



# Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL  
SRA. JULIANE KOKOTT  
de 30 de marzo de 2017<sup>1</sup>

**Asunto C-112/16**

**Persidera SpA**

**contra**

**Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni y  
Ministero dello Sviluppo Economico delle Infrastrutture e dei Trasporti**

[Petición de decisión prejudicial del Consiglio di Stato (Consejo de Estado), Italia]

«Petición de decisión prejudicial — Redes y servicios de comunicaciones electrónicas — Directivas 2002/20/CE, 2002/21/CE y 2002/77/CE — Transición de la televisión analógica a la digital — Determinación del número de frecuencias digitales que se han de asignar a cada titular de frecuencias analógicas — Consideración de las frecuencias analógicas utilizadas ilegalmente hasta ese momento — Proporción de conversión — Factor de transformación — Igualdad de trato, no discriminación y proporcionalidad»

## I. Introducción

1. Nunca se insistirá suficientemente en la esencial relevancia que hoy en día tienen la variedad y la integridad de los medios en una sociedad libre y democrática. En particular, las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas son utilizados a diario por prácticamente todo el mundo y ya no puede prescindirse de ellos como exigencia de una democracia moderna, ni cabe imaginar tampoco sin ellos la educación de la población y la vida cultural europea. Al mismo tiempo, una y otra vez se comprueba la fragilidad y conflictividad de los mecanismos en que se basan dichas redes y servicios.

2. En Italia en las últimas décadas se ha suscitado con frecuencia un encendido debate sobre el pluralismo en la televisión. Así pues, no es de extrañar que también la transición de la televisión analógica a la digital haya dado lugar allí a controversias sobre la justa adjudicación de las nuevas frecuencias de televisión digital.

3. El presente asunto versa, en particular, sobre la adjudicación de las frecuencias digitales que el Estado reservó expresamente para la continuidad de las cadenas televisivas analógicas ya existentes. Persidera (antiguamente, Telecom Italia Media Broadcasting; en lo sucesivo, «TIMB»),<sup>2</sup> uno de los operadores de redes italianos, se siente perjudicada respecto a sus competidores (concretamente, los operadores líderes del mercado Rai y Mediaset) en relación con la conversión de las frecuencias analógicas en digitales.

<sup>1</sup> Lengua original: alemán.

<sup>2</sup> Antes de la transición definitiva a la televisión digital, Persidera (o su predecesora TIMB) operaba en Italia dos cadenas de televisión analógica («La 7» y «MTV») y dos digitales («TIMB1» y «MBONE»).

4. El Tribunal de Justicia deberá aclarar en el presente asunto qué requisitos impone el Derecho de la Unión a una justa adjudicación de las frecuencias. A este respecto deberá tenerse en cuenta que, con el método de adjudicación de frecuencias aquí controvertido, la República Italiana ha tenido que hacer frente, entre otros, a las críticas de la Comisión Europea en un procedimiento por incumplimiento en curso<sup>3</sup> y a una sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia.<sup>4</sup>

5. Para examinar esta problemática resulta determinante el «nuevo marco regulador común» vigente desde 2002, que se compone de diversas Directivas adoptadas por el legislador de la Unión, así como de los principios generales del Derecho de la Unión.

6. El presente procedimiento en el asunto C-112/16 está estrechamente vinculado al procedimiento prejudicial que se sigue en el asunto C-560/15, en el que también hoy presento mis conclusiones. Si bien las cuestiones jurídicas que se plantean en ese otro procedimiento se refieren esencialmente a las mismas disposiciones y principios del Derecho de la Unión, no versan sobre la conversión aquí controvertida de las antiguas frecuencias analógicas en digitales, y suscitan por lo demás problemas jurídicos sustancialmente diferentes.

## II. Marco jurídico

7. El marco de Derecho de la Unión de este asunto lo constituyen tres Directivas del año 2002 sobre las redes y servicios de comunicaciones electrónicas, las tres pertenecientes al nuevo marco regulador común para los servicios de comunicaciones electrónicas, las redes de comunicaciones electrónicas y los recursos y servicios asociados: la Directiva marco (Directiva 2002/21/CE),<sup>5</sup> la Directiva autorización (Directiva 2002/20/CE)<sup>6</sup> y la Directiva competencia (Directiva 2002/77/CE).<sup>7</sup> Las dos primeras Directivas mencionadas se aplican en la versión resultante de la Directiva 2009/140/CE.<sup>8</sup>

### A. Directiva marco (Directiva 2002/21)

8. A título preliminar, procede referirse a los considerandos 6 y 19 de la Directiva 2002/21, que, en extracto, presentan el siguiente tenor:

«(6) La política audiovisual y la normativa sobre contenidos tienen por objeto el logro de objetivos de interés general tales como la libertad de expresión, el pluralismo de los medios de comunicación, la imparcialidad, la diversidad cultural y lingüística, la integración social, la protección de los consumidores y la protección de los menores. [...]

[...]

3 Procedimiento por incumplimiento n.º 2005/5086 (véanse al respecto los comunicados de prensa de la Comisión IP/06/1019, de 19 de julio de 2006, e IP/07/1114, de 18 de julio de 2007); este procedimiento, en el que la Comisión emitió, en julio de 2007, un dictamen motivado a efectos del artículo 258 TFUE, párrafo primero (anteriormente, artículo 226 CE, párrafo primero), a fecha de hoy aún no ha concluido.

4 Sentencia de 31 de enero de 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59).

5 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO 2002, L 108, p. 33).

6 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de marzo de 2002 relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización) (DO 2002, L 108, p. 21).

7 Directiva de la Comisión de 16 de septiembre de 2002 relativa a la competencia en los mercados de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de competencia) (DO 2002, L 249, p. 21).

8 Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 por la que se modifican la Directiva 2002/21/CE relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, la Directiva 2002/19/CE relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión, y la Directiva 2002/20/CE relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (DO 2009, L 337, p. 37; corrección de errores en DO 2013, L 241, p. 8).

(19) Las radiofrecuencias son un elemento esencial para los servicios de comunicaciones electrónicas basados en las radiocomunicaciones y, por consiguiente y en la medida en que guarden relación con estos servicios, deben ser atribuidas y asignadas por las autoridades nacionales de reglamentación con arreglo al conjunto de objetivos y principios armonizados que regulen su actuación, y en función de criterios objetivos, transparentes y no discriminatorios teniendo en cuenta los intereses democráticos, sociales, lingüísticos y culturales relacionados con el uso de dichas frecuencias. [...]»

9. A continuación, bajo el título «Objetivos generales y principios reguladores», el artículo 8, apartados 1 y 2, de la Directiva 2002/21, establece, en particular:

«1. Los Estados miembros velarán por que, al desempeñar las funciones reguladoras especificadas en la presente Directiva y en las directivas específicas, las autoridades nacionales de reglamentación adopten todas las medidas razonables que estén encaminadas a la consecución de los objetivos enumerados en los apartados 2, 3 y 4. Estas medidas deberán guardar proporción con dichos objetivos.

[...]

2. Las autoridades nacionales de reglamentación fomentarán la competencia en el suministro de redes de comunicaciones electrónicas, servicios de comunicaciones electrónicas y recursos y servicios asociados, entre otras cosas:

[...]

b)

velando por que no exista falseamiento ni restricción de la competencia en el sector de las comunicaciones electrónicas, incluida la transmisión de contenidos;

[...]

d) promoviendo un uso eficiente y velando por una gestión eficaz de las radiofrecuencias y de los recursos de numeración.»

10. Por otro lado, el artículo 9 de la Directiva 2002/21 contiene las siguientes disposiciones sobre la «Gestión de las radiofrecuencias para servicios de comunicaciones electrónicas»:

«1. Habida cuenta de que las radiofrecuencias son un bien público que tiene un valor social, cultural y económico importante, los Estados miembros velarán por la gestión eficaz de las radiofrecuencias para los servicios de comunicaciones electrónicas en su territorio con arreglo a los artículos 8 y 8 *bis*. Velarán asimismo por que la atribución de frecuencias utilizadas para los servicios de comunicaciones electrónicas y la concesión de autorizaciones generales o derechos individuales de uso de estas radiofrecuencias por las autoridades nacionales competentes se basen en criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados.

