

ELS DIFERENTS INSTRUMENTS DE LIBERALITZACIÓ INCLOSOS EN LA DIRECTIVA 2006/123 DE SERVEIS

Francina Esteve Garcia*

Sumari

1. Introducció
2. El context en el qual s'emmarca la negociació de la Directiva de serveis
3. El lliure establiment i la lliure prestació de serveis: una difícil delimitació del règim jurídic
4. La Directiva de serveis com a nova etapa de consolidació del mercat interior
5. Àmbit d'aplicació de la Directiva de serveis
 - 5.1. Delimitació de l'objectiu de la Directiva de serveis
 - 5.2. Delimitació de l'àmbit d'aplicació material: exclusions
 - 5.3. Altres exclusions
 - 5.4. La primacia de la *lex specialis*
6. Del principi del país d'origen al principi del reconeixement mutu
7. L'ordenació administrativa dels serveis: del control *a priori* al control *a posteriori*
8. La modernització administrativa a través de la simplificació i la cooperació
9. Consideracions finals

* Francina Esteve Garcia, professora titular de dret internacional públic de la Universitat de Girona, Campus Montilivi, 17071 Girona, francina.esteve@udg.edu.
Article rebut el 13.10.2010. Avaluació cega: 2.11.2010. Data d'acceptació de la versió final: 21.01.2011.

1. Introducció

La Directiva 2006/123, relativa als serveis al mercat interior¹ (d'ara endavant DS), és un dels textos que, des de la seva proposta inicial, ha generat més expectació, atesa la seva enorme transcendència i ambició d'impulsar una àmplia obertura i una major competitivitat del sector serveis a nivell horitzontal. Es tracta d'una de les normes més estratègiques adoptades durant aquests últims anys per les institucions europees, l'aplicació efectiva de les quals continua generant actualment nombrosos interrogants. L'objectiu central és el de contribuir a desenvolupar i consolidar el mercat interior dels serveis.

El text adoptat l'any 2006 difereix considerablement de la proposta inicial de 2004, coneguda com a Directiva Bolkestein, nom del comissari que en va impulsar l'adopció.² La proposta anava destinada a complir un doble objectiu, el primer era impulsar la consolidació del mercat interior a nivell dels serveis,³ en el qual continuaven imperant nombroses traves administratives, i el segon facilitar el procés de liberalització multilateral en les negociacions en curs de la Ronda de Doha sota els auspicis de l'OMC (Organització Mundial del Comerç).⁴

La proposta de la Comissió de 2004 va suscitar una virulenta reacció per part dels mitjans polítics i per part de nombrosos grups d'interès i associacions professionals, especialment per part dels sindicats, els temors dels quals van sorgir especialment en relació amb l'aplicació del principi del país d'origen⁵ i en relació amb els efectes que la liberalització prevista podia provocar en determinats serveis d'interès general i va arribar a ser un dels principals símbols del *non*

1. Directiva 123/2006, del Parlament Europeu i del Consell, de 12 de desembre de 2006, relativa als serveis al mercat interior. DG. L 376 de 27 de desembre de 2006, p. 36.

2. La Directiva porta el nom del seu impulsor originari: Frits Bolkestein, polític liberal holandès responsable del mercat interior en la Comissió presidida per Romano Prodi (1999-2004).

3. S'havia aconseguit un gran desenvolupament en l'àmbit de la lliure circulació de les mercaderies i en la liberalització de certs serveis (transports, telecomunicacions, etc.).

4. Negociacions que es van iniciar l'any 2001.

5. Vegeu Peglow, K, «La libre prestation de services dans la directive n° 2006/123/CE. Reflexión sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant», RTDEur, 44, gener-març 2008, p.68 i seg; de Shutter, O. i Francq, S., «La proposition de directive relative aux services dans le marchéintérieur: reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie», *Cah.Dr.Eur*; 2005, p. 603; Rodríguez, S., «La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur. Entre mythes et réalités», *Études européennes*, oct. 2005, <http://www.etudes-europeennes.fr>, esp. p. 27 i seg.

francès i del *nee* holandès, que va influir directament en els respectius referèndums sobre el Tractat constitucional⁶ que es van fer en aquests països.⁷

