CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. M. POIARES MADURO
presentadas el 1 de octubre de 2009[1]

I. Antecedentes fácticos y jurídicos

1. Una de las funciones más difíciles pero a la vez fundamentales del Tribunal de Justicia es la de controlar los límites de las acciones de la Unión. Ello es de la mayor importancia para preservar el equilibrio de poder entre los Estados y la Unión. También es esencial para el mantenimiento de un equilibrio de poder apropiado entre las mismas instituciones de la Unión. Además, el ejercicio del control de las acciones de la Unión es importante para garantizar la debida responsabilidad política dentro de los Estados (ya que la Unión afecta a sus equilibrios internos de poder) y la distribución adecuada de esa responsabilidad política entre la Unión y los Estados (de modo que los ciudadanos conozcan quién es en realidad responsable de algo). El control judicial no es sin embargo el único medio de control de las competencias de la Unión, y en particular de la Comunidad. Los procedimientos de adopción de decisiones a los que están sometidas las competencias de la Comunidad y la participación que ésos atribuyen a los Estados miembros y a las diferentes instituciones de la Comunidad constituyen a menudo la forma más eficaz de controlar esas competencias. Puede afirmarse con seguridad que durante largo tiempo el Tribunal de Justicia no tuvo que ejercer una función predominante en el control de las competencias de la Comunidad precisamente porque ya existían límites claros de esas competencias inherentes a sus procedimientos de adopción de decisiones. Sin embargo, de forma creciente, con el aumento de las competencias de la Comunidad y los cambios en los procedimientos relevantes de adopción de decisiones, se pide al Tribunal de Justicia que ejerza esa función. Una de las esferas más difíciles abarca la amplitud de las competencias de la Comunidad en el contexto del mercado interior, y en particular el alcance de la potestad de la Comunidad para legislar con fundamento en el artículo 95 CE. El presente asunto es un buen ejemplo: en su núcleo está la cuestión de si la Comunidad puede regular precios en virtud del artículo 95 CE, y si lo puede hacer, con qué amplitud y conforme a qué requisitos. No cabe duda de que en el contexto del funcionamiento del mercado interior la Comunidad tiene la potestad para intervenir respecto a los precios fijados por las empresas (en virtud de las reglas sobre la competencia) o por los Estados miembros (en especial conforme a las reglas sobre la libre circulación). ¿Pero puede la Comunidad misma adoptar una legislación, basada en el artículo 95 CE, que establezca por ejemplo ciertos límites de precios? Si es así, ¿en qué circunstancias puede hacerlo? La respuesta que ha de dar el Tribunal de Justicia dependerá de la interpretación general de la finalidad del artículo 95 CE. A mi parecer la interpretación del artículo 95 CE que el Tribunal de Justicia ha enunciado pone de manifiesto que ésa no es una disposición que pretenda conferir a la Comunidad una potestad general de regulación respecto al mercado interior. Al mismo tiempo sin embargo el Tribunal de Justicia no ha limitado el artículo 95 CE a la atribución de potestad a la Comunidad sólo en la medida necesaria para eliminar los obstáculos al funcionamiento del mercado interior. La razón de ello se encuentra en la

1 — Lengua original: inglés.

naturaleza dual de esa disposición. Ésta se propone hacer posible la adopción de medidas que tengan como objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, pero esas medidas comunitarias sustituyen a medidas estatales que persiguen diversos fines reguladores del mercado. El hecho de que la intervención de la Comunidad se haga necesaria a los efectos del mercado interior no debe afectar a la prosecución de esos otros objetivos reguladores. Cualquier interpretación que se haga del artículo 95 CE tiene que preservar ese equilibrio. La justificación de la intervención comunitaria deriva de la finalidad de integración del mercado pero esa intervención comunitaria debe preservar la libertad política de elección entre una variedad de opciones de política en la regulación del mercado. Esa consideración subyacente tiene que guiar la interpretación y la aplicación del artículo 95 CE al presente asunto.

2. El presente asunto lleva consigo una impugnación del Reglamento (CE) nº 717/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2007, relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad y por el que se modifica la Directiva 2002/21/CE (DO L 171, p. 32) (en lo sucesivo, «Reglamento sobre itinerancia»), que modificó el marco regulador común (en lo sucesivo, «MRC») con objeto de establecer precios máximos de ámbito comunitario (denominados la «Eurotarifa») en relación con la itinerancia [2] en las redes públicas de telefonía móvil en los Estados miembros. El MRC es una serie de medidas comunitarias que establecieron un conjunto de procedimientos armonizados que regían el marco regulador relativo a los servicios de comunicación electrónica en la Unión. Antes de la adopción del Reglamento sobre itinerancia, el MRC no atribuía a las instituciones comunitarias la facultad de fijar precios máximos de ámbito comunitario respecto a la itinerancia.

3. Vodafone y otros interesados ejercieron una acción ante la High Court of England and Wales mediante la que impugnaron la validez del Reglamento sobre itinerancia. El tribunal nacional ha planteado las siguientes cuestiones al Tribunal de Justicia conforme al artículo 234 CE:

«1) ¿Es inválido el Reglamento (CE) nº 717/2007, en todo o en parte, a causa de la inadecuación del artículo 95 CE como su base jurídica?

2 — La «itinerancia» designa el uso de la red de un proveedor de comunicación móvil en un Estado miembro distinta de la red del teléfono móvil del usuario.

2) ¿Es inválido el artículo 4 del Reglamento (CE) nº 717/2007 [junto con los artículos 2, apartado 2, letra a), y 6, apartado 3), en la medida en que se refieren a la Eurotarifa y a las obligaciones relativas a la Eurotarifa], por el motivo de que la imposición de un precio máximo respecto a las tarifas de itinerancia al por menor vulnera el principio de proporcionalidad y/o el de subsidiariedad?»

4. Como esas cuestiones indican, la impugnación del Reglamento se basa en alegaciones de que el Reglamento sobre itinerancia es inválido debido a que el artículo 95 CE no ofrecía una base jurídica adecuada para la acción comunitaria, y que, incluso en caso contrario, la imposición por el Reglamento de controles de precios al por menor constituía una vulneración de los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad. Me propongo examinar en primer lugar la cuestión de la base jurídica antes de considerar las cuestiones suscitadas sobre la proporcionalidad y la subsidiariedad.

5. Las reglas relevantes del artículo 95 CE disponen lo siguiente:

«1. No obstante lo dispuesto en el artículo 94 y salvo que el presente Tratado disponga otra cosa, se aplicarán las disposiciones siguientes para la consecución de los objetivos enunciados en el artículo 14. El Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptará las medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

2. El apartado 1 no se aplicará a las disposiciones fiscales, a las disposiciones relativas a la libre circulación de personas ni a las relativas a los derechos e intereses de los trabajadores por cuenta ajena.

3. La Comisión, en sus propuestas previstas en el apartado 1 referentes a la aproximación de las legislaciones en materia de salud, seguridad, protección del medio ambiente y protección de los consumidores, se basará en un nivel de protección elevado, teniendo en cuenta especialmente cualquier novedad basada en hechos científicos. En el marco de sus respectivas competencias, el Parlamento Europeo y el Consejo procurarán también alcanzar ese objetivo.»

6. Las reglas relevantes del artículo 14 CE disponen que:

«1. La Comunidad adoptará las medidas destinadas a establecer progresivamente el mercado interior en el transcurso de un período que terminará el 31 de diciembre de 1992, de conformidad con las disposiciones del presente artículo, de los artículos 15 y 26, del apartado 2 del artículo 47 y de los artículos 49, 80, 93 y 95 y sin perjuicio de lo establecido en las demás disposiciones del presente Tratado.

2. El mercado interior implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del presente Tratado.»

A. Base jurídica

7. Como el Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente, el artículo 95 CE puede utilizarse como base jurídica cuando existan disparidades actuales o potenciales entre las regulaciones nacionales que «puedan obstaculizar el ejercicio de las libertades fundamentales o crear distorsiones de la competencia». [3] Las medidas adoptadas con esa base serán válidas sólo «cuando del propio acto jurídico se deriva objetiva y efectivamente que su finalidad es mejorar las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior». [4] El artículo 95 CE no constituye la base de una competencia general para regular el mercado interior. [5] Por tanto la legislación basada en el artículo 95 CE no debe proponerse sólo regular el mercado interior de la forma que considere deseable el legislador comunitario. Como el Tribunal de Justicia ya ha declarado, permitir esa utilización del artículo 95 CE sería contrario al propio tenor literal de las disposiciones antes citadas, y vulneraría el importante principio constitucional según el cual las competencias de la Comunidad son competencias de atribución. [6] Además, ello entraría en conflicto con la existencia de otras bases jurídicas en el Tratado que atribuyen potestades específicas a la Comunidad para regular aspectos singulares del mercado.

