido. Y, así, ha afirmado reiteradamente que «el recurso de anulación puede interponerse en lo que respecta a todas las disposiciones adoptadas por las Instituciones, cualesquiera que sean su naturaleza o su forma, destinadas a producir efectos jurídicos». Ha precisado que debe entenderse por efectos jurídicos únicamente los efectos jurídicos propios, es decir, debe tratarse de actos que introduzcan obligaciones jurídicas nuevas. Y ha anulado determinados actos comunitarios que imponían obligaciones sobre los Estados miembros por falta de competencia –por ejemplo, Sentencia de 20 de marzo de 1997, asunto C-57/1995, Francia c. Comisión, anuló determinada Comunicación de la Comisión que imponía obligaciones jurídicas nuevas por falta de competencia de la Comisión para adoptar dicho acto–.

Por ello, en la medida en que las Directrices introdujeran obligaciones jurídicas nuevas para los Estados miembros podrían ser recurridas a través del recurso de anulación y anuladas por falta de competencia de la Comisión para vincular a los Estados miembros por medio de dichas Directrices³¹.

La pregunta que entonces surge es si las Directrices, en la medida en que disponen que las Autoridades Nacionales de Reglamentación deberán usar los principios contenidos en las mismas para el análisis de los mercados y de la competencia efectiva, están imponiendo a los Estados miembros una obligación jurídica nueva.

Y aquí es donde las cosas empiezan a no estar claras, porque aunque parece que del tono imperativo de las Directrices se deriva para los Estados miembros una obligación que antes era inexistente, lo cierto es que también podría entenderse que las Directrices sólo recogen principios de Derecho de la competencia que las Autoridades Nacionales de Reglamentación estarían

³⁰ Aunque se trata de una cuestión discutible y discutida por R. ALONSO GARCÍA: «El soft law...», pg. 87.

³¹ Por lo demás, las Directrices pueden ser objeto de la cuestión prejudicial de validez e interpretación de conformidad con lo dispuesto por el artículo 234.1.b) del TCE («El Tribunal de Justicia será competente para pronunciarse con carácter prejudicial sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones») y con la lectura que del mismo ha realizado el Tribunal de Justicia en la sentencia Grimaldi [«A este respecto, basta con declarar que, a diferencia del artículo 173 del Tratado CEE, que excluye el control del Tribunal de Justicia sobre aquellos actos cuya naturaleza jurídica sea la de una recomendación, el artículo 177 (actual 234) atribuye al Tribunal de Justicia competencia para pronunciarse, con carácter prejudicial, acerca de la validez y la interpretación de los actos adoptados por las instituciones de la Comunidad sin excepción alguna»] (STJCE de 13 de diciembre de 1989, asunto C-322/88).

siempre obligadas a aplicar en su actuación y que no crean obligaciones nuevas para los Estados miembros. En efecto:

–La Directiva 2002/21 establece en su artículo 15.3 que las Autoridades Nacionales de Reglamentación, teniendo en cuenta en la mayor medida posible la Recomendación y las Directrices, *definirán los mercados pertinentes* apropiados a las circunstancias nacionales, y en particular los mercados geográficos pertinentes dentro de su territorio, *con arreglo a los principios del Derecho de la competencia*; pudiendo definir mercados distintos de los enumerados en la recomendación de conformidad con el procedimiento establecido en la propia Directiva al que ya nos hemos referido.

–La Directiva 2002/21 establece en su artículo 16 que las Autoridades Nacionales de Reglamentación efectuarán un análisis de los mercados pertinentes, teniendo en cuenta las Directrices en la mayor medida posible con el fin de determinar si el mercado es realmente competitivo. El considerando 27 de la Directiva vincula los conceptos de competencia efectiva y operadores con peso significativo de mercado, de tal forma que no existirá aquélla si existe alguno de éstos. Y, el artículo 14 de la Directiva define el concepto de empresa con peso significativo de mercado sobre la base de la definición que se emplea en Derecho de la competencia, tal y como ya hemos señalado y recoge el Considerando 25 de la Directiva («Por esta razón, la definición [de peso significativo en el mercado] utilizada en la presente Directiva es equivalente al concepto de posición dominante que se define en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas»). *En definitiva, para determinar si existe competencia efectiva en los mercados pertinentes de comunicaciones electrónicas o, alternativamente, para determinar si existen empresas con peso significativo en el mercado, las Autoridades Nacionales de Reglamentación deberán también hacerlo con arreglo a los principios del Derecho de la competencia.*