El principi del país d'origen preveia que el prestador estigués subjecte únicament a les disposicions del seu país d'establiment i impedia que els altres estats membres poguessin restringir la prestació d'aquests serveis. Aquest principi s'aplicava exclusivament en els supòsits de prestacions transfrontereres i temporals de serveis, però les crítiques es van fer en relació amb les possibilitats de desviar el compliment d'uns estàndards de salaris i de protecció social més elevats que hi havia en alguns països i el possible efecte d'«anivellament a la baixa» dels nivells de protecció social que podia generar.⁸

Després de la posició comuna del Consell, de 24 de juliol de 2006, que tenia en compte la resolució del Parlament Europeu en la seva primera lectura, la DS va ser adoptada sense grans canvis, després de passar la segona lectura del Parlament Europeu de 15 de novembre de 2006. Però més enllà de l'èxit que la pressió popular aconseguís transformar certes disposicions de la proposta inicial de la Comissió, el resultat final és un text tècnicament defectuós, amb nombroses contradiccions i ambigüitats, la qual cosa confereix un notable poder al Tribunal de Luxemburg que, tard o aviat, haurà d'interpretar algunes de les seves disposicions.⁹

Atès el complex procés europeu de producció de normes, es va optar per aglutinar una amalgama de tècniques jurídiques variades per impulsar l'ober-

6. Denunciant-se la naturalesa antisocial del mercat i la deriva neoliberal de la Unió Europea. Vegeu, per exemple, Villarejo Galende, H. i Salvador Armendáriz, M. A., «El complejo proceso de transposición de la Directiva de servicios», *Informe Comunidades Autónomas 2008*, Barcelona, IDP, 2009, p. 81 i seg.

7. Per conèixer més detalls de la perllongada i complexa tramitació de la DS, vegeu, entre d'altres, Barnard, C., «Unravelling the Services Directive», *Common Market Law Review*, 45, 2008, p. 325-331 i Hatje, A., «Services Directive. A legal Analysis», a Breuss, F., Fink, G. i Griller, G. (eds), *Services Liberalisation in the Internal Market*, Springer Vienna, 2008, fragments disponibles a: <http://www.springerlink.com/content/w631504632707k2/>.

8. Vegeu Entrena Ruiz, D., «La génesis de la directiva sobre liberalización de los servicios», *El mercado interior de los servicios en la Unión Europea*, de la Quadra-Salcedo, Tomás (dir.), Madrid, Ed. Marcial Pons, 2009, p. 41-81.

9. De Witte, B., «Setting the scene: How did Services get to Bolkestein and why? », *EUI Law Working Papers*, núm 20, 2007, p. 10 i 11 www.eui.eu.; Uyen Do, T., «La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur définitivement hors service?», *Revue du droit de l'Union Européenne*, núm 1, 2006, p. 130.

tura d'alguns sectors de serveis, en espera que, a través d'una dinàmica evolutiva i comptant amb el preciós suport del TJUE, s'aconsegueixin canvis significatius en les relacions entre les diferents administracions públiques i els prestadors de serveis. En realitat, la DS estableix un marc jurídic general basat en un enfocament dinàmic i selectiu, consistent a suprimir primer les barreres que es poden eliminar ràpidament i, respecte de les altres, iniciar un procés d'avaluació, consulta i harmonització complementària de qüestions específiques per permetre modernitzar, progressivament, els sistemes nacionals de regulació de les activitats de serveis.

La DS havia d'assolir els seus objectius de transposició al cap de tres anys, és a dir abans del 28 de desembre de 2009, imposant obligacions a tots els poders públics en els nivells del poder central, regional i local, i obligant-los a revisar nombroses lleis, reglaments i ordenances municipals quan afectessin la prestació dels serveis que regissin en el seu àmbit de competència. Aquesta norma imposa una nova forma d'abordar les relacions entre els administrats i l'Administració, exigint major simplificació, coordinació i cooperació interadministrativa, així com major transparència i eficàcia de gestió. Tanmateix, el curiós és que la mateixa directiva no dóna exemple de simplicitat i en algunes qüestions és massa parca, en d'altres massa ambigua i ha provocat, tant en la seva fase d'adopció com en la d'implementació, un procés d'encadenament de dubtes.