En la aplicación de este artículo, los Estados miembros respetarán los acuerdos internacionales correspondientes, incluido el Reglamento de Radiocomunicaciones de la UIT, y podrán tener en cuenta consideraciones de orden público.

[...]

4. [...]Las medidas que exijan que un servicio de comunicaciones electrónicas se preste en una banda específica disponible para los servicios de comunicaciones electrónicas deberán estar justificadas para garantizar el logro de objetivos de interés general definidos por los Estados miembros con arreglo al Derecho comunitario, tales como (aunque no solo):

- a) la seguridad de la vida;
- b) la promoción de la cohesión social, regional o territorial;
- c) la evitación del uso ineficiente de las radiofrecuencias, o
- d) la promoción de la diversidad cultural y lingüística y del pluralismo de los medios de comunicación, por ejemplo mediante la prestación de servicios de radiodifusión y televisión.

[...]

7. Sin perjuicio de lo dispuesto en las Directivas específicas y en función de las circunstancias nacionales pertinentes, los Estados miembros podrán establecer normas con objeto de evitar el acaparamiento del espectro, en particular mediante la fijación de plazos estrictos para la explotación de los derechos de uso por parte de su titular y la aplicación de sanciones, incluidas sanciones económicas o la retirada de los derechos de uso, en caso de no respeto de los plazos. Estas normas se establecerán y aplicarán de manera que sean proporcionadas, no discriminatorias y transparentes.»

## **B. Directiva autorización (Directiva 2002/20)**

11. El artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2002/20 contiene la siguiente disposición sobre las «Autorizaciones generales de redes y servicios de comunicaciones electrónicas»:

«Los Estados miembros garantizarán la libertad de suministrar redes y servicios de comunicaciones electrónicas, sin perjuicio de las condiciones establecidas en la presente Directiva. A tal fin, los Estados miembros no impedirán a una empresa el suministro de redes o servicios de comunicaciones electrónicas salvo cuando resulte necesario por los motivos contemplados en el apartado 1 del artículo 46 del Tratado.»

12. En el artículo 5 de la Directiva 2002/20 se encuentran, en particular, las siguientes disposiciones sobre los «Derechos de uso de radiofrecuencias y números»:

«1. Los Estados miembros facilitarán la utilización de radiofrecuencias en el marco de autorizaciones generales. Cuando proceda, los Estados miembros podrán otorgar derechos individuales para:

[...]

- alcanzar otros objetivos de interés general, establecidos por los Estados miembros de conformidad con la normativa comunitaria.

2. Cuando resulte necesario otorgar derechos de uso de radiofrecuencias y números, los Estados miembros otorgarán tales derechos, previa solicitud, a cualquier empresa para la prestación de redes o servicios al amparo de la autorización general contemplada por el artículo 3, con sujeción a lo dispuesto en los artículos 6 y 7 y en el artículo 11, apartado 1, letra c), de la presente Directiva, y a las demás normas que garanticen el uso eficiente de estos recursos de conformidad con la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco).

Sin perjuicio de los criterios específicos y de los procedimientos adoptados por los Estados miembros para otorgar derechos de uso de radiofrecuencias a los proveedores de servicios de contenidos radiofónicos o televisivos para perseguir objetivos de interés general de conformidad con la legislación comunitaria, los derechos de uso de radiofrecuencias y los números se otorgarán mediante procedimientos abiertos, objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados y, en el caso de las radiofrecuencias, de conformidad con lo previsto en el artículo 9 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco). Podrá establecerse una excepción con respecto al requisito de procedimiento abierto en aquellos casos en que sea necesaria la concesión de derechos individuales de utilización de radiofrecuencias a proveedores de servicios de contenidos radiofónicos o televisivos para lograr un objetivo de interés general, establecido por los Estados miembros de conformidad con el Derecho comunitario.

[...]

5. Los Estados miembros no limitarán el número de derechos de uso que deban otorgarse salvo cuando resulte necesario para garantizar un uso eficiente de las radiofrecuencias de conformidad con el artículo 7.

6. Las autoridades nacionales competentes velarán por que las radiofrecuencias se utilicen eficiente y eficazmente, de conformidad con el artículo 8, apartado 2, y el artículo 9, apartado 2, de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco). También velarán por que la competencia no quede falseada a consecuencia de la transferencia o acumulación de derechos de uso de radiofrecuencias. [...]»

13. Además, sobre el «Procedimiento por el que se limita el número de derechos de uso de radiofrecuencias otorgados», el artículo 7 de la Directiva 2002/20 establece lo siguiente:

«1. Cuando un Estado miembro estudie la posibilidad de limitar el número de derechos de uso de radiofrecuencias que otorgue, o de prolongar la duración de derechos ya existentes en condiciones distintas de las especificadas en tales derechos, deberá, entre otras cosas:

a) tener debidamente en cuenta la necesidad de conseguir los máximos beneficios para los usuarios y facilitar el desarrollo de la competencia;

[...]

3. Cuando sea preciso limitar el otorgamiento de derechos de uso de radiofrecuencias, los Estados miembros otorgarán tales derechos sobre la base de unos criterios de selección que deberán ser objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionados. Todo criterio de selección deberá tener debidamente en cuenta la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 8 de la Directiva 2002/21/CE (Directiva marco) y de los requisitos del artículo 9 de esa Directiva.

[...]»

### **C. Directiva competencia (Directiva 2002/77)**

14. El artículo 2 de la Directiva 2002/77 lleva por título «Derechos exclusivos y especiales para redes y servicios de comunicaciones electrónicas» y contiene, en particular, las siguientes disposiciones:

«[...]

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar el derecho de toda empresa a prestar servicios de comunicaciones electrónicas o a crear, ampliar o suministrar redes de comunicaciones electrónicas.

[...]

4. Los Estados miembros velarán por que tanto las autorizaciones generales concedidas a empresas para prestar servicios de comunicaciones electrónicas o para crear o suministrar redes de comunicaciones electrónicas como las condiciones a que estén supeditadas dichas autorizaciones, se basen en criterios objetivos, no discriminatorios, proporcionales y transparentes.

[...]»

15. Por último, en el artículo 4 de la Directiva 2002/77 se recoge la siguiente disposición sobre los «Derechos de uso de frecuencias»:

«Sin perjuicio de los criterios y procedimientos específicos adoptados por los Estados miembros para conceder derechos de uso de radiofrecuencias a proveedores de servicios de contenidos radiofónicos o televisivos para perseguir objetivos de interés general de conformidad con el derecho comunitario:

[...]

2. La atribución de radiofrecuencias para servicios específicos de comunicaciones se basará en criterios objetivos, transparentes, no discriminatorios y proporcionales.»

### III. Hechos y procedimiento principal

16. La transición de la televisión analógica a la digital en Italia hizo necesario un procedimiento de adjudicación de las nuevas frecuencias de emisión digital, de mayor rendimiento que las analógicas.<sup>9</sup> A tal fin, el 7 de abril de 2009 la Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni<sup>10</sup> (AGCOM) adoptó la Decisión 181/09/CONS,<sup>11</sup> en la que se fijaban los criterios para la total digitalización de las redes terrestres y, al mismo tiempo, se establecía un mecanismo de adjudicación de las frecuencias que a tal efecto se habían de asignar. Esta Decisión fue adoptada bajo el trasfondo de un procedimiento por incumplimiento<sup>12</sup> en el que la Comisión Europea reclamaba que, al adjudicar sus frecuencias digitales, Italia no favoreciese a los operadores de canales de televisión analógica que ya operaban en el mercado.

17. A partir de ese momento se previó la asignación de frecuencias digitales en forma de 21 «multiplexores» para su transmisión terrestre a todo el territorio nacional.<sup>13</sup> Un multiplexor permite agrupar diversas señales de audio, vídeo y datos en un flujo de datos común, con lo que se aprovechan al máximo las frecuencias y líneas disponibles.