8. Eso no significa que la legislación adoptada en virtud del artículo 95 CE no pueda perseguir objetivos de regulación independientes. En realidad, si se interpretara el artículo 95 CE en el sentido de que sólo confiere a la Comunidad las potestades necesarias para eliminar los obstáculos a la integración del mercado, la intervención de la Comunidad siempre subordinaría otros fines de regulación del mercado a lo que fuera estrictamente necesario para eliminar obstáculos a la libre circulación. Equivaldría a afirmar que el legislador comunitario sólo puede adoptar medidas que pretendan lograr el reconocimiento mutuo, en cuanto esas medidas siempre serían suficientes para prevenir la aparición o la prolongación de obstáculos a la libre circulación. Cualquier otra medida sería excesiva si, al actuar en virtud del artículo 95 CE con el objetivo de eliminar restricciones a la libre circulación, el legislador comunitario nunca pudiera ir más allá de lo que fuera suficiente para eliminar obstáculos a la libre circulación. Ello llevaría consigo que el artículo 95 CE sólo podría promover la integración del mercado mediante la desregulación de los mercados nacionales. Una interpretación como esa atribuiría al artículo 95 CE una preferencia específica de política siendo así que nada en el Tratado sustenta ese criterio. Como el Abogado General Fennelly ha expuesto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia «no exige que los artículos 7 A, 57, apartado 2, y 100 A del Tratado [(actualmente artículos 14 CE, 47 CE, apartado 2, y 95 CE, tras

3 — Sentencia de 10 de febrero de 2009, Irlanda/Parlamento y Consejo (C-301/06, Rec. p. I-593), apartados 63 y 64 (en lo sucesivo, sentencia «Conservación de datos»).

4 — Sentencia de 2 de mayo de 2006, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte/Parlamento y Consejo (C-217/04, Rec. p. I-3771), apartado 42.

5 — Sentencia de 5 de octubre de 2000, República Federal de Alemania/Parlamento y Consejo (C-376/98, Rec. p. I-8419), apartado 83.

6 — *Ibidem.*

su modificación)] sean interpretados como una especie de reglas constitucionales de signo liberal, que llevaría a la armonización en torno a la norma más laxa o incluso alrededor de alguna clase de punto intermedio situado entre las normas nacionales preexistentes». [7] Antes bien una interpretación correcta del artículo 95 CE tiene que diferenciar lo que origina la armonización comunitaria (el riesgo de restricciones de la libre circulación o de distorsiones de la competencia) y el alcance y contenido de esa armonización. Ésta debe poder perseguir los diversos objetivos de política usualmente pretendidos por las medidas nacionales que debe reemplazar la legislación comunitaria. Con otras palabras, el artículo 95 CE debe interpretarse en el sentido de que permite que el legislador comunitario persiga y pondere diversos fines de regulación una vez que su competencia nace de la necesidad de armonizar una materia determinada.

9. El artículo 95 CE puede constituir en realidad la base para una intensificación de la regulación, además de medidas de desregulación. Ello debe decidirse en principio mediante el proceso político. El artículo 95 CE, apartado 3, dispone ciertamente que la legislación para la que ofrece la base jurídica debe perseguir un nivel de protección elevado de la salud, la seguridad, el medio ambiente y los consumidores. Estos objetivos tienen que formar parte sin embargo de un marco legislativo global que tenga como objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior mediante la aproximación y la armonización de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros. Con otros términos, la medida comunitaria tiene que contribuir a la integración del mercado aun cuando no es necesario que se limite a lo que es estrictamente necesario para promover la integración del mercado. Si bien la promoción de la integración del mercado es un requisito necesario para que la Comunidad tenga competencia conforme al artículo 95 CE, el ejercicio de su competencia no tiene que estar limitado a la integración del mercado. Si así fuera se pondría en cuestión la prosecución de otros fines legítimos de regulación que los Estados ya no podrían perseguir por sí mismos.

10. El núcleo de la impugnación del Reglamento por el motivo de su base jurídica se refiere a este aspecto. Vodafone afirma que, dado que el MRC ya había realizado la armonización completa de la regulación del sector de la telefonía móvil por los Estados miembros, el Reglamento sobre itinerancia no podía tener como objeto la armonización de las reglas de los Estados miembros en esa materia. En consecuencia el Reglamento representaba una utilización no permisible del artículo 95 CE para los fines de la regulación del mercado interior.

11. Sin embargo, como el Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente, el hecho de que se haya adoptado previamente en un determinado ámbito una armonización exhaustiva basada en el artículo 95 CE «no implica en modo alguno que el legislador comunitario no pueda modificar o adaptar tales normas

7 — *Ibidem,* Conclusiones del Abogado General Fennelly, punto 85.

y, en caso necesario, establecer otras nuevas, con el fin de alcanzar los objetivos» de las medidas de armonización iniciales. [8] Como antes he expuesto esos objetivos no tienen que limitarse a la integración del mercado, aun si ésta es necesaria para justificar el ejercicio de la competencia comunitaria. Mantener otra cosa significaría que la Comunidad no podría subsanar las deficiencias de las medidas de armonización basadas en el artículo 95 CE. Cuando el legislador comunitario actúe con fundamento en el artículo 95 CE lo hará de una forma que refleje determinadas opciones de política. Ello lleva consigo, por ejemplo, la selección de un nivel específico de protección del consumidor y la preterición de otras opciones que establecerían niveles mayores o menores de tal protección. Esas opciones pueden tener consecuencias negativas imprevistas, o bien, como ocurre en las sociedades democráticas, las mayorías políticas cambiantes pueden estimar que una decisión anterior realizó una ponderación inadecuada entre los diversos intereses afectados. Sería absurdo y antidemocrático que el legislador comunitario no pudiera reconsiderar las opciones anteriores de política elegidas en el contexto de la legislación adoptada con base en el artículo 95 CE, a fin de reflejar cambios en la opinión pública y avances del conocimiento, o para dar respuesta a las consecuencias negativas imprevistas de las medidas de armonización. Incluso cuando una medida de armonización como el MRC se ha demostrado eficaz para prevenir distorsiones de la competencia y obstáculos a la libre circulación, y puede considerarse que garantiza el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior, el legislador comunitario debe tener libertad para adaptar esa medida a la evolución del conocimiento o a las preferencias políticas. [9] Es infundada en consecuencia la objeción a la adopción del Reglamento sobre itinerancia basada en que el MRC ya había regulado la armonización del sector relevante.

12. Quienes impugnan la validez del Reglamento sobre itinerancia han apuntado además que, como sea que ése adoptó un criterio que se separaba de forma significativa del fijado en el MRC, [10] dicho Reglamento no puede considerase como una modificación del MRC. El hecho de que la medida modificativa pueda ser divergente del criterio adoptado en el MRC no altera el hecho de que es una modificación. Las modificaciones pueden complementar y completar una medida de armonización. [11] También la pueden modificar. En realidad la necesidad de la modificación puede surgir precisamente porque es posible llegar a considerar que determinadas medidas de armonización funcionan de modo insatisfactorio y es posible por tanto

8 — Sentencia de 8 de noviembre de 2007, Gintec (C-374/05, Rec. p. I-9517), apartado 29.

9 — Sentencia de 10 de diciembre de 2002, British American Tobacco e Imperial Tobacco (C-491/01, Rec. p. I-11453), apartado 80, en la que el Tribunal de Justicia declaró que la evolución de los conocimientos científicos no es el único motivo que permite al legislador comunitario optar por la adaptación de la legislación comunitaria, puesto que, en el ejercicio de la facultad discrecional de que dispone en la materia, también puede tener en cuenta otras consideraciones, como la importancia creciente que se concede en el ámbito político y social a la lucha contra el consumo de tabaco.