Malgrat la seva vocació horitzontal, la DS es presenta com un instrument-marc, ja que no fixa normes detallades, ni fa una verdadera harmonització de les normes que regeixen l'establiment i la prestació dels serveis. Encara que no es pot considerar ni una clàssica directiva d'harmonització, ni una tradicional directiva de liberalització, previsiblement generarà clars efectes desreguladors i alguns efectes harmonitzadors en el seu futur desenvolupament. La seva originalitat es troba precisament en la barreja que integra d'instruments de codificació, desregulació, harmonització, simplificació i coordinació administrativa¹⁰ i la seva complexitat es deu a l'exigència que imposa a totes les administracions

10. En paraules d'Hatzopoulos, constitueix un «text modern i dinàmic, impregnat de tendències legislatives i de governança actuals i representa un nou estil de redacció legislativa», Hatzopoulos, V., «Que resti-t-il de la directive sur les services?». *Cahiers de droit européen*, vol 43, núm. 3-4, 2007, p. 299-358; Davies, G., «The Services Directive: Extending the country of origin principle and reforming public administration», *European Law Review*, núm. 2, 2007, p. 232-245.

públiques de posar en funcionament tres grans línies d'actuació: l'eliminació, modificació o justificació dels requisits administratius que s'exigeixen per a l'accés i exercici de les activitats econòmiques cobertes per la mateixa, el desenvolupament d'un programa de simplificació administrativa i de creació de finestretes úniques a nivell europeu i la instauració d'un sistema electrònic de cooperació administrativa entre autoritats competents.

La DS fa una tasca de codificació de la jurisprudència comunitària, i ha convertit aquesta jurisprudència en normativa general aplicable a tots els serveis (excepte els que es trobin exclosos de la directiva, als quals se'ls continuaran aplicant les disposicions del Tractat i la seva corresponent interpretació jurisprudencial).¹¹ Però la seva innovació consisteix a aconseguir passar de les accions d'harmonització sectorial a una acció horitzontal mínimament harmonitzadora a través de la clarificació de certes prohibicions i mitjançant l'aplicació dels principis de no-discriminació, justificació i proporcionalitat dels requisits nacionals imposats pels òrgans públics competents, i completa el seu objectiu liberalitzador mitjançant la introducció de nous mecanismes de transparència, comunicació i de coordinació interadministrativa. Certament, els preceptes que regulen la simplificació, la coordinació, l'obligació de presentar informes i el programa de convergència tenen un caràcter instrumental per facilitar la prestació dels serveis, però a la pràctica són fonamentals i comporten un important procés de modernització de les administracions públiques.

Alguns dels avantatges que s'atribueixen a la DS fan referència a la millora de la competitivitat en la prestació dels serveis, a la creació d'ocupació i els beneficis per a les PIME, però això serà difícilment demostrable a curt termini. Tanmateix, almenys, s'hauria de poder valorar si realment la norma contribueix a impulsar una millora dels marcs reguladors interns, ja que sens dubte, un dels objectius centrals hauria de ser assolir una major eficiència en el funcionament de les administracions públiques. Els governs cada vegada prenen més consciència que l'atracció d'inversions passa de manera prioritària per dotar-se d'una administració pública eficaç, que sigui capaç de millorar les seves relacions amb els ciutadans i que aconsegueixi simplificar els seus procediments d'actuació.

11. Vegeu Fernández Rodríguez, T. R., «Un nuevo derecho administrativo para el mercado interior europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, junio 2007, p. 194; Davies, G., «The Services Directive: Extending the country...», citat, p. 2.

2. El context en el qual s'emmarca la negociació de la Directiva de serveis

Els serveis són considerats el sector de l'economia que més contribueix al creixement econòmic i a l'ocupació dels països desenvolupats,¹² però inclou nombrosos sectors estratègics. En realitat, el desenvolupament econòmic d'un país depèn en gran manera de l'existència d'infraestructures de serveis eficients, i alguns serveis són crucials per a la competitivitat de qualsevol economia. Al seu torn, el mercat de serveis està directament connectat tant al mercat de productes com a la prestació de serveis públics, controlats directament o indirectament per les administracions públiques.