18. A fin de garantizar un justo reparto de estos multiplexores digitales teniendo en cuenta no sólo a los anteriores operadores de cadenas de televisión analógica, sino también a los que previamente ya habían invertido en la creación de redes digitales y a los nuevos que deseaban incorporarse al mercado, las 21 unidades fueron distribuidas en tres grupos que habían de adjudicarse conforme a distintos criterios. Asimismo, se estableció como límite máximo que ningún operador de red podía disponer en total de más de cinco multiplexores (este máximo de cinco multiplexores fue también criticado por la Comisión en el procedimiento por incumplimiento).

9 Una de las grandes ventajas de la televisión digital consiste en que, al contrario de la televisión analógica, en un mismo rango de frecuencias pueden transmitirse diversas emisiones.

10 Autoridad italiana de reglamentación en materia de comunicaciones.

11 La Decisión adquirió fuerza de ley mediante el Decreto-legge (Decreto-Ley) n.º 59/2008 en relación con la Ley n.º 101/2008.

12 Véase la nota 3.

13 Algunos intervinientes hablan de un total de 22 multiplexores. Sin embargo, a los efectos del presente procedimiento prejudicial esta divergencia puede pasarse por alto.

19. En concreto, la asignación de los mencionados 21 multiplexores debía llevarse a cabo de la forma siguiente:

- En un *primer grupo* se reservaban ocho multiplexores a la conversión de las redes de televisión analógica existentes en redes de televisión digital, algo que debía llevarse a cabo sobre la base de una asignación justa en la que se tuviese en cuenta la continuidad de la oferta televisiva. En consecuencia, a cada operador de televisión analógica existente se le asignaría un multiplexor, si bien los operadores que poseyesen varias cadenas analógicas recibirían un multiplexor menos de los que les habrían correspondido de acuerdo con el número de sus cadenas analógicas. De esta forma, en particular Rai y Mediaset, cada una de las cuales operaba hasta entonces tres cadenas de televisión analógica, recibieron dos multiplexores respectivamente, mientras que TIMB, que hasta entonces contaba con dos cadenas de televisión analógica, recibió un multiplexor; Rete A y otros dos operadores de red recibieron también un multiplexor cada uno.
- En un *segundo grupo* se habían de adjudicar ocho multiplexores a aquellos operadores de red que hubiesen invertido en la creación de redes digitales. De este modo, Rai, Mediaset y TIMB recibieron cada una dos multiplexores más, mientras que Rete A y otro operador de red recibieron un multiplexor cada uno.
- En un *tercer grupo* se habían de adjudicar, por último, cinco multiplexores —también designados como «dividendo digital»—<sup>14</sup> como nuevas frecuencias disponibles, conforme a criterios objetivos, transparentes, proporcionados y no discriminatorios.

20. Sobre esta base, el Ministerio italiano de Desarrollo Económico llevó a cabo la asignación de los multiplexores digitales.<sup>15</sup>

21. En el presente asunto, el litigio principal versa únicamente sobre una parte de esos multiplexores, concretamente los del primer grupo. Al sentirse perjudicada por el método de conversión de las frecuencias analógicas en digitales<sup>16</sup> respecto a sus competidores de mayor tamaño, TIMB interpuso una demanda ante el Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio<sup>17</sup> (en lo sucesivo, «TAR») con el fin de obtener un multiplexor más del mencionado primer grupo, así como una indemnización por daños y perjuicios.

22. Ante el TAR, TIMB alegó, en particular, que en su caso la conversión de las antiguas frecuencias analógicas a las nuevas frecuencias digitales había dado como resultado una proporción menos favorable que en el caso de Rai y Mediaset. En efecto, mientras que TIMB recibió un multiplexor por dos frecuencias analógicas, lo que significaba una proporción del 50 %, a Rai y Mediaset se les concedieron dos multiplexores a cada una por las tres cadenas de televisión analógica que tenían respectivamente, lo que representaba una proporción más favorable de un 66,67 %. Asimismo, TIMB criticó que la conversión a frecuencias digitales se había llevado a cabo, en el caso de Rai y Mediaset, teniendo en cuenta las cadenas de televisión analógica que hasta ese momento habían explotado esos dos operadores de redes sin respetar los límites legales establecidos para evitar concentraciones, es decir, de forma ilegal.

<sup>14</sup> Sobre el concepto de dividendo digital, véase el considerando 26 de la Directiva 2009/140; véase también el punto 1 de la Comunicación de la Comisión Europea de 13 de noviembre de 2007, «Aprovechar plenamente las ventajas del dividendo digital en Europa: un planteamiento común del uso del espectro liberado por la conversión al sistema digital», COM(2007) 700 final.

<sup>15</sup> Ministero dello sviluppo economico (MiSE).

<sup>16</sup> Véase el punto 19, primer guion, de las presentes conclusiones.

<sup>17</sup> Tribunal Regional de lo Contencioso-Administrativo del Lazio, Italia.

23. Tras no prosperar su demanda en primera instancia,<sup>18</sup> TIMB insistió en sus pretensiones en la apelación presentada ante el Consiglio di Stato,<sup>19</sup> el órgano jurisdiccional remitente. Durante este procedimiento de apelación ante el Consiglio di Stato, se produjo la fusión de TIMB con Rete A, que a su vez ya era titular de dos multiplexores. La nueva empresa resultante de dicha fusión, llamada Persidera, dispone desde entonces de un total de cinco multiplexores, el número máximo legalmente permitido en Italia para cada operador de redes, como ya se ha expuesto.

#### IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

24. Mediante resolución de 2 de julio de 2015, recibida en el Tribunal de Justicia el 24 de febrero de 2016, el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) ha suspendido el procedimiento y ha planteado al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales con arreglo al artículo 267 TFUE:

- 1) ¿Se opone el Derecho de la Unión y, en particular, los artículos 56 TFUE, 101 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE, el artículo 9 de la Directiva 2002/21/CE, los artículos 3, 5 y 7 de la Directiva 2002/20/CE y los artículos 2 y 4 de la Directiva 2002/77/CE, así como los principios de no discriminación, transparencia, libre competencia, proporcionalidad, efectividad y pluralismo de la información, a una normativa nacional que, a efectos de determinar el número de canales digitales que han de asignarse a los operadores en el momento de la conversión de los canales analógicos, exija que se consideren del mismo modo los canales analógicos utilizados de forma legítima y aquellos de los que se hubiera hecho uso en el pasado vulnerando los límites para evitar concentraciones establecidos en normas nacionales que ya han sido objeto de crítica por parte del Tribunal de Justicia o de la Comisión Europea, o, en todo caso, sin disponer de una concesión?
- 2) ¿Se opone el Derecho de la Unión y, en particular, los artículos 56 TFUE, 101 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE, el artículo 9 de la Directiva 2002/21/CE, los artículos 3, 5 y 7 de la Directiva 2002/20/CE, y los artículos 2 y 4 de la Directiva 2002/77/CE, así como los principios de no discriminación, transparencia, libre competencia, proporcionalidad, efectividad y pluralismo de la información, a una normativa nacional que, a efectos de determinar el número de canales digitales que han de asignarse a los operadores en el momento de la conversión de los canales analógicos, al exigir que se tomen en consideración todos los canales analógicos que se hayan gestionado de cualquier forma hasta ese momento, incluso incumpliendo los límites para evitar concentraciones establecidos en normas nacionales que ya han sido objeto de crítica por parte del Tribunal de Justicia o de la Comisión Europea, o, en todo caso, sin disponer de una concesión, tenga como consecuencia, en particular, que se reduzca el número de canales digitales asignados a un operador que explota varios canales con respecto a aquellos que utilizaba en el sistema analógico, en una medida proporcionalmente superior a la aplicada a sus competidores?

25. Han presentado observaciones por escrito en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia Persidera, Rai y Reti televisive italiane (en lo sucesivo, «RTI»),<sup>20</sup> el Gobierno italiano, el Gobierno esloveno y la Comisión Europea. Esas mismas partes, excepto Eslovenia, estuvieron representadas también en la vista celebrada el 2 de febrero de 2016, a continuación de la correspondiente al asunto C-560/15.