10 — El MRC prevé la intervención de los reguladores nacionales, y en general en circunstancias en las que se pone de manifiesto que un agente singular en el mercado tiene «peso significativo en el mercado». El Reglamento sobre itinerancia implica la fijación de precios de ámbito comunitario incluso en circunstancias en las que no se ha puesto de manifiesto que exista un peso significativo en el mercado.

11 — Sentencia Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte/Parlamento y Consejo, citada en la nota 4.

que sea precisa una modificación divergente del criterio original. [12] El Tribunal de Justicia ha afirmado con claridad que las medidas armonizadas pueden adaptarse con base en el cambio de criterios de política, al declarar en relación con las modificaciones del régimen comunitario armonizado respecto a los productos del tabaco que «el legislador comunitario sólo puede, en una situación semejante, cumplir correctamente su tarea de velar por que se protejan los intereses generales reconocidos por el Tratado [...] si se le permite adaptar la legislación comunitaria pertinente a raíz de cualquier modificación de las circunstancias o de cualquier evolución de los conocimientos científicos». [13] Las percepciones cambiantes pueden hacer precisas modificaciones que se separan del criterio adoptado en la medida de armonización inicial. El hecho de que el Reglamento sobre itinerancia adoptó un criterio que es divergente del establecido en el MRC no significa que no pueda ser considerado como una modificación del MRC. Los límites indudables de la competencia de la Comunidad conferida por el artículo 95 CE no pueden aplicarse de tal modo que exijan que la Unión mantenga una forma de armonización incluso cuando ésta ya no se considera apropiada.

13. Por otra parte, aun si el legislador comunitario tiene libertad para reconsiderar, mediante una legislación modificativa, las elecciones de política realizadas en las medidas de armonización adoptadas en virtud del artículo 95 CE, no puede conferirse a sí mismo la potestad de legislar en relación con materias que quedan fuera del ámbito del artículo 95 CE tan sólo mediante la descripción de tales medidas como modificaciones La legislación relacionada por ejemplo con una materia diferente de la propia de la medida inicial de armonización, tal como una modificación del MRC que se propusiera por ejemplo establecer cuotas de pesca, no podría considerarse como una modificación válida. [14] A mi parecer ese sería también el caso de una medida de Derecho comunitario que, por poner un ejemplo absurdo, prohibiera totalmente la prestación de servicios de itinerancia. [15] Tampoco puede la Comunidad, sólo mediante la calificación de una determinada medida como una modificación, adoptar válidamente una legislación que armonice materias que corresponden a la competencia de los Estados miembros, sin cumplir los requisitos de que dicha legislación muestre que se propone la eliminación de disparidades existentes o potenciales entre las reglas nacionales «que puedan obstaculizar el ejercicio de las libertades fundamentales o crear distorsiones de la competencia». [16] Con otras palabras,

12 — Sentencia British American Tobacco e Imperial Tobacco, citada en la nota 9, apartado 80.

13 — *Ibidem,* apartado 77.

14 — Ello no se aplica al presente asunto. La facultad de establecer precios máximos respecto a los servicios de itinerancia entra con claridad en el ámbito abarcado por las medidas iniciales de armonización, que se centraban en los servicios de comunicación electrónica en los Estados miembros.

15 — Sin embargo el Tribunal de Justicia reconoció en la sentencia de 14 de diciembre de 2004, Swedish Match (C-210/03, Rec. p. I-11893), que una medida comunitaria que prohibía completamente la comercialización de determinado producto podía adoptarse conforme al artículo 95 CE siempre que existiera un riego de que las diferentes legislaciones nacionales originaran obstáculos para comercializar dicho producto. El Tribunal de Justicia parece aceptar que el riesgo de obstáculos para comercializar dicho producto puede justificar una prohibición comunitaria total de la venta de ese producto. Incluso si puede ponerse en cuestión en qué medida tal prohibición mantiene aún alguna relación con los objetivos del artículo 95 CE (la libre circulación limitada puede ser mejor que ninguna libertad a los efectos del artículo 95 CE), el presente asunto no exige que el Tribunal de Justicia examine de nuevo ese problema. No obstante, como quedará expuesto con claridad, propugno que la adopción de cualquier medida (incluida la medida una vez modificada) no sólo requiere como punto de partida la comprobación de disparidades entre las legislaciones nacionales que puedan originar obstáculos para los intercambios, para que esté justificada conforme al artículo 95 CE. Tiene que contribuir a los objetivos perseguidos con arreglo al artículo 95 CE. Sin embargo no es preciso que se limite a esos objetivos.

16 — Sentencia Conservación de datos, citada en la nota 3, apartados 63 y 64.

no es preciso que la modificación misma se justifique por la necesidad de eliminar obstáculos a los intercambios comerciales o distorsiones de la competencia, pero la medida una vez modificada tiene que seguir siendo útil para los objetivos del artículo 95 CE. No es fácil sin embargo determinar cómo se aplican esos principios en casos concretos.

14. A mi juicio esa determinación exige que el Tribunal de Justicia sitúe la modificación en el contexto de la legislación en conjunto para apreciar si aún puede considerarse que dicha legislación (según su modificación) promueve la integración del mercado y por tanto cumple los requisitos para la aplicación del artículo 95 CE. La modificación también puede justificarse si es necesaria para corregir un problema específico que la medida inicial de armonización impide a los Estados miembros abordar efectivamente.

15. En el presente asunto un criterio para determinar una base, con arreglo al artículo 95 CE, de la actual legislación según su modificación sería comprobar que existía un riesgo de medidas nacionales divergentes de control de precios. Sin embargo ese riesgo no puede apreciarse a la luz de la situación después de la adopción del MRC y los posibles límites impuestos por el MRC a la adopción de medidas nacionales de control de precios. Si así fuera, sería imposible que el legislador comunitario modificara cualquier medida que en su forma original fuera eficaz para eliminar obstáculos a los intercambios comerciales, incluso si su repercusión en otros objetivos de política podría justificar posteriormente una diferente forma de regulación. Ello sería inaceptable por las razones antes expuestas: la adopción de medidas en virtud del artículo 95 CE tiene que preservar la libertad política de elegir entre diversas opciones de política en la regulación del mercado. La apreciación que debe realizarse conforme al artículo 95 CE no tiene que verificar si la modificación es necesaria, a la luz de la legislación modificada, para prevenir obstáculos a los intercambios comerciales, sino si la legislación según su modificación sigue siendo útil para prevenir obstáculos a los intercambios comerciales. Para ello se ha de considerar cuál sería la situación a falta de toda regulación comunitaria de la materia. Es obvio que los obstáculos potenciales a los intercambios comerciales nacidos de medidas nacionales de control de precios [17] pueden prevenirse bien mediante la imposición de límites a las regulaciones nacionales sobre precios o bien mediante la regulación de los precios al nivel comunitario. El hecho de que el legislador comunitario pueda haber elegido inicialmente el primero de esos criterios para prevenir obstáculos a los intercambios comerciales no debe impedir la adopción posterior de un criterio diferente si así lo exigen otros objetivos de política. Esto no significa que la elección entre dos formas diferentes de promover los objetivos del artículo 95 CE sea totalmente discrecional para el legislador comunitario. Puede no serlo a la luz de otras reglas comunitarias, como la subsidiariedad y la proporcionalidad. No obstante esa es una

17 — Véase por ejemplo la sentencia de 5 de diciembre de 2006, Cipolla y otros (C-94/04 y C-202/04, Rec. p. I-11421).

cuestión distinta de la de determinar si alguno de esos criterios es aceptable (inicialmente o como una modificación) con arreglo al artículo 95 CE. Este último sólo requiere la existencia de disparidades legislativas nacionales que puedan crear obstáculos a los intercambios comerciales o distorsiones de la competencia, y que la medida comunitaria sirva para prevenirlos. No impone una opción de regulación determinada acerca de cómo deben prevenirse.

16. Queda por determinar en este aspecto si en el presente caso, a falta de legislación comunitaria, existía en realidad un riesgo de diferentes medidas nacionales de control de precios, y si éstas podían crear obstáculos a los intercambios comerciales y justificar la adopción de medidas comunitarias de control de precios. En otros términos, a falta del MRC, ¿existía un riesgo de obstáculos a los servicios de itinerancia derivados de las diferentes medidas nacionales de control de precios?