–En este sentido, el epígrafe 2 de las Directrices se dedica a la «Definición del mercado» y el epígrafe 3 al «Cálculo del peso significativo en el mercado (posición dominante)». En ellos se desarrollan extensamente criterios para definir los mercados pertinentes de comunicaciones electrónicas y para evaluar el peso significativo del mercado. Lo relevante a nuestros efectos es destacar que dichos criterios son en principio los criterios que se emplean en Derecho de la competencia. Así lo recoge el artículo 15.2 de la Directiva 2002/21 de conformidad con el cual las Directrices serán acordes con los principios del Derecho de la competencia. Y, así, parece deducirse del apartado 24 de las Directrices en el que se establece que con arreglo al marco regulador la definición de los mercados y la evaluación del poder significativo de mercado se llevarán a cabo utilizando las mismas metodologías que con arreglo a la normativa sobre competencia. Por ello, señalan que la definición del ámbito geográfico de los mercados incluidos en la Recomendación, la definición, cuando proceda, de mercados de productos o servicios pertinentes al margen de la Recomendación, y la evaluación de la existencia de competencia efectiva por las Autoridades Nacionales de Reglamentación

deben ser coherentes con la jurisprudencia y la práctica en materia de competencia. Y, para garantizar dicha coherencia, se señala en dicho apartado que las Directrices se basan en la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia y del Tribunal de Justicia y en determinadas Directrices y Comunicaciones de la Comisión.

–Por tanto, podría entenderse que como en principio las Directrices se limitan a recoger los principios de Derecho de la competencia que las Autoridades Nacionales de Reglamentación están obligadas a aplicar de conformidad con lo dispuesto en la Directiva 2002/21, las Directrices no crearían obligaciones nuevas para los Estados miembros³². Las Directrices serían únicamente un acto interpretativo de lo que ha de entenderse por mercado pertinente y por poder significativo de mercado (posición dominante) de conformidad con el Derecho de la competencia.

–En cualquier caso, no podemos entrar en este trabajo en el análisis detallado de las Directrices para ver si únicamente recogen principios del Derecho comunitario de la competencia sin imponer obligaciones nuevas a los Estados. Lo relevante a los efectos de nuestra investigación es que resulta preciso matizar nuestra afirmación inicial de que las Directrices no tienen efectos vinculantes para los Estados miembros. Es cierto que dicho acto comunitario no tiene efectos vinculantes por sí mismo. Pero también es verdad que en la medida en que recoja principios de Derecho de la competencia los Estados miembros habrán de aplicarlos en su actuación. Las Directrices no serían sino mero espejo de dichos principios. Y esta circunstancia podría explicar aparentemente el tono imperativo en que aparecen redactadas –al menos en parte– dichas Directrices.

VI. EFECTOS DE LA RECOMENDACIÓN SOBRE MERCADOS PERTINENTES Y DE LAS DIRECTRICES DE ANÁLISIS DE MERCADO EN RELACION CON LOS PARTICULARES.

1.–Ya hemos analizado cómo de conformidad con la nueva regulación de las comunicaciones electrónicas la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones deberá dictar una resolución en la que defina los mercados de referencia del sector y que, asimismo, después de analizar dichos mercados, determinará los operadores con peso significativo de mercado y podrá imponer determinadas obligaciones a dichos operadores y suprimirlas en el caso de que se constate que existe una situación de competencia efectiva.

2.–Como fácilmente se comprende estamos ante un tema delicado porque, entre otras cosas, incide directamente sobre la cuenta de resultados de los operadores. Lógicamente los operadores históricos pretenderán que no se

³² Argumento que parece válido en cuanto los principios que se recogen en las Directrices no sean sino reflejo de la jurisprudencia comunitaria en materia de competencia. Más discutible en cuanto dichos principios recojan la práctica de la Comisión en dicha materia.

les sujete a obligación alguna porque así tendrían una mayor flexibilidad para competir, mientras que los nuevos operadores pretenderán lo contrario. Piénsese por ejemplo en la trascendencia económica que puede tener imponer, modificar o suprimir la regulación en materia de precios (finales e intermedios como son los precios de interconexión o acceso al bucle).

3.—Dada la trascendencia de las decisiones que debe adoptar la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones no es descartable que dichas resoluciones puedan ser recurridas por los operadores interesados. La pregunta que entonces se plantea es la de si estos operadores pueden invocar ante los jueces nacionales la Recomendación sobre mercados pertinentes y las Directrices sobre análisis de mercados con la finalidad de que la jurisdicción contencioso-administrativa anule las resoluciones de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones, reconociendo en su caso una determinada situación jurídica individualizada (por ejemplo, que TELEFÓNICA no tuviera poder significativo en determinados mercados) y adoptando, también en su caso, medidas para el pleno restablecimiento de la misma (por ejemplo, la supresión de las obligaciones que pesaban sobre TELEFÓNICA en el caso en que se considerara que no es operador con peso significativo en el mercado).