18 Véase la sentencia n.º 1398/2014 del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio.

19 Consejo de Estado, Italia.

20 RTI pertenece al grupo Mediaset.

## V. Apreciación

### A. Admisibilidad de la petición de decisión prejudicial

26. Con arreglo al artículo 94 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia,<sup>21</sup> la petición de decisión prejudicial debe contener también, además de la cuestión prejudicial, los datos necesarios acerca del marco fáctico y normativo del litigio principal. Asimismo, el órgano jurisdiccional remitente debe señalar qué relación existe entre las disposiciones de Derecho de la Unión que han de interpretarse y el litigio principal, así como las razones que le llevan a preguntarse sobre la interpretación o la validez de dichas disposiciones. Según la jurisprudencia, los datos relativos al marco fáctico y normativo revisten particular importancia en los procedimientos en materia de Derecho de la competencia.<sup>22</sup>

#### *1. Irrelevancia de las disposiciones de Derecho primario para la resolución del litigio*

27. Tal y como acertadamente señalan RTI y el Gobierno italiano, la petición de decisión prejudicial no contiene en el presente asunto ninguna aclaración acerca de la relevancia que se atribuye a las disposiciones de Derecho primario de los artículos 56 TFUE, 101 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE para la resolución del litigio principal.

28. En particular, respecto al artículo 56 TFUE, procede subrayar que todos los elementos del litigio principal se circunscriben al interior de un solo Estado miembro y que, en este asunto (a diferencia de lo que sucedió en su día en el asunto Centro Europa 7), el órgano jurisdiccional remitente no pretende invocar la prohibición de discriminación de los nacionales que contiene la Constitución italiana.<sup>23</sup> Por lo tanto, no se aprecia de qué manera puede el Tribunal de Justicia contribuir a la resolución del litigio principal con la interpretación que se le pide del artículo 56 TFUE.

29. Sobre las disposiciones en materia de competencia de los artículos 101 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE baste con señalar que se refieren al comportamiento de las empresas, mientras que el presente asunto trata del comportamiento de los organismos del Estado en la adjudicación de frecuencias de televisión. Es cierto que el artículo 102 TFUE, párrafo primero, en relación con el artículo 106 TUE, apartado 1, prohíbe a los Estados miembros crear una situación en la que se facilite a determinadas empresas (en este caso, Rai y Mediaset) abusar de una posición conjunta presuntamente dominante en el mercado.<sup>24</sup> Sin embargo, sería ir demasiado lejos considerar probable o incluso inevitable un comportamiento contrario a la competencia por parte de Rai y Mediaset sólo por la posiblemente errónea forma de proceder de los organismos del Estado italiano en la adjudicación de las frecuencias de televisión digital.

21 El Tribunal de Justicia ha destacado la necesidad de respetar el artículo 94 del Reglamento de Procedimiento, por ejemplo en el auto de 12 de mayo de 2016, *Security Service y otros* (C-692/15 a C-694/15, EU:C:2016:344), apartado 18. Ya anteriormente se habían formulado, en jurisprudencia reiterada, requisitos de admisibilidad de las peticiones de decisión prejudicial de un contenido similar; véanse, entre otras muchas, las sentencias de 24 de abril de 2012, *Kamberaj* (C-571/10, EU:C:2012:233), apartado 42, y de 21 de diciembre de 2016, *Vervloet y otros* (C-76/15, EU:C:2016:975), apartados 56 y 57.

22 Véanse en este sentido el auto de 8 de octubre de 2002, *Viacom* (C-190/02, EU:C:2002:569), apartados 21 y 22, así como las sentencias de 26 de enero de 1993, *Telemarsicabruzzo y otros* (C-320/90 a C-322/90, EU:C:1993:26), apartado 7; de 31 de enero de 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59), apartado 58; de 21 de noviembre de 2013, *Deutsche Lufthansa* (C-284/12, EU:C:2013:755), apartado 20, y de 13 de febrero de 2014, *Airport Shuttle Express y otros* (C-162/12 y C-163/12, EU:C:2014:74), apartado 38.

23 Sentencia de 31 de enero de 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59), apartados 64 a 71, especialmente el apartado 69.

24 En este sentido, véanse las sentencias de 18 de junio de 1991, *ERT* (C-260/89, EU:C:1991:254), apartado 37; de 31 de enero de 2008, *Centro Europa 7* (C-380/05, EU:C:2008:59), apartado 60, y de 1 de julio de 2008, *MOTOE* (C-49/07, EU:C:2008:376), apartado 50; véanse también mis conclusiones presentadas en el asunto *Taricco y otros* (C-105/14, EU:C:2015:293), punto 60.

30. En caso de que el órgano jurisdiccional remitente simplemente quiera tratar de forma general el *tema de la competencia*, el Tribunal de Justicia puede ocuparse de él perfectamente en sus reflexiones sobre las tres Directivas 2002/20, 2002/21 y 2002/77, pero no es precisa una interpretación específica de los artículos 101 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE.

31. Por lo tanto, procede declarar inadmisibles las cuestiones prejudiciales en la medida en que tienen por objeto la interpretación de los artículos 56 TFUE, 101 TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE.

## ***2. Pertinencia de las cuestiones prejudiciales en relación con Persidera***

32. Por otro lado, el Gobierno italiano opina que la petición de decisión prejudicial carece de pertinencia, ya que, en cualquier caso, Persidera ha conseguido entretanto el máximo número admitido de cinco multiplexores con frecuencias de emisión para la televisión digital.

33. Es cierto que una petición de decisión prejudicial deberá ser inadmitida si se constata que el litigio principal ya está resuelto,<sup>25</sup> pero en el presente asunto no hay suficientes motivos para creer que así sea, ni mucho menos se puede decir que la solución sea manifiesta. Por el contrario, de los autos se desprende que Persidera no sólo reclama a los tribunales nacionales de lo contencioso-administrativo la asignación de un multiplexor digital más, sino también una indemnización por daños y perjuicios. Dado que no se puede descartar que se reconozca el derecho de la empresa a una indemnización por una conducta ilícita de los organismos del Estado italiano en el pasado, procede seguir presumiendo la pertinencia de las cuestiones prejudiciales.<sup>26</sup>

34. En consecuencia, se ha de desestimar la objeción del Gobierno italiano de que el litigio ya ha sido resuelto.

## ***3. Información suficiente sobre la presunta ilegalidad de dos canales de televisión***

35. Por último, se ha de analizar si la petición de decisión prejudicial debe ser declarada inadmisible debido a las insuficientes explicaciones que contiene sobre la ilegalidad afirmada por Persidera en relación con la explotación de dos canales de televisión por parte de sus competidores. Esta ilegalidad es la premisa sobre la que se basa toda la petición de decisión prejudicial: tanto la primera cuestión prejudicial como la segunda se refieren expresamente a ella.

36. Hay que reconocer que la resolución de remisión del Consiglio di Stato (Consejo de Estado) no es en este sentido ningún ejemplo de claridad y precisión. Hubiera sido deseable que en ella se aclarase de forma más concreta y estructurada en qué se fundamenta la presunta ilegalidad y qué consecuencias tiene. Sin embargo, sobre este extremo la resolución de remisión ofrece información fáctica y jurídica muy concisa.

37. No obstante, soy del parecer de que, pese a sus indiscutibles deficiencias, la petición de decisión prejudicial expresa con suficiente claridad el tipo de ilegalidad de que se trata. Tal y como se desprende de las dos cuestiones prejudiciales, se trata aquí de una presunta «vulneración de los límites para evitar concentraciones establecidos en normas nacionales» y de que dichos canales de televisión se operaban «sin disponer de una concesión».

<sup>25</sup> Sentencias de 20 de enero de 2005, García Blanco (C-225/02, EU:C:2005:34), y de 24 de octubre de 2013, Stoilov i Ko (C-180/12, EU:C:2013:693), así como el auto de 14 de octubre de 2010, Reinke (C-336/08, EU:C:2010:604).

<sup>26</sup> Sentencias de 7 de septiembre de 1999, Beck y Bergdorf (C-355/97, EU:C:1999:391), apartado 22; de 16 de junio de 2015, Gauweiler y otros (C-62/14, EU:C:2015:400), apartado 25; de 6 de septiembre de 2016, Petruhhin (C-182/15, EU:C:2016:630), apartado 20, y de 21 de diciembre de 2016, Vervloet y otros (C-76/15, EU:C:2016:975), apartado 57.