17. Está bien asentado en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que las medidas nacionales de control de precios pueden crear restricciones a los intercambios comerciales. Aunque esas medidas «no constituyen por sí mismas medidas de efecto equivalente a una restricción cuantitativa», las mismas «pueden tener dicho efecto cuando los precios se fijan a un nivel tal que los productos importados resulten desfavorecidos con respecto a los productos nacionales idénticos». [18] En el contexto de regímenes de precios que incluyen precios máximos eso sucede «cuando los precios se sitúan a una nivel tal que la venta de los productos importados resulta imposible, o más difícil que la de los productos nacionales.» [19] Ese sería el caso cuando los precios máximos fijados son tan bajos que los productos importados no pueden venderse con un beneficio razonable, [20] cuando los proveedores extranjeros soportan costes más altos que no se han tenido en cuenta al fijar el precio máximo, o cuando el límite de precios impide que los servicios de superior calidad de los prestadores extranjeros sean adecuadamente retribuidos. [21]

18. Sin embargo no todas las medidas nacionales de control de precios pueden crear

18 — Sentencia de 13 de noviembre de 1986, Edah (80/85 y 159/85, Rec. p. 3359), apartado 11. Véanse también las sentencias de 26 de febrero de 1976, Tasca (65/75, Rec. p. 291); de 24 de enero de 1978, Van Tiggele (82/77, Rec. p. 25), y de 7 de mayo de 1991, Comisión/Bélgica (C-287/89, Rec. p. I-2233), apartado 17.

19 — Sentencia de 19 de marzo de 1991, Comisión/Bélgica (C-249/88, Rec. p. I-1275), apartado 15.

20 — Sentencia Comisión/Bélgica, citada en la nota 19, apartado 17.

21 — Véanse los puntos 69 a 75 de mis concusiones en el asunto que dio lugar a la sentencia Cipolla y otros, citada en la nota 17.

potencialmente obstáculos a los intercambios comerciales, y la aparición de esos obstáculos tiene que ser probable. [22] A mi parecer el legislador comunitario no ha demostrado al tiempo de la adopción de la medida inicial ni al de su modificación que existiera tal riesgo. Paradójicamente el argumento más firme en apoyo de la existencia de ese riesgo puede derivar de la alegación de los demandantes de que el MRC, tal como originalmente fue establecido por el legislador comunitario, al exigir la apreciación de un «*peso significativo en el mercado*» («PSM») antes de que pudiera tener lugar *ex ante* una intervención reguladora, restringió la capacidad de los Estados miembros para establecer controles de precios en el sector de las comunicaciones móviles. Se debería suponer a partir de eso que el MRC reaccionó ante el peligro de que la fijación de diferentes precios máximos o mínimos por las autoridades de los Estados miembros en el sector de las comunicaciones móviles pudiera dar origen a obstáculos y distorsiones competitivas en el mercado único. Si fuera así, la elección ante la que se hallaba el legislador al elaborar el MRC era la de dar respuesta a ese peligro bien mediante la restricción de la capacidad de los Estados miembros para fijar precios en ese sector o bien mediante la fijación de precios de ámbito comunitario (la valoración de esa elección respecto a la conformidad con los principios de proporcionalidad y de subsidiariedad sería una cuestión totalmente distinta). Cualquiera de esas opciones contribuiría efectivamente al funcionamiento del mercado interior. El legislador eligió la primera al exigir una apreciación de un PSM antes de que pudiera tener lugar *ex ante* una intervención reguladora. El hecho de que esa elección fue eficaz para prevenir la aparición de obstáculos a los intercambios comerciales y distorsiones competitivas no debe impedir la adopción de un criterio diferente de regulación siempre que ese diferente criterio siga previniendo obstáculos a los intercambios comerciales y distorsiones competitivas. Sin embargo la realidad es que la imposición por el MRC de límites a la intervención reguladora de los Estados miembros se realizó en términos generales y no pretendía específicamente prevenir diferencias en los controles nacionales de precios ni se basaba en una apreciación específica de la probable aparición de obstáculos a los intercambios comerciales derivados de futuros controles nacionales de precios. No puedo considerar que, como tal, se haya acreditado el riesgo de posibles diferencias futuras en los controles nacionales de precios que originen obstáculos a los intercambios comerciales, hasta el punto de que justifique la adopción de medidas comunitarias de control de precios en virtud del artículo 95 CE.

19. No obstante creo que el legislador comunitario podía regular los precios de itinerancia

22 — Sentencias de 12 de diciembre de 2006, Alemania/Parlamento y Consejo (C-380/03, Rec. p. I-11573), apartado 37; British American Tobacco e Imperial Tobacco, citada en la nota 9, apartado 61; Swedish Match, citada en la nota 15, apartado 30; de 12 de julio de 2005, Alliance for Natural Health y otros (C-154/04 y C-155/04, Rec. p. I-6451), apartado 29, y Conservación de datos, citada en la nota 3, apartado 64.

en virtud del artículo 95 CE por una diferente razón: a saber la remoción de los obstáculos a la libre circulación derivados del comportamiento de los agentes privados que desfavorece la actividad económica transfronteriza. Las diferencias de precios entre las llamadas realizadas dentro del propio Estado miembro y las realizadas en el contexto de la itinerancia pueden considerase razonablemente como disuasorias de la utilización de servicios transfronterizos como la itinerancia. [23] El método elegido por el legislador comunitario para afrontar el problema de las altas tarifas de itinerancia fue un límite máximo de precios de ámbito comunitario. Este método tiene que ser justificable a la luz de los objetivos del artículo 95 CE. Esos objetivos, como el texto del artículo pone de manifiesto, son «*el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior*», [24] que es «*un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones del Tratado*.» [25] El desfavorecer las actividades transfronterizas puede potencialmente impedir el establecimiento de un mercado interior en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales esté garantizada, al disuadir a los clientes de emprender una actividad económica transfronteriza como la de utilizar los servicios de itinerancia. Tal vez no existe en el sector de las comunicaciones móviles una actividad económica transfronteriza tan evidente como la propia itinerancia. Puede considerarse legítimamente que la imposición de un precio máximo de los servicios de itinerancia contribuye al establecimiento del mercado interior al remover obstáculos a la actividad económica transfronteriza.

20. Aunque la imposición de ese límite máximo de precios implicó la sujeción de los agentes privados, en cuanto diferentes de los entes estatales, a una regulación de ámbito comunitario, la aceptación de dicha medida no confiere a la Comunidad carta blanca para utilizar el artículo 95 CE en la regulación de cualquier actividad económica. El Reglamento sobre itinerancia consistió en una intervención del legislador comunitario dirigida a dar respuesta a actos de agentes privados que no sólo producían resultados indeseables sino que desfavorecían directamente una actividad económica transfronteriza (la itinerancia) en comparación con la actividad económica intraestatal (uso nacional de los servicios de telefonía móvil). Las acciones, incluidas las de agentes privados, que desfavorecen directamente actividades transfronterizas pueden ser calificadas con mayor claridad como obstáculos al establecimiento del mercado interior. Ciertamente la mayor parte de las acciones privadas en el mercado no tiene el potencial de restringir la libre circulación y como tales no pueden por sí solas justificar la adopción de una legislación en virtud del artículo 95 CE. Sólo cuando las acciones de los agentes privados implican directamente una actividad transfronteriza, y tienen la capacidad de restringir efectivamente esa actividad transfronteriza y la libre circulación, la acción de la Comunidad para regular tales acciones puede basarse en el artículo 95 CE.

23 — Como he señalado en varias conclusiones, las más recientes de fecha 22 de abril de 2009 en el asunto CEZ (sentencia de 27 de octubre de 2009, C-115/08, asunto pendiente ante el Tribunal de Justicia), punto 12, el atribuir a situaciones transfronterizas un trato menos favorable que a situaciones puramente internas puede constituir un obstáculo a los derechos de libre circulación de los que depende el mercado interior.

24 — Artículo 95 CE.

25 — Artículo 14 CE.