4.—Por mi parte, no creo que sea posible que por aplicación de la Recomendación o de las Directrices pueda la jurisdicción contencioso-administrativa ni anular las resoluciones administrativas a que nos hemos referido, ni reconocer una determinada situación jurídica individualizada. Y ello porque la falta de efectos vinculantes de una y otra determinan que estemos ante actos comunitarios sin efecto directo o, en lo términos más amplios que utiliza R. ALONSO GARCÍA, sin eficacia aplicativa.

5.—Ahora bien, ¿significa esto que los particulares no pueden invocar la Recomendación o las Directrices ante la jurisdicción contencioso-administrativa? A este respecto, debe admitirse que los particulares pueden invocar dichos actos a efectos interpretativos. Así se ha manifestado el Tribunal de Justicia en la Sentencia GRIMALDI, a la que ya nos hemos referido, en los siguientes términos: «Por todo ello, nada permite poner en duda el carácter de verdaderas Recomendaciones de los citados actos, es decir, de unos actos que, incluso frente a los destinatarios, no pretenden producir efectos obligatorios. Por consiguiente, no pueden crear derechos que los particulares puedan invocar ante un Juez nacional (...). Sin embargo, con el fin de dar una respuesta completa a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional remitente, conviene subrayar que *los citados actos no pueden ser considerados como carentes en absoluto de los efectos jurídicos. Efectivamente, los Jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen*, sobre todo cuando aquéllas ilustran acerca de la interpretación de disposiciones nacionales adoptadas con el fin de darles aplicación, o también cuando tienen por objeto completar las disposiciones comunitarias dotadas de fuerza vinculante».

Es decir, de conformidad con la jurisprudencia comunitaria —y el propio artículo 3.1 del Código Civil— resulta posible que los particulares invoquen

la Recomendación o las Directrices a que nos estamos refiriendo con el fin de que la jurisdicción contencioso-administrativa las tenga en cuenta al interpretar los conceptos que emplea la Ley General de Telecomunicaciones de mercado de referencia, de competencia efectiva y de operador con peso significativo de mercado. Si finalmente la jurisdicción decide anular las resoluciones de la Comisión del Mercado de Telecomunicaciones y, en su caso, reconocer determinada situación jurídica individualizada no será por aplicación de la Recomendación o las Directrices, sino por aplicación de la Ley General de Telecomunicaciones para cuya interpretación el Tribunal está obligado a tener en cuenta la Recomendación y las Directrices.

Nótese además, como ha advertido R. ALONSO GARCÍA, que existe una diferencia de matiz –aunque importante– entre la eficacia interpretativa de las Directivas y la del soft law. En el primer caso, afirmó el Tribunal en su Sentencia MARLEASING³³ que «al aplicar el Derecho nacional, ya sean disposiciones anteriores o posteriores a la Directiva, el órgano jurisdiccional nacional que debe interpretarla está obligado a hacer todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de la Directiva, para, al efectuar dicha interpretación, alcanzar el resultado a que se refiere la Directiva y de esta forma atenerse al párrafo tercero del artículo 189 del Tratado (actual 249)». En el segundo, ya hemos visto cómo en su sentencia GRIMALDI el Tribunal sólo afirma que «los Jueces nacionales están obligados a tener en cuenta las recomendaciones a la hora de resolver los litigios de que conocen». Para R. ALONSO GARCÍA, en el primer caso se impone la búsqueda de una interpretación concurrente, de modo que siendo ésta posible no pueda ser descartada por el juez nacional al aplicar el Derecho interno. Por el contrario, en el segundo caso se limita a imponer al juez la obligación de no obviar la existencia de la recomendación, lo que nos sitúa no en el terreno de la obligada interpretación concurrente sino cuanto más en el de la motivación sobre su posible descarte en la aplicación del Derecho interno³⁴.

6.–Sentado lo cual, parece que debe también entenderse que, en la medida en que las Directrices y Recomendaciones recojan principios de Derecho de la competencia, los jueces nacionales deberán atenerse a ellos en su interpretación de los correspondientes preceptos de la Ley General de Telecomunicaciones. Pero una vez más, debe matizarse que no serían las Recomendaciones o las Directrices las que vincularían a los jueces nacionales, sino los principios mismos.

³³ Sentencia de 13 de noviembre de 1990 (C-106/89).

³⁴ R. ALONSO GARCÍA: «El soft law...», pg. 81 en nota al pie. En este sentido, adviértase que la obligación que se contiene en la Directiva 2002/21 de tener en cuenta las Directrices y la Recomendación «en la mayor medida posible» se impone a las Autoridades Nacionales de Reglamentación pero no a los jueces nacionales.