38. Por otro lado, según se deduce de los autos, las dos cadenas de televisión explotadas supuestamente de forma ilegal eran, por un lado, el canal «RAI 3», de la sociedad de televisión estatal Rai, y, por otro, el canal «Rete 4», del grupo privado Mediaset. En esencia, Persidera argumenta que, al realizarse la transición de la televisión analógica a la digital, el hecho de tener en cuenta esos dos canales constituyó un trato de favor injustificado a Rai y Mediaset en relación con sus competidores de menor tamaño. De esta forma, Rai y Mediaset obtuvieron más frecuencias digitales en forma de multiplexores de las que les hubieran correspondido.

39. Por lo tanto, el Tribunal de Justicia dispone de información suficiente para poder dar una respuesta útil a las cuestiones prejudiciales. Así lo dejan patente, sin ir más lejos, las propias observaciones presentadas por los numerosos intervinientes en el presente asunto ante el Tribunal de Justicia.<sup>27</sup>

40. En consecuencia, la petición de decisión prejudicial debe ser considerada admisible en lo que se refiere a la presunta ilegalidad de dos cadenas de televisión.

41. A este respecto no es obstáculo el hecho de que varios de los intervinientes (concretamente, Rai, RTI y el Gobierno italiano) hayan insistido en que, en realidad, no hay ilegalidad alguna en torno a «RAI 3» y «Rete 4». De acuerdo con reiterada jurisprudencia,<sup>28</sup> en cuanto a la situación fáctica y jurídica relevante para el procedimiento principal, el Tribunal de Justicia debe atenerse a la exposición del órgano jurisdiccional remitente, cuya exactitud no debe comprobar,<sup>29</sup> por mucho que la cuestionen determinados intervinientes (en este caso, Rai, RTI e Italia).

#### **4. Conclusión parcial**

42. En conclusión, la petición de decisión prejudicial sólo es inadmisibile en lo que se refiere a los artículos 56 TFUE, 101, TFUE, 102 TFUE y 106 TFUE. En cambio, por lo demás debe considerarse admisible.

### **B. Apreciación del contenido de las cuestiones prejudiciales**

43. Tanto los hechos del litigio principal como el Derecho aplicable se caracterizan por una considerable complejidad. Lamentablemente, ni las explicaciones del órgano jurisdiccional remitente ni las de las partes han logrado arrojar algo de luz sobre el asunto. Antes bien, han contribuido a complicarlo innecesariamente y a desviar la atención de lo esencial.

44. El presente procedimiento, como ya se ha indicado, debe apreciarse en el contexto de la transición de la televisión analógica a la digital en Italia, e ilustra desde el punto de vista jurídico un aspecto parcial de esta transición: se refiere exclusivamente al cálculo del número de radiofrecuencias digitales que habían de asignarse a los operadores de redes que ya operaban en el mercado de la televisión analógica. ¿En qué medida podía tenerse en cuenta, al calcular las frecuencias digitales que habían de adjudicarse, el número de programas de televisión analógicos que habían emitido hasta ese momento las distintas empresas? ¿Podían tenerse en cuenta en el cálculo los canales de televisión analógicos operados presuntamente de forma ilegal (primera cuestión prejudicial), y podía dar lugar ese cálculo, desde el punto de vista aritmético, a distintas proporciones de adjudicación para cada operador de redes (segunda cuestión prejudicial)?

<sup>27</sup> Véase en este mismo sentido, entre otras muchas, la sentencia de 18 de octubre de 2011, Boxus y otros (C-128/09 a C-131/09, C-134/09 y C-135/09, EU:C:2011:667), apartado 27.

<sup>28</sup> Véanse, en particular, las sentencias de 25 de enero de 2011, Neukirchinger (C-382/08, EU:C:2011:27), apartado 41, y de 6 de octubre de 2015, Târșia (C-69/14, EU:C:2015:662), apartado 13.

<sup>29</sup> Jurisprudencia reiterada; véanse, entre otras, las sentencias de 13 de octubre de 2016, Polkomtel (C-231/15, EU:C:2016:769), apartado 16, y de 31 de enero de 2017, Lounani (C-573/14, EU:C:2017:71), apartado 56.

45. En mi opinión, las dos cuestiones planteadas por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) están tan estrechamente relacionadas entre sí que se impone su consideración conjunta.

### **1. Disposiciones y principios relevantes de Derecho de la Unión**

46. Para responder a las dos cuestiones prejudiciales son relevantes, primordialmente, diversas disposiciones de Derecho derivado del nuevo marco regulador común, concretamente los artículos 8 y 9 de la Directiva 2002/21, 3, 5 y 7 de la Directiva 2002/20 y 2 y 4 de la Directiva 2002/77. Todas estas disposiciones ponen de manifiesto, en conjunto, que los Estados miembros gozan de un cierto margen de apreciación en la adjudicación de las frecuencias, si bien deben ejercerlo observando los principios generales del Derecho de la Unión de no discriminación, transparencia y proporcionalidad, además de velar por una gestión eficaz de las frecuencias y tomando en debida consideración el principio de competencia y el pluralismo de los medios.

47. Las disposiciones y principios mencionados no se han de observar únicamente en la primera adjudicación de frecuencias, sino también en toda adjudicación posterior, es decir, también en la aquí controvertida transición de las frecuencias analógicas a las digitales.<sup>30</sup> En efecto, por un lado, el nuevo marco regulador común es aplicable a todas las operaciones que den lugar a una adjudicación de frecuencias;<sup>31</sup> de lo contrario no podría alcanzarse el objetivo propuesto por el Derecho de la Unión de crear un estado duradero conforme con las exigencias del nuevo marco regulador común. Por otro lado, especialmente la transición a la nueva tecnología de la televisión digital supuso en realidad una primera adjudicación de este nuevo tipo de frecuencias de emisión.

48. En el presente asunto era evidente y comprensible qué método se iba a aplicar en Italia para la conversión de las frecuencias de televisión analógicas utilizadas hasta entonces en frecuencias digitales. Por lo tanto, el problema no es tanto de falta de transparencia en la operación de conversión, sino que Persidera, debido al *método de conversión* elegido por las autoridades italianas, se siente *perjudicada* en relación con sus competidores de mayor tamaño (concretamente, Rai y Mediaset), de modo que, en definitiva, el litigio gira en torno al principio de igualdad de trato o de no discriminación,<sup>32</sup> en cuya aplicación también desempeñan un importante papel, como es lógico, los demás principios en que se basa el nuevo marco regulador común, además de las consideraciones de proporcionalidad.

49. Al igual que todos los principios generales del Derecho de la Unión, tanto el principio de igualdad de trato como el principio de proporcionalidad deben ser observados por los Estados miembros cuando apliquen el Derecho de la Unión.<sup>33</sup> Los Estados miembros no deben apoyarse en ninguna interpretación de las Directivas pertinentes que entre en conflicto con los principios generales del Derecho de la Unión.<sup>34</sup> Por lo demás, el nuevo marco regulador común, por su parte, plasma esta

30 En sentido similar, véase la sentencia de 21 de marzo de 2013, Belgacom y otros (C-375/11, EU:C:2013:185), apartados 37 a 39, sobre la aplicación de la Directiva 2002/20 a la ampliación de los derechos de uso de radiofrecuencias ya asignados.

31 En este sentido apunta, por ejemplo, el artículo 7, apartado 2, de la Directiva 2002/20, donde se habla de otorgar «nuevos» derechos de uso de radiofrecuencias.

32 Sobre esta terminología, véase, por ejemplo, la sentencia de 12 de septiembre de 2006, Eman y Sevinger (C-300/04, EU:C:2006:545), apartado 57; por razones de simplicidad, en lo sucesivo hablaré siempre del principio de igualdad de trato.

33 Sobre la necesidad de observar los principios generales del Derecho de la Unión, véanse, con carácter fundamental, las sentencias de 10 de marzo de 2009, Heinrich (C-345/06, EU:C:2009:140), apartado 45, segunda frase, y de 26 de abril de 2005, «Goed Wonen» (C-376/02, EU:C:2005:251), apartado 32; especialmente sobre el principio de igualdad de trato, la sentencia de 11 de julio de 2006, Chacón Navas (C-13/05, EU:C:2006:456), apartado 56, frases primera y segunda, y sobre el principio de proporcionalidad, sentencias de 10 de marzo de 2005, Tempelman y van Schaijk (C-96/03 y C-97/03, EU:C:2005:145), apartado 46, y de 9 de marzo de 2010, ERG y otros (C-379/08 y C-380/08, EU:C:2010:127), apartado 86.