21. En este aspecto sólo propongo al Tribunal de Justicia que aplique a su análisis del artículo 95 CE las consecuencias lógicas de su jurisprudencia sobre la aplicación horizontal de las reglas de la libre circulación. En ese último contexto el Tribunal de Justicia ha reconocido que en determinadas circunstancias las acciones de los agentes privados pueden constituir restricciones de la libre circulación. Ese fue el caso por ejemplo en las sentencias International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union, [26] y Laval un Partneri, [27] que tenían por objeto acciones de sindicatos que impedían que el propietario de un buque registrara éste bajo el pabellón de otro Estado, y que una sociedad constructora prestara servicios en otro Estado. Las acciones de los sindicatos interferían directamente en la libertad de establecimiento y la de prestación de servicios, y el Tribunal de Justicia estimó que las reglas sobre libre circulación eran directamente aplicables a los sindicatos de trabajadores aunque éstos fueran personas privadas. Al llegar a esa conclusión el Tribunal de Justicia partió de sentencias anteriores que habían reconocido la repercusión directa que los actos de protesta de personas privadas podían tener en la libre circulación de mercancías cuando impedían el transporte de ésas. [28] El artículo 95 CE proporciona al legislador comunitario la base para actuar en circunstancias en las que asegurar únicamente que las instituciones estatales no realicen acciones que perjudiquen las libertades fundamentales es insuficiente para garantizar el funcionamiento del mercado interior. [29] Por tanto es normal simplemente que esas restricciones de la libre circulación puedan ser objeto de regulación conforme al artículo 95 CE.

22. Por ejemplo, el Tribunal de Justicia ha decidido de forma memorable que ciertas reglas de las asociaciones de fútbol que regulaban entre otros aspectos la transferencia transfronteriza de jugadores de fútbol restringían la libre circulación de trabajadores. Me parece claro que ello no sólo justificaría la prohibición comunitaria de tales reglas sino también la adopción de reglas comunitarias en virtud del artículo 95 CE. [30] Si la Comunidad puede prohibir una determinada acción de un agente privado tiene que ser competente para regular tan sólo dicha

26 — Sentencia de 11 de diciembre de 2007 (C-438/05, Rec. p. I-10779).

27 — Sentencia de 18 de diciembre de 2007 (C-341/05, Rec. p. I-11767).

28 — Véanse también las sentencias de 9 de diciembre de 1997, Comisión/Francia (C-265/95, Rec. p. I-6959), y de 12 de julio de 2003, Schmidberger (C-112/00, Rec. p. I-5659).

29 — Sobre esa cuestión véase Armin von Bogdany y Jürgen Bast, «The Vertical Order of Competences» en *Principles of European Constitutional Law,* Hart Publishing, Oxford, 2006. Véase también Alexander Somek, *Individualism,* Oxford University Press, 2008 p. 128, quien mantiene, no sin crítica, que la reciente jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el artículo 95 CE «reconoce que las libertades fundamentales y la potestad legislativa de la Unión sirven a un mismo y único objetivo». Véase también Joseph Weiler «The Constitution of the Common Market Place: The Free Movement of Goods» en *The Evolution of EU Law,* Paul Craig y Gráinne de Búrca, Oxford University Press, 1999. Sin embargo no propugno necesariamente ese estricto paralelismo. Lo que sostengo es que al menos en ciertos casos las razones para aplicar las reglas de la libre circulación a las personas privadas pueden extenderse al artículo 95 CE.

30 — Es una cuestión diferente la de si, de qué forma y con qué fin esa competencia puede ejercerse, y sobre ella no tiene que pronunciarse el Tribunal de Justicia en el presente asunto.

acción. Ello no llevaría consigo la atribución de competencia a la Comunidad para regular todas las acciones de esos agentes privados. Dicha competencia sólo existiría cuando dichas acciones, como he mencionado antes, y en paralelo con el ámbito horizontal de aplicación de las reglas sobre libre circulación, impliquen directamente una actividad transfronteriza y tengan la capacidad de restringir efectivamente esa actividad transfronteriza y la libre circulación. En cambio, medidas tales como el intento de regular los precios de las maletas o de las comidas en restaurantes, por ejemplo, no supondrían la respuesta al desfavorecimiento directo de una actividad económica transfronteriza y por tanto no podrían demostrar el grado de repercusión en la libre circulación y en el establecimiento del mercado interior necesario para justificar la competencia legislativa comunitaria en virtud del artículo 95 CE.

23. Al igual que los requisitos para la aplicación de las reglas sobre libre circulación a los agentes privados son más exigentes que los que se aplican a entidades estatales, también la legislación comunitaria adoptada en virtud del artículo 95 CE para regular las acciones de agentes privados que afectan al establecimiento del mercado interior debe cumplir requisitos especiales. Como en el presente asunto tales acciones tienen que desfavorecer directamente una actividad transfronteriza. Cuando las acciones de agentes privados restringen efectivamente una actividad transfronteriza es necesario que puedan ser objeto de una regulación comunitaria.

24. Tal vez el criterio que propugno resulte aún más claro si se describe de forma que también implica una acción (o inacción) estatal. Podría afirmarse que la «aceptación» por los Estados de la práctica por parte de sus operadores [31] de precios discriminatorios entre las llamadas en el contexto de la itinerancia y las llamadas nacionales es lo que restringe las comunicaciones móviles transfronterizas. Como tal sería posible justificar la intervención comunitaria en virtud del artículo 95 CE por el hecho de que las reglas nacionales no han impedido el trato discriminatorio de las comunicaciones móviles transfronterizas.

25. Quiero exponer otra consideración sobre la cuestión de la base jurídica. Como he dicho antes la modificación también puede justificarse si es necesaria para corregir un problema específico que la medida de armonización inicial ha impedido que los Estados miembros aborden efectivamente. Como expresan las observaciones de Vodafone al igual que los considerandos cuarto y noveno del Reglamento sobre itinerancia, el marco regulador establecido por el MRC había previsto una intervención *ex ante* de los reguladores nacionales sólo si se apreciara un PSM ejercitado por determinados agentes en el mercado. En consecuencia, a falta de tal apreciación, la intervención de los reguladores nacionales no era posible conforme al

31 — La expresión «precios discriminatorios» tiene que emplearse con prudencia en este contexto por varias razones, de las cuales no es la de menor rango el hecho de que pueden existir en realidad legítimas justificaciones de las diferencias de precios entre las llamadas en régimen de itinerancia y las nacionales. Lo que parece claro es que no hay una justificación manifiesta de las diferencias existentes en los precios y que ésa fue la base de la intervención comunitaria.

sistema establecido. Dado que la Comisión [32] y el Grupo de entidades reguladoras europeas [33] habían considerado excesivos los costes de los servicios de itinerancia, incluso en mercados de los que no se había apreciado que estuvieran sometidos a un PSM, el propio MRC era un obstáculo a la capacidad de los reguladores nacionales o comunitario para establecer un marco regulador que diera lugar a una baja de las tarifas de los servicios de itinerancia. Al haber identificado fallos del mercado y costes sociales existentes en el contexto del régimen regulador armonizado, y que de hecho nacían de ese régimen regulador, es preciso que el legislador comunitario, por las razones antes expuestas y señaladas por el Tribunal de Justicia en las sentencias Gintec y British American Tobacco e Imperial Tobacco, [34] tenga la potestad de responder a esa situación y prever las facultades bien al nivel nacional o comunitario para modificar un marco regulador del que ha estimado que funciona sin eficacia.

B. Subsidiariedad

26. Por tanto la Comunidad tiene la potestad de afrontar el problema de los altos precios de los servicios de itinerancia mediante la modificación del MRC. No obstante, como antes señalé, debe distinguirse entre la potestad de regular, por una parte, y por otra las cuestiones de la intensidad de la regulación y del nivel en el que esa regulación tiene lugar. El hecho de que una legislación se haya adoptado con base en el artículo 95 CE como una modificación de un instrumento anterior de legislación armonizadora no exonera a la primera de las limitaciones de la competencia comunitaria inherentes a ese artículo y a los principios generales del Derecho comunitario. Una de las limitaciones a la utilización del artículo 95 CE como base jurídica es el requisito de que las facultades que esa legislación atribuye a la Comunidad tienen que ejercerse de forma proporcionada a los objetivos que pretende y debe estar justificada a la luz del principio de subsidiariedad.

27. La decisión del legislador comunitario de establecer precios máximos de ámbito comunitario tanto al nivel mayorista como minorista suscita serios problemas en relación con el principio de subsidiariedad. Respecto a los precios al por mayor puede apreciarse con facilidad porqué era necesaria una acción al nivel comunitario. Las tarifas al por mayor se facturan por proveedores fuera del Estado miembro del cliente. En consecuencia el regulador nacional del propio Estado del cliente no podrá actuar contra los proveedores del

32 — Véase COM(2006) 382 final de 12 de julio de 2006.

33 — Respuesta del ERG a la invitación de la Comisión para presentar observaciones sobre su propuesta de Reglamento CE en el mercado internacional de la itinerancia, de 22 de marzo de 2006.

34 — Citadas en las notas 8 y 9 respectivamente.

Estado en el que se encuentre ese cliente que facturen tarifas excesivas a la red nacional del cliente. Además los reguladores nacionales carecen de interés en controlar las tarifas al por mayor que serán facturadas a los proveedores extranjeros y a los clientes de éstos.

28. La regulación de las tarifas al por menor es algo más problemática. Una vez fijadas las tarifas máximas al por mayor, y ya suprimido el requisito de la apreciación de un PSM antes de que pudiera tener lugar una intervención reguladora, la Comunidad podría haber autorizado a los reguladores nacionales para fijar precios al por menor de los servicios de itinerancia si esos reguladores considerasen que las tarifas al por menor facturadas por los proveedores en su propio Estado eran excesivas. En lugar de ello el Reglamento sobre itinerancia optó por establecer una tarifa máxima al por menor de ámbito comunitario. Esa decisión de regular una materia al nivel comunitario antes que al nivel nacional requiere una justificación a la luz de la vinculación del ordenamiento jurídico comunitario al principio de subsidiariedad. El principio de subsidiariedad, según lo establece el artículo 5 CE, determina que la Comunidad sólo está facultada para actuar en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser alcanzados de manera suficiente por los Estados miembros, y, por consiguiente, puedan lograrse mejor, debido a la dimensión o a los efectos de la acción contemplada, a nivel comunitario. Con otras palabras, deberá demostrarse que el legislador comunitario estaba en mejor posición que el legislador nacional para regular las tarifas al por menor de la itinerancia. Si bien en el caso de las tarifas al por mayor es evidente que existía un problema de acción colectiva que requería acción al nivel comunitario, esto no parece obvio en el caso de los precios al por menor (una vez que los precios al por mayor se fijarán al nivel comunitario, los Estados miembros podrían en principio fijar libre y efectivamente sus precios al por menor). ¿Puede existir otro problema que obstaculice la capacidad de los Estados miembros para responder al problema de los altos costes de la itinerancia al nivel minorista?

29. La principal justificación ofrecida por el Reglamento sobre itinerancia fue que su objetivo de garantizar la adecuada protección de los consumidores y de que éstos no tuvieran que abonar unos precios excesivos «no puede ser alcanzado de manera suficiente por los Estados miembros de forma segura, armonizada y rápida y, por consiguiente, puede lograrse mejor a nivel comunitario». [35]

30. El Consejo mantiene que el principio de subsidiariedad es en esencia un principio subjetivo y político. [36] Siguiendo ese razonamiento el Consejo pone énfasis en la intención del legislador comunitario y en que el objetivo perseguido era, como expresa un

35 — Reglamento sobre itinerancia, trigésimo octavo considerando.

36 — Véase sobre este problema Armin von Bogdandy y Jürgen Bast, citados en la nota 29.

considerando del Reglamento, introducir «un enfoque común para garantizar que los usuarios de las redes públicas de telefonía móvil terrestre que se desplazan por la Comunidad no tengan que abonar unos precios excesivos por los servicios de itinerancia comunitaria cuando efectúen o reciban llamadas de voz, consiguiéndose así un elevado nivel de protección de los usuarios al tiempo que se salvaguarda la competencia entre operadores móviles y se mantienen los incentivos a favor de la innovación y las posibilidades de opción de los consumidores.» [37] A mi parecer ni el objetivo pretendido por el Reglamento ni la intención del legislador son decisivos para apreciar la conformidad con el principio de subsidiariedad. En primer lugar, la valoración que ha de realizarse con arreglo al principio de subsidiariedad no se refiere al objetivo pretendido sino a la cuestión de si la prosecución de ese objetivo requiere la acción de la Comunidad. Determinados objetivos de la Comunidad (que por sí mismos justifican la existencia de una competencia de la Comunidad) pueden perseguirse mejor por los Estados miembros (con la consecuencia de que no está justificado el ejercicio de esa competencia comunitaria). En segundo lugar, la intención del legislador comunitario no es suficiente para demostrar la conformidad con el principio de subsidiariedad. Éste requiere que haya una justificación razonable para la proposición de que es necesaria una acción de la Comunidad. [38] Ello debe tener soporte en algo más que el mero énfasis en los posibles beneficios derivados de una acción de la Comunidad. También implica la determinación de los posibles problemas o costes que llevaría consigo dejar que los Estados miembros afronten la situación. Al exigirlo el Tribunal de Justicia no sustituye la valoración del legislador comunitario por la suya propia sino que sólo exige tomar en serio la subsidiariedad.

31. Si bien, como queda expuesto, existía un problema manifiesto de acción colectiva que justificaba la actuación de la Comunidad al nivel de los precios al por mayor, no parece existir un sólido argumento directo para la armonización de los precios al por menor. Por el contrario, como alegan los demandantes, parece que las autoridades reguladoras nacionales estarían en mejor posición para decidir sobre la necesidad de controles de precios (y si la hay, qué precios) en los diferentes mercados nacionales. La Comisión alega no obstante en sus observaciones escritas que dejar que en esa materia actuaran los Estados miembros habría creado distorsiones de la competencia ya que los diferentes operadores de comunicaciones móviles estarían sujetos en los diferentes Estados miembros a

37 — Reglamento sobre itinerancia, decimosexto considerando.

38 — El Parlamento y el Consejo ponen de relieve en sus observaciones que la decisión de regular al nivel comunitario fue apoyada por los Estados miembros a través del ERG. Se puede mantener que cuanto más controvertida sea la necesidad de la intervención comunitaria tanto más elevada es la carga de justificar tal acción que incumbe al legislador comunitario. Por otra parte, incluso el apoyo unánime de todos los Estados miembros en el Consejo no debe considerarse decisivo al apreciar la existencia y el ejercicio de una competencia de la Comunidad. Hay que recordar que los Estados miembros están representados en el Consejo por sus Gobiernos nacionales. Por esa razón el ejercicio de una determinada competencia al nivel comunitario repercute en el equilibrio de poder interno de los Estados miembros y en sus mecanismos de responsabilidad política. La interpretación y la aplicación de las reglas que determinan la competencia debe tener presente también esos intereses.

diferentes límites de precios. Ese argumento no es sostenible. Las diferencias de precios entre los Estados miembros existen en casi cualquier sector. Esas diferencias de precios pueden o no conllevar ventajas competitivas para los operadores económicos de algunos Estados miembros. Como en muchas otras áreas puede significar sólo que los precios varían entre los Estados miembros. En este aspecto no parece existir una clara diferencia con el mercado de las llamadas nacionales en el que los operadores económicos también pueden estar sujetos a diferentes límites de precios. Además, no todas las ventajas competitivas pueden calificarse necesariamente como una distorsión de la competencia. El legislador comunitario tenía que exponer una argumentación en apoyo de esa conclusión y no lo hizo. [39]

32. Por otra parte, dado que se dispuso que el Reglamento sobre itinerancia expirara a los tres años de su publicación, tiene cierto peso la alegación de que la imposición de tarifas máximas en el momento oportuno era necesaria para asegurar la consecución de los objetivos de la regulación. Ello está ligado al argumento en pro de la eficacia legislativa. A la luz de la necesidad de intervención comunitaria al nivel de los precios al por mayor podría mantenerse que era más eficiente y apropiado regular al mismo tiempo los precios al por menor. Los precios al por mayor podían fijarse a la vista de los precios al por menor pretendidos y viceversa y los consumidores podían advertir inmediatamente los resultados de la intervención comunitaria.

33. No obstante el argumento decisivo deriva de la naturaleza transfronteriza de la actividad económica que había que regular. Aun si puede no existir un problema suficientemente significativo de acción colectiva al nivel de los precios al por menor, cabe pensar legítimamente que la Comunidad puede estar en mejor posición que los Estados miembros para afrontar el problema de los precios al por menor en el contexto de la itinerancia. Debido al carácter transnacional de la actividad económica considerada (la itinerancia), la Comunidad puede estar más decidida a responder al problema a la vez que en mejor posición para ponderar todos los costes y beneficios de la acción proyectada para el mercado interior.