34 Sentencias de 6 de noviembre de 2003, Lindqvist (C-101/01, EU:C:2003:596), apartado 87; de 26 de junio de 2007, Ordre des barreaux francophones et germanophone y otros (C-305/05, EU:C:2007:383), apartado 28, segunda frase; de 21 de diciembre de 2011, NS (C-411/10 y C-493/10, EU:C:2011:865), apartado 77, y de 19 de septiembre de 2013, reexamen de Comisión/Strack (C-579/12 RX-II, EU:C:2013:570), apartado 40.

obligación de Derecho primario en el Derecho derivado y la concreta, en particular, en los artículos 8, apartado 1, y 9, apartado 1, segunda frase, y en el considerando 19 de la Directiva 2002/21; en los artículos 5, apartado 2, párrafo segundo, y 7, apartado 3, de la Directiva 2002/20, y, por último, en los artículos 2, apartado 4, y 4, punto 2, de la Directiva 2002/77.<sup>35</sup>

## 2. Principio de igualdad de trato

50. El principio de igualdad de trato del Derecho de la Unión, que entretanto ha quedado consagrado también en los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales, exige, según reiterada jurisprudencia, que no se traten de manera diferente situaciones que son comparables y que situaciones diferentes no sean tratadas de manera idéntica, salvo que este trato esté justificado objetivamente.<sup>36</sup>

### a) Diferencia de trato

51. La comparabilidad de las situaciones se ha de apreciar, en particular, a la luz del objetivo y de la finalidad de la medida de que se trate. A este respecto deben tenerse en cuenta también los principios y objetivos del ámbito al que pertenece el acto en cuestión.<sup>37</sup>

52. Por lo tanto, en el presente asunto procede analizar la situación de Rai, Mediaset y Persidera en cuanto a la asignación de cada uno de los ocho multiplexores que se habían de adjudicar dentro del primer grupo de frecuencias de televisión digital.<sup>38</sup> Como ya he expuesto, dichas frecuencias se destinaban a asegurar la continuidad de la oferta televisiva y debían adjudicarse exclusivamente a operadores de redes que ya fuesen titulares anteriormente de cadenas de televisión analógica.

53. Especialmente en relación con la asignación de estos ocho multiplexores y con los objetivos con ello perseguidos, Rai, Mediaset y Persidera se encontraban, aparentemente, en una situación absolutamente idéntica: las tres ya explotaban hasta ese momento cadenas de televisión analógica en Italia. Por lo tanto, conforme al plan de atribución de frecuencias definido para Italia, todas ellas podían reclamar frecuencias digitales del primer grupo de ocho multiplexores que les permitieran continuar con sus respectivos programas televisivos.

54. Sin duda, desde el punto de vista *formal*, no existió diferencia de trato alguna a este respecto entre Rai, Mediaset y Persidera. Por el contrario, a todos los operadores de cadenas de televisión analógica que ya había en Italia se les aplicó el mismo método de conversión, conforme al cual a todos los operadores de redes que ya ofrecían televisión analógica se les asignó al menos un multiplexor digital, y los que de entre ellos poseían hasta entonces varias cadenas de televisión analógica recibieron un multiplexor digital menos de los que les habrían correspondido realmente de acuerdo con el número de sus cadenas analógicas.

35 Los artículos 2, apartado 4, y 4, punto 2, de la Directiva 2002/77 hablan de criterios «proporcionales», lo que constituye, obviamente, una referencia al principio de proporcionalidad.

36 Sentencias de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros (C-127/07, EU:C:2008:728), apartado 23; de 14 de septiembre de 2010, Akzo Nobel Chemicals y Akros Chemicals/Comisión (C-550/07 P, EU:C:2010:512), apartados 54 y 55, y de 21 de diciembre de 2016, Vervloet y otros (C-76/15, EU:C:2016:975), apartado 74.

37 Sentencias de 16 de diciembre de 2008, Arcelor Atlantique et Lorraine y otros (C-127/07, EU:C:2008:728), apartados 25 y 26; de 1 de marzo de 2011, Association belge des Consommateurs Test-Achats y otros (C-236/09, EU:C:2011:100), apartado 29; de 11 de julio de 2013, Ziegler/Comisión (C-439/11 P, EU:C:2013:513), apartado 167, y de 6 de noviembre de 2014, Feakins (C-335/13, EU:C:2014:2343), apartado 51.

38 Véase el punto 19 de las presentes conclusiones.

55. No obstante, el principio de igualdad de trato comprende no sólo las diferencias de trato formales (directas, inmediatas), sino también las *materiales* (indirectas, mediatas) en las que la aplicación de un criterio aparentemente neutro en la práctica repercute de forma especialmente negativa sobre un determinado afectado o grupo de afectados.<sup>39</sup>

56. En el presente asunto, el mencionado método de conversión resultó especialmente perjudicial para Persidera (anteriormente, TIMB), que, a diferencia de los dos grandes operadores Rai y Mediaset, hasta entonces no disponía de tres cadenas de televisión analógica, sino de sólo dos. Así, mientras que para Rai y Mediaset la proporción resultante fue del 66,67 % (les fueron asignados dos multiplexores digitales a cada uno por sus respectivas tres cadenas de televisión analógica), en el caso de Persidera (anteriormente, TIMB) esa proporción se quedó en el 50 % (por sus dos cadenas de televisión analógica TIMB obtuvo un único multiplexor digital).

57. Por lo tanto, el método elegido por Italia para la conversión de las antiguas radiofrecuencias analógicas a las nuevas radiofrecuencias digitales, no en cuanto al *método de conversión*, pero sí en cuanto al *resultado de la conversión* obtenido, dio lugar a una evidente diferencia de trato de Persidera respecto a sus dos grandes competidores, Rai y Mediaset.

### **b) Justificación**

58. El nuevo marco regulador común permite expresamente que, al asignar y utilizar las frecuencias, las autoridades nacionales adopten medidas dirigidas a alcanzar objetivos de interés general (véanse, en particular, el artículo 9, apartados 1, párrafo segundo, y 4, párrafo segundo, de la Directiva 2002/21, así como el artículo 5, apartados 1, segunda frase, último guion, y 2, párrafo segundo, de la Directiva 2002/20).<sup>40</sup>

59. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia se han alegado esencialmente dos justificaciones para la diferencia de trato descrita. Por un lado, el Estado italiano quería asegurar la continuidad de la oferta televisiva.<sup>41</sup> Por otro, hubiera sido imposible conseguir para cada operador de redes exactamente la misma proporción en la conversión, ya que la indivisibilidad de las frecuencias impedía adjudicar a las empresas fracciones de multiplexores. A continuación me voy a ocupar por separado de cada una de las dos justificaciones y someteré a un examen de proporcionalidad las medidas adoptadas para alcanzar dichos fines.

60. El principio de proporcionalidad, que forma parte de los principios generales del Derecho de la Unión, exige que las medidas adoptadas no rebasen los límites de lo que resulta adecuado y necesario para el logro de los objetivos legítimos perseguidos por la normativa controvertida, entendiéndose que, cuando se ofrezca una elección entre varias medidas adecuadas, debe recurrirse a la menos onerosa, y que las desventajas ocasionadas no deben ser desproporcionadas con respecto a los objetivos perseguidos.<sup>42</sup>

<sup>39</sup> Por ejemplo, desde la perspectiva del principio de no discriminación en cuanto a la libre circulación de trabajadores, véase la sentencia de 14 de febrero de 1995, Schumacker (C-279/93, EU:C:1995:31), apartado 49. Sobre el concepto dual de discriminación formal y material, véanse también, a título complementario, las conclusiones del Abogado General Lagrange presentadas en el asunto Italia/Comisión (13/63, EU:C:1963:9) y las del Abogado General VerLoren van Themaat presentadas en los asuntos acumulados Seco y Desquenette & Giral (62/81 y 63/81, EU:C:1981:305).

<sup>40</sup> Véase también el considerando 36 de la Directiva 2009/140.