34. La propia naturaleza transfronteriza de la actividad económica hace que el legislador comunitario sea potencialmente más capaz que las autoridades nacionales para regularla incluso al nivel de las tarifas al por menor. Dado que estaba en juego la confirmación de derechos propios del ordenamiento comunitario,

39 — Todo ello no debe confundirse con el hecho, antes señalado, de que los límites de precios pueden imponer restricciones al acceso a los mercados nacionales. El argumento sobre la distorsión de la competencia se refiere a la competencia en el mismo mercado conforme a diferentes reglas sobre precios, no al hecho de que la imposición de ciertos límites de precios en un mercado nacional puede impedir que los competidores situados fuera de ese Estado compitan con éxito (gracias a la superior calidad o los inferiores precios de los productos o los servicios que podrían ofrecer potencialmente de no existir el límite de precios en cuestión).

el legislador comunitario puede haber concluido de forma razonable que las autoridades reguladoras nacionales posiblemente no habían atribuido a esos derechos el grado de prioridad que el legislador comunitario consideraba necesario. De hecho, como se expuso en varios pasajes de las observaciones y en la vista por varias partes, los precios de las tarifas de itinerancia se fijan a menudo por los operadores de comunicaciones móviles como parte de un paquete que incluye otros servicios, como las comunicaciones nacionales. Además la itinerancia es una pequeña parte de esos servicios y la demanda de los de itinerancia es menor que la de comunicaciones nacionales. [40] Se puede suponer que al regular ese mercado el centro de atención de los reguladores nacionales esté en los costes y en otros aspectos de las comunicaciones nacionales y no en las tarifas de itinerancia. En virtud del carácter transfronterizo de la itinerancia es la Comunidad quien tiene un especial interés en proteger y promover esa actividad económica. Este es el específico tipo de situación en la que es probable que el proceso democrático en los Estados miembros lleve a la falta de protección de la actividad transfronteriza. [41] En cuanto tal puede entenderse porqué intervino el legislador comunitario.

35. El legislador comunitario sugiere en esencia que la cuestión de los precios al por menor no podía haberse dejado a la actuación nacional ya que los 27 diferentes reguladores nacionales podían haber tardado mucho en establecer controles efectivos de los precios al por menor. Aunque no se mencione en un considerando puede pensarse que la demora de los reguladores nacionales podía ser indefinida. Los reguladores nacionales podían no haber puesto el mismo énfasis en responder a los costes de la itinerancia que a los costes de las comunicaciones nacionales. Dado que el Reglamento sobre itinerancia opera para facilitar la actividad transfronteriza y contribuir al funcionamiento del mercado interior, asegurando el favorecimiento y protección adecuados de los derechos de libre circulación propios del Derecho comunitario, era necesario actuar al nivel comunitario para garantizar que se atribuyera a esos derechos la necesaria prioridad.

40 — Véase, por ejemplo, la posición común del ERG sobre el análisis coordinado de los mercados de itinerancia internacional al por mayor, junio de 2005, apartado 59 (que trata de la demanda); la respuesta del ERG citada en la nota 33, apartados 3.10 y 3.11 (que examina la posibilidad de que las economías en las tarifas de itinerancia al por mayor sean utilizadas para reducir los costes de los servicios nacionales).

41 — Varios comentaristas han mantenido que la legitimación democrática de la UE deriva en parte de su capacidad para proteger a aquellos agentes en el sector de la telefonía móvil cuyos intereses no estarían adecuadamente representados en el proceso democrático en los Estados miembros singulares. Véase más recientemente Alexander Somek, «The Argument from Transnational Effects I: Representing Outsiders Through Freedom of Movement», U. Iowa Legal Studies Research paper nº 09-23, mayo, 2009.

36. Por último, como el Consejo observa, la fijación de un límite de precio permite que las

variaciones nacionales se tengan en cuenta al determinar los precios por debajo de ese nivel. La regulación comunitaria como tal aún deja cierto margen para la intervención de los Estados miembros. A la luz de todas las consideraciones antes expuestas no puede afirmarse que la regulación de la Comunidad vulnere el principio de subsidiariedad.

C. Proporcionalidad

37. Respecto a la cuestión de la proporcionalidad el Tribunal de Justicia tiene que apreciar si la decisión del legislador sobre la forma de afrontar el problema de las elevadas tarifas de la itinerancia era proporcionada tanto en relación con los objetivos del artículo 95 CE referidos al establecimiento del mercado interior como con el objetivo de política de protección del consumidor, puestos en ponderación con la pérdida de autonomía de los Estados miembros y con la interferencia en los derechos de los demandantes.

38. Quienes impugnan la validez del Reglamento sobre itinerancia han alegado que al establecer un límite máximo de precio de ámbito comunitario el legislador comunitario fue más allá de lo necesario para lograr el objetivo de una reducción del precio de los servicios de itinerancia, y por tanto interfirió de modo injustificable en el derecho de propiedad de los demandantes y en su derecho a ejercer una actividad económica. Como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha puesto de manifiesto en muchas ocasiones, al apreciar la proporcionalidad de las decisiones del legislador el Tribunal de Justicia tiene que reconocer un margen de discrecionalidad al legislador. En consecuencia, en principio y en ese ámbito «el control jurisdiccional del ejercicio de su competencia [del legislador] debe limitarse a examinar si adolece de un error manifiesto o de desviación de poder o si el legislador se ha extralimitado claramente en su facultad de apreciación». [42] Es cierto que los controles de precios son una de las formas más enérgicas de intervención en el mercado y constituyen una limitación particularmente intensa de los derechos de propiedad y de libertad de iniciativa económica. La decisión de establecerlos no puede tomarse con ligereza por el legislador. Sin embargo no parece que el legislador comunitario actuara así en este caso.

39. Ante todo, el legislador comunitario parece haber decidido intervenir como último recurso. El Informe de evaluación de impacto detalla las medidas tomadas por la Comisión para intentar reducir los precios al por menor de la itinerancia, incluidas las investigaciones conforme al Derecho sobre la competencia, las iniciativas de transparencia, la acción reguladora conforme al anterior marco, y la presión política. [43] La Comisión advirtió que tendría lugar una acción reguladora si los

42 — Sentencia de 2 de abril de 1998, Nobrook Laboratories (C-127/95, Rec. p. I-1531), apartados 89 y 90.

43 — Evaluación del impacto de las opciones políticas en relación con una propuesta por la Comisión de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad, COM(2006) 382 final, 12 de julio de 2006, p. 27.

precios no «se acercaran sustancialmente al nivel orientado por el mercado», sin éxito. [44] También reunió amplia información sobre los precios en itinerancia que mostraba que «las tarifas al por menor [en itinerancia] eran muy elevadas, sin justificación clara», que se estaban imponiendo «altos márgenes comerciales al por menor», y que las reducciones en las tarifas al por mayor a menudo no repercutían en los consumidores al por menor. [45] Observó que los operadores habían estado obteniendo márgenes de beneficio al por menor superiores al 200 % por las llamadas originadas en itinerancia y próximos al 300 % o 400 % en las llamadas recibidas en itinerancia, [46] y que los precios variaban ampliamente de una forma que los costes incurridos no podían explicar. Basándose en la información obtenida concluyó que los precios al por menor en itinerancia «carecen de relación comprensible con los costes soportados para prestar el servicio», [47] y que no había razón para creer que las reducciones en los precios al por mayor llevarían a reducciones en los precios al por menor. [48]

40. El criterio regulador adoptado tampoco parece irrazonable a la luz de las pruebas de signo opuesto presentadas por las partes en relación con la cuestión de si era necesaria la forma de intervención decidida por el legislador comunitario. Por ejemplo, quienes apoyan la validez de la regulación señalaron las apreciaciones del Grupo de entidades reguladoras europeas de que los precios por los servicios en itinerancia eran excesivos y de que el control de los precios al por menor podría ser necesario si las fuerzas del mercado resultaran insuficientes para asegurar reducciones de los precios. [49] Por otra parte Vodafone señaló que el mismo Grupo propugnaba la adopción inicial de un criterio flexible que tuviera en cuenta las circunstancias nacionales. [50] El legislador comunitario no está obligado sin embargo a seguir en su totalidad las recomendaciones de esos grupos de expertos. El Grupo de entidades reguladoras europeas manifestó que existen altos márgenes comerciales al por menor [51] y que era probable que las reducciones de los precios al por mayor repercutieran en los usuarios como descuentos en los precios de los servicios nacionales, [52] una solución que no daría satisfacción a los derechos en cuestión derivados del ordenamiento comunitario, como mencioné antes al examinar la opción de la regulación nacional. Las comunicaciones transfronterizas seguirían estando «discriminadas» en contra. Además el Grupo de entidades reguladoras europeas sólo sugirió que el legislador comunitario esperara hasta ver si las fuerzas del mercado llevaban a la baja los precios al por menor. Dada la abundante prueba de que las reducciones en los precios al por mayor no estaban repercutiendo en los usuarios al por menor, [53] el legislador comuni-

44 — Observaciones de Viviane Reding ante el Grupo de entidades reguladoras europeas, Hacia un verdadero mercado interior de las comunicaciones electrónicas, París, 8 de febrero de 2006, p. 5; véase también la Evaluación del impacto, citada en la nota 43, p. 12.

45 — Evaluación del impacto, citada en la nota 43, p. 12.

46 — Evaluación del impacto, citada en la nota 43, pp. 6 y ss., especialmente p. 47.

47 — Evaluación del impacto, citada en la nota 43, p. 17.

48 — Evaluación del impacto, citada en la nota 43, p. 48.

49 — Respuesta del ERG, citada en la nota 33, pp. 1 y 2.

50 — *Ibidem*, p. 2.

51 — Respuesta del ERG, citada en la nota 33, apartado 2.6.

52 — Respuesta del ERG, citada en la nota 33, apartados 3.10 y 3.11.

53 — Véase, por ejemplo, la Evaluación del impacto, citada en la nota 45. GSM alega que la Evaluación del impacto del Reglamento omitió la adecuada consideración de recientes reducciones de los precios al por menor. Sin embargo la Evaluación del impacto reconoció que se habían anunciado bajas de precios significativas, pero observó que Vodafone, T-Mobile, Telefónica O2 y Orange habían anunciado las bajas de precios durante la semana final del período de consultas de la Evaluación del impacto y concluyó que las bajas eran un respuesta a la amenaza de regulación antes que a las fuerzas del mercado (Evaluación del impacto, pp. 10 y ss., especialmente p. 27). Además la reducción de los precios al por menor fue pequeña si se considera a la luz de los beneficios al por menor de hasta el 400 %, como se señala en el primer considerando del Reglamento sobre itinerancia.

tario no estaba obligado a adoptar ese criterio de esperar y ver. Como la Comisión afirmó y el propio Grupo de entidades reguladoras europeas reconoció, la actuación a tiempo era un importante factor que tener en cuenta, y en atención a ello, además de la clara apreciación de que los precios facturados por la itinerancia eran excesivos, la decisión de regular los precios al por menor entraba en el ámbito de las opciones razonables de las que disponía el legislador.

41. Además, la utilización de los controles de precios por el legislador comunitario no pretende lograr la regulación a largo plazo de los precios de mercado sino que en lugar de eso es un intento de reducir los precios (y originar posiblemente una competencia efectiva en el mercado) como reacción ante precios que se habían aproximado artificialmente gracias a un fallo del mercado que las reglas sobre la competencia no estaban en condiciones de afrontar. Lo ilustran los considerandos quinto, sexto y noveno del Reglamento sobre itinerancia, que exponen el hecho de que el Grupo de entidades reguladoras europeas se ha esforzado en responder a los altos precios mediante las reglas sobre la competencia, y el vigésimo octavo considerando que pone énfasis en que la regulación debe fomentar las ofertas innovadoras a los clientes en itinerancia con precios inferiores a las tarifas máximas autorizadas. Al limitar la vigencia de la regulación a tres años el legislador comunitario también limitó el grado de interferencia de esos controles en el mercado y permitió que el mercado tuviera una «segunda oportunidad» para corregir ese fallo.

42. Aun si los controles de precios siempre deben valorarse cuidadosamente a causa de la naturaleza extrema de su repercusión en el mercado, la limitada duración de esos controles y su objetivo de corregir un fallo del mercado al que las reglas sobre la competencia no podían responder los hacen más fácilmente admisibles en el presente caso. Además la existencia de una regla de duración limitada reduce su repercusión en los derechos de los operadores económicos. Esas reglas garantizan que el legislador comunitario revaluará periódicamente sus intervenciones en materias como la itinerancia que pasan por rápidos cambios sociales y económicos. [54] Si el legislador comunitario prolongara los controles de precios o los hiciera permanentes esa

54 — La necesidad de una revisión periódica de las opciones del legislador comunitario en este mercado en rápido desarrollo se pone de manifiesto en la propia Directiva marco [Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (DO L 108, p. 33)] El vigésimo séptimo considerando de la Directiva marco, al examinar las regulaciones *ex ante* dirigidas a asegurar el desarrollo de mercados de comunicaciones competitivos, manifiesta que «la Comisión debe revisar periódicamente las directrices para asegurarse de que sigan estando en consonancia con un mercado en rápida evolución».

decisión también tendría que ser proporcionada y deberían presentarse razones adicionales para justificarla.

43. Vodafone también señaló que con posterioridad a la adopción de la regulación los precios de los servicios de itinerancia se habían agrupado alrededor del límite máximo y afirmó que ello demostraba que el Reglamento había restringido la competencia por los precios en ese ámbito. Sin embargo, esa aproximación de los precios puede considerarse igualmente como prueba de la falta de competencia en los precios de la itinerancia, que sustenta la conclusión de que los precios más altos anteriores se habrían mantenido de no ser por la intervención del legislador. Por tanto, a la luz de todo lo antes expuesto no puede afirmarse que la opción del legislador fuera manifiestamente errónea y por ello implicara una interferencia injustificable en los derechos de los demandantes.

44. La apreciación de la proporcionalidad también requiere que el Tribunal de Justicia considere si la superior capacidad de la Comunidad para lograr los objetivos de la legislación relevante es tal que justifica la pérdida de autonomía de los Estados miembros inherente al criterio elegido por el legislador. [55] Las observaciones de las partes en este aspecto han sido relativamente sucintas. Es evidente que la fijación de precios máximos de ámbito comunitario reduce la autonomía de las instituciones reguladoras de los Estados miembros. No obstante, dado el apoyo casi unánime de las entidades reguladoras de los Estados miembros a la adopción de la regulación en cuestión, ese argumento pierde parte de su fuerza, y a la luz del limitado alcance de las reglas examinadas (los servicios de itinerancia), del margen de discrecionalidad que el Tribunal de Justicia reconoce al legislador en estas materias y de la falta de todo argumento contrario consistente presentado al respecto por los demandantes, no puede afirmarse que el Reglamento sea desproporcionado en ese aspecto.

55 — Aunque las sentencias recientes del Tribunal de Justicia se han centrado en la proporcionalidad de la legislación comunitaria a la luz de sus finalidades sustantivas, como la sentencia Swedish Match, citada en la nota 15, también tiene que considerarse la proporcionalidad a la luz de la repercusión en la autonomía del Estado miembro. Sobre ese aspecto véase Mattias Kumm, «Constitutionalising Subsidiarity in Integrated Markets: The Case of Tobacco Regulation in the European Union», *European Law Journal*, vol. 12, nº 4, julio, 2006, pp. 522 y ss., especialmente p. 524. El Abogado General Fennelly también ha mantenido, aunque con un fundamento diferente, que, a diferencia de los objetivos del mercado interior, los objetivos sustantivos, como la promoción de la salud, no bastan por sí solos para cumplir los requisitos de la proporcionalidad [conclusiones de 15 de junio de 2000 en el asunto que dio lugar a la sentencia de 5 de octubre de 2000, Imperial Tobacco y otros (C-74/99, Rec. p. I-8599), punto 149].

II. Conclusión

45. En virtud de lo antes expuesto propongo al Tribunal de Justicia responder a las cuestiones planteadas por el tribunal nacional como sigue:

«La consideración de las cuestiones planteadas por la High Court of Justice of England and Wales, Queen's Bench Division (Administrative Court) no ha puesto de manifiesto ningún factor de tal naturaleza que afecte a la validez del Reglamento (CE) nº 717/2007 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de junio de 2007, relativo a la itinerancia en las redes públicas de telefonía móvil en la Comunidad y por el que se modifica la Directiva 2002/21/CE.»