<sup>41</sup> Rai alude adicionalmente a su particular obligación de prestar servicios públicos básicos. Sin embargo, este aspecto no ha sido considerado específicamente por el órgano jurisdiccional remitente, por lo que yo tampoco voy a entrar en detalles al respecto. Me limitaré a señalar que mis reflexiones acerca del aseguramiento de la continuidad de la oferta televisiva, especialmente las relativas a la proporcionalidad, son válidas también en cuanto a la adjudicación de frecuencias con el fin de garantizar los servicios públicos básicos.

<sup>42</sup> Sentencias de 11 de julio de 1989, Schröder HS Kraftfutter (265/87, EU:C:1989:303), apartado 21; de 3 de julio de 2003, Lennox (C-220/01, EU:C:2003:390), apartado 76, y de 10 de marzo de 2005, Tempelman y van Schaijk (C-96/03 y C-97/03, EU:C:2005:145), apartado 47; en idéntico sentido, las sentencias de 9 de marzo de 2010, ERG y otros (C-379/08 y C-380/08, EU:C:2010:127), apartado 86, y de 16 de junio de 2015, Gauweiler y otros (C-62/14, EU:C:2015:400, EU:C:2015:4), apartados 67 y 91.

61. De forma mucho más elegante, pero esencialmente idéntica, los tribunales franceses, por ejemplo, expresan en reiterada jurisprudencia que toda medida debe ser «adecuada, necesaria y proporcionada al fin perseguido con ella». <sup>43</sup> Igualmente concisa es la fórmula acuñada por la jurisprudencia alemana, que exige que toda injerencia en un derecho fundamental «sirva a un fin legítimo y, como medio para ese fin, sea adecuada, necesaria y proporcionada». <sup>44</sup>

62. Dado que en el presente asunto, junto con la libertad y el pluralismo de los medios, se ve afectado uno de los valores fundamentales para la convivencia en una sociedad democrática (véase también el artículo 11, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales), en el examen de la proporcionalidad deben aplicarse criterios estrictos. <sup>45</sup> Por lo tanto, una diferencia de trato sólo puede ser aceptada si es indispensable para alcanzar de forma coherente y sistemática objetivos de interés general.

*i) El aseguramiento de la continuidad de la oferta televisiva*

63. Por lo que respecta, en primer lugar, al aseguramiento de la continuidad de la oferta televisiva, se trata de un interés legítimo que puede ser invocado por las autoridades nacionales al elaborar su plan de atribución de frecuencias.

64. Dicha continuidad tiene por objeto, en particular, proteger a los consumidores, que son mencionados con carácter prominente en el considerando 6 de la Directiva 2002/21, y se refleja, además, en el postulado de «conseguir los máximos beneficios para los usuarios» [artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva 2002/20]. De esta manera se facilita a los consumidores el ejercicio de su derecho fundamental a la libertad de información (artículo 11, apartado 1, segunda frase, de la Carta de los Derechos Fundamentales), pero también la satisfacción de sus necesidades culturales, si, pese a la transición de la televisión analógica a la digital, siguen disponiendo de las cadenas de televisión a las que están habituados.

65. Esta continuidad de la oferta televisiva puede conseguirse perfectamente si las autoridades nacionales competentes reservan un grupo de los multiplexores digitales a los operadores de redes que hasta ese momento ya dispusieran de cadenas de televisión analógica y garantizan a cada uno de ellos que obtendrá un número suficiente de frecuencias digitales para mantener su anterior oferta analógica en formato digital.

66. Sin embargo, de acuerdo con reiterada jurisprudencia, una medida sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática. <sup>46</sup>

<sup>43</sup> En francés, «adaptée, nécessaire et proportionnée à la finalité qu'elle poursuit»; véanse, por ejemplo, las resoluciones del Conseil constitutionnel (Consejo Constitucional) n.º 2015-527 QPC, de 22 de diciembre de 2015 (FR:CC:2015:2015.527.QPC), apartados 4 y 12, y n.º 2016-536 QPC, de 19 de febrero de 2016 (FR:CC:2016:2016.536.QPC), apartados 3 y 10; en sentido similar, la sentencia del Conseil d'État (Consejo de Estado, actuando como Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo) n.º 317827, de 26 de octubre de 2011 (FR:CEASS:2011:317827.20111026).

<sup>44</sup> Véase, en particular, la reciente jurisprudencia del Bundesverfassungsgericht (Tribunal Constitucional) alemán; por ejemplo, BVerfGE 120, 274, 318 y 319 (DE:BVerfG:2008:rs20080227.1bvr037007), apartado 218. En este contexto, el término «angemessen» [utilizado en la versión alemana de las conclusiones] equivale a «proporcionado en sentido estricto».

<sup>45</sup> Véase en este sentido la sentencia de 8 de abril de 2014, Digital Rights Ireland y otros (C-293/12 y C-594/12, EU:C:2014:238), apartado 47, donde el Tribunal de Justicia subrayó que el alcance de la facultad de apreciación del legislador de la Unión puede resultar limitado en función de una serie de factores, entre los que figuran, en particular, el ámbito afectado, el carácter del derecho en cuestión garantizado por la Carta, la naturaleza y la gravedad de la injerencia, así como la finalidad de ésta.

<sup>46</sup> Sentencias de 10 de marzo de 2009, Hartlauer (C-169/07, EU:C:2009:141), apartado 55; de 17 de noviembre de 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri (C-169/08, EU:C:2009:709), apartado 42, y de 13 de julio de 2016, Pöpperl (C-187/15, EU:C:2016:550), apartado 34. Esta jurisprudencia recaída en relación con las libertades fundamentales debe ser válida también para el nuevo marco regulador común establecido en el Derecho derivado, máxime cuando éste se dirige a la realización de las libertades fundamentales.

67. En caso de que en el litigio principal, a tenor de las apreciaciones (quizá aún por hacer) del órgano jurisdiccional remitente, quede patente que, al recibir tres multiplexores cada una, Rai y Mediaset obtuvieron un exceso de adjudicación porque les fueron concedidas más frecuencias de las indispensables para la continuación de su anterior oferta televisiva analógica,<sup>47</sup> mientras que Persidera recibió menos frecuencias digitales de las necesarias o, en cualquier caso, no fue tratada con la misma generosidad, habría que concluir que el método de conversión aplicado por las autoridades italianas no fue coherente y, por tanto, no podría superar el examen de proporcionalidad.

68. Además, un exceso de adjudicación a favor de los dos líderes del mercado, RAI y Mediaset, sería contrario al principio de competencia. En efecto, entre las aspiraciones fundamentales del nuevo marco regulador común figura el fomento de la competencia [véanse, en particular, el artículo 7, apartado 1, letra a), de la Directiva 2002/20 y el artículo 8, apartado 2, de la Directiva 2002/21],<sup>48</sup> así como la prevención de las distorsiones de la competencia en el sector de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas [véanse, en particular, el artículo 5, apartado 6, de la Directiva 2002/20 y el artículo 8, apartado 2, letra b), de la Directiva 2002/21], y el fomento del pluralismo de los medios [véanse al respecto los artículos 8, apartado 1, párrafo tercero, y 9, apartado 4, párrafo segundo, letra d), y el considerando 6 de la Directiva 2002/21, así como el artículo 11, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales]. El principio de competencia y el pluralismo de los medios se concretan en la libertad garantizada por el Derecho de la Unión de suministrar redes y servicios de comunicaciones electrónicas (artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2002/20, y artículo 2, apartado 2, de la Directiva 2002/77). A este respecto, las autoridades nacionales están obligadas expresamente a velar por que la competencia no quede falseada a consecuencia de la transferencia o acumulación de derechos de uso de radiofrecuencias (artículo 5, apartado 6, segunda frase, de la Directiva 2002/20), y están facultadas para adoptar medidas destinadas a evitar el acaparamiento del espectro (artículo 9, apartado 7, de la Directiva 2002/21).

69. Pero si a las dos empresas más grandes con diferencia de las que operan en el mercado televisivo italiano (RAI y Mediaset) se les asignan más multiplexores digitales de los necesarios para el mantenimiento de su anterior oferta de televisión analógica, tal exceso de adjudicación puede generar la acumulación de frecuencias en manos de esas dos empresas líderes del mercado y reforzar aún más su ya de por sí poderosa posición competitiva frente a sus competidores de menor tamaño,<sup>49</sup> lo cual tenderá a limitar las posibilidades de elección de los consumidores y, en último término, redundará en un debilitamiento del pluralismo de los medios.

70. El principio de competencia se vería vulnerado de forma especialmente grave si se corroborase la premisa expresamente planteada por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) en la resolución de remisión, según la cual, en la conversión de las frecuencias de televisión analógica en frecuencias digitales, se tuvieron en cuenta también dos cadenas de televisión ilegalmente operadas por RAI y Mediaset («RAI 3» y «Rete 4»)<sup>50</sup>. En tal caso, RAI y Mediaset, en su condición de líderes del mercado

47 Tanto en la fase escrita del procedimiento ante el Tribunal de Justicia como en la vista, diversos intervinientes han señalado que con las frecuencias digitales pueden transmitirse simultáneamente varios programas de televisión. Se hablaba de usar un multiplexor digital para la transmisión de hasta cuatro programas, o incluso seis, en función de la calidad de transmisión. Por lo tanto, surge la cuestión de si no hubiese bastado con asignar un único multiplexor digital para que RAI y Mediaset pudiesen mantener su anterior oferta televisiva, que, según informan las partes, era de tres cadenas analógicas cada una. RAI y Mediaset se han opuesto en la vista a este planteamiento. En último término, corresponderá al órgano jurisdiccional remitente realizar todas las apreciaciones de hecho oportunas a este respecto y extraer de ahí las conclusiones necesarias. Al hacerlo, deberá tener en cuenta que las frecuencias digitales aquí controvertidas, pertenecientes al primer grupo, estaban destinadas únicamente a la *continuación* de la oferta televisiva anterior, y no a su *ampliación* o a su *mejora* sustancial (al margen de la mejora que pueda derivarse de la propia transformación en una transmisión digital).

48 Véase también la sentencia de 23 de abril de 2015, Comisión/Bulgaria (C-376/13, EU:C:2015:266), apartado 69.

49 Véase al respecto también la sentencia de 31 de enero de 2008, Centro Europa 7 (C-380/05, EU:C:2008:59), apartados 98 y 99, donde el Tribunal de Justicia subrayó que son incompatibles con las Directivas del nuevo marco regulador común las medidas cuyo efecto sea fosilizar las estructuras del mercado nacional y proteger la posición de los operadores nacionales que ya desarrollaban alguna actividad en dicho mercado.

50 No incumbe al Tribunal de Justicia juzgar en el procedimiento prejudicial si las cadenas de televisión «RAI 3» y «Rete 4» realmente se operaban o se operan aún de forma ilícita. A los efectos del presente procedimiento prejudicial, el Tribunal de Justicia debe partir de las premisas formuladas por el Consiglio di Stato (Consejo de Estado) y basar en ellas su apreciación.

italiano, habrían obtenido en definitiva de forma ilícita su especialmente ventajosa proporción del 66,67 % en la conversión (dos multiplexores digitales cada una por sus respectivas tres cadenas de televisión analógica). Dicha ventaja, que en último término sólo sería consecuencia de la perpetuación de una situación ilegal, debería considerarse contraria a la competencia.

71. Tanto un exceso de adjudicación de frecuencias digitales a Rai y Mediaset como la posible consideración de cadenas de televisión operadas ilegalmente en la conversión de las frecuencias analógicas en digitales sería absolutamente contrario al objetivo señalado por el legislador de la Unión de fomentar la competencia en el sector de las redes y servicios de comunicaciones electrónicas y de favorecer el pluralismo de los medios.

72. En tales circunstancias no sería admisible invocar como justificación de la diferencia de trato entre Rai y Mediaset, por un lado, y Persidera, por otro, el aseguramiento de la continuidad de la programación televisiva.

*ii) La preservación de la indivisibilidad de las frecuencias*

73. Por lo que respecta, a continuación, a la indivisibilidad de las frecuencias, se trata de un condicionante que, por la propia naturaleza de las cosas, podía y debía ser tenido en cuenta también en la transición del antiguo sistema de radiofrecuencias analógicas al nuevo sistema de frecuencias digitales. En último término, el hecho de evitar fraccionamientos en la adjudicación de frecuencias es un aspecto parcial de la gestión eficaz y del uso eficiente de las frecuencias televisivas, que los Estados miembros deben procurar y garantizar con arreglo a los artículos 8, apartado 2, letra d), y 9, apartados 1 y 4, párrafo segundo, letra c), de la Directiva 2002/21 y al artículo 5, apartados 2, párrafo primero, 5 y 6, primera frase, de la Directiva 2002/20.

74. Sin duda, la adjudicación de un tercer multiplexor tanto a Rai como a Mediaset era un medio adecuado para repartir los ocho multiplexores disponibles en el primer grupo preservando su indivisibilidad y evitando repartir fracciones entre todos los operadores de redes autorizados.

75. Sin embargo, la referida adjudicación de un tercer multiplexor a Rai y a Mediaset no era la única opción para preservar la indivisibilidad de las frecuencias. Este propósito se hubiera podido lograr también con otros medios menos perjudiciales para la competencia.

76. En particular, las autoridades italianas podrían haber adjudicado los eventuales multiplexores sobrantes del primer grupo,<sup>51</sup> conforme a criterios objetivos, al operador u a los operadores de redes que mejor pudiesen aprovechar esas frecuencias para reforzar la competencia y para dar continuidad a sus programas de televisión analógica anteriores. No hay ningún motivo para afirmar que esos operadores hubiesen sido los dos líderes del mercado, RAI y Mediaset.

77. Alternativamente, las autoridades italianas podrían haber asignado los multiplexores sobrantes del primer grupo, en su caso (sin perjuicio de las apreciaciones adicionales que haga el órgano jurisdiccional remitente), a distintos operadores de redes para su uso conjunto, de manera que cada uno de esos operadores de redes tuviese derecho a utilizar las frecuencias digitales de esos multiplexores en días de la semana preestablecidos o a horas preestablecidas, para la emisión de sus programas de televisión.

78. Habida cuenta de las coincidentes alegaciones de las partes, según las cuales cada multiplexor digital permite la transmisión simultánea de diversos programas de televisión, el órgano jurisdiccional remitente deberá comprobar, asimismo, si no hubiera sido posible el uso de un mismo multiplexor para la transmisión de varios programas de televisión de distintos operadores.

<sup>51</sup> Véase a este respecto de nuevo el punto 19 de las presentes conclusiones.

79. En todo caso, cabe señalar que la preservación de la indivisibilidad de las frecuencias no justifica una diferencia de trato como la aquí controvertida entre Rai y Mediaset, por un lado, y Persidera, por otro.

## VI. Conclusión

80. En virtud de todo lo expuesto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales del Consiglio di Stato (Consejo de Estado, Italia) del modo siguiente:

«Los artículos 8 y 9 de la Directiva 2002/21, los artículos 3, 5 y 7 de la Directiva 2002/20 y los artículos 2 y 4 de la Directiva 2002/77 se oponen a un método nacional de adjudicación de las frecuencias de televisión digital cuyo efecto consiste en que los dos líderes del mercado obtienen más frecuencias digitales que sus competidores de menor tamaño en proporción a su respectivo número de cadenas de televisión analógica anteriores, a no ser que tal forma de proceder esté justificada para alcanzar objetivos legítimos de interés general.

Entre esos objetivos legítimos figuran el aseguramiento de la continuidad de la programación televisiva y la preservación de la indivisibilidad de las frecuencias de televisión. No obstante, una diferencia de trato entre los operadores de redes que se base en esos objetivos debe mantenerse dentro de los límites estrictos de lo indispensable para alcanzar dichos objetivos de forma coherente y sistemática, teniendo en cuenta el principio de competencia en que se basan las tres Directivas y el pluralismo de los medios.

Supondría una vulneración especialmente grave del principio de competencia el hecho de que el método nacional de adjudicación de las frecuencias de televisión digital proporcionase a los dos líderes del mercado más frecuencias que a sus competidores de menor tamaño merced a la consideración de cadenas de televisión analógica operadas hasta entonces de forma ilegal.»