La voluntat de fer més eficient i competitiu el sector dels serveis va coincidir amb l'estratègia de Lisboa per al 2010, que va arrencar en el Consell Europeu de Lisboa (març de 2000), quan els caps d'Estat i de Govern van acordar un objectiu molt ambiciós (especialment si es compara amb la situació econòmica actual), el de convertir la UE en «l'economia, basada en el coneixement, més competitiva i dinàmica del món, capaç d'un creixement econòmic sostenible i capaç de crear més i millors feines».¹³ És evident que aquest objectiu no s'ha assolit,¹⁴ tanmateix un objectiu similar segueix marcant l'agenda de la Unió, actualment a través de l'estratègia 2020.¹⁵ En aquest context, el Consell Europeu insta la Comissió a proposar una nova estratègia general del mercat interior per fer desaparèixer les fronteres i obstacles persistents en els serveis. En les seves conclu-

12. Constitueix el principal motor de l'economia de la UE i representa al voltant del 75% del PIB i el 70% de l'ocupació total de la UE. IP/10/863, de 30 de juny de 2010.

13. L'Estratègia de Lisboa dibuixa una estratègia global dirigida a preparar el pas a una economia basada en el coneixement mitjançant la millora de les polítiques relatives a la societat de la informació i de R+D, així com mitjançant l'acceleració del procés de reforma estructural a favor de la competitivitat i la innovació (àmbits de competència principalment dels estats membres), però també preveu la necessitat d'adoptar mesures per a la culminació del mercat interior (àmbit de competència de la Comunitat Europea). Aquesta estratègia va ser relançada el 2005 a través de la renovada estratègia de Lisboa de creixement i ocupació, comunicació de la Comissió «Treballant junts pel creixement i l'ocupació. Rellançament de l'estratègia de Lisboa», COM (2005) 24 de 2 de febrer de 2005.

14. És imprescindible formular una sèrie d'autocrítiques en relació amb la fórmula dissenyada per assolir els esmentats objectius, així com els mètodes i instruments posats a la seva disposició.

15. Comunicació de la Comissió, Europa 2020. Una estratègia per a un creixement intel·ligent, sostenible i integrador. COM (2010) 2020 final de 3.3.2010. S'hi afirma que la plena aplicació de la DS podria incrementar el comerç de serveis en un 45% i les inversions estrangeres directes en un 25%, la qual cosa equivaldria a un increment d'entre 0,5 i 1,5% del PIB.

sions no es demanava una directiva *general* de serveis, sinó continuar amb l'enfocament previ de liberalitzar sectors específics.¹⁶ Hi havia, igualment, un compromís general de simplificació dels marcs jurídics europeus i nacionals a través del programa «Legislar millor», que imposava una necessitat de codificació i simplificació de les normes i dels procediments administratius a molts sectors, entre els quals s'inclouïa el sector dels serveis.¹⁷

La consolidació del mercat interior de serveis també estava paral·lelament imbricada en un procés multilateral de liberalització econòmica, en el qual es definien les posicions negociadores de la Comunitat Europea al si de l'OMC. Amb aquesta finalitat, el Consell i el Parlament Europeu havien atorgat a la Comissió un mandat de negociació multilateral per aconseguir certes millores en l'accés a mercats de tercers països, cobrint serveis professionals, turisme i energia, serveis postals i de missatgeria, telecomunicacions, distribució, construcció, serveis financers, serveis mediambientals, agències de notícies i serveis d'enginyeria, entre altres sectors,¹⁸ camí que anava a conduir, al final de les negociacions, a consolidar certs compromisos propis d'obertura,¹⁹ malgrat les crítiques que solen suscitar aquests processos de liberalització, especialment quant als límits que s'imposen a la formulació de certes polítiques públiques domèstiques.²⁰

16. En concret es feia referència a tres àmbits: comerç electrònic, serveis econòmics d'interès general (gas, electricitat, serveis postals i transports) i serveis financers. Conclusions de la Presidència del Consell Europeu de Lisboa (març 2000), http://www.europarl.europa.eu/summits/list1_es.htm.

17. Comunicació de la Comissió «Análisis estratégico del programa “Legislar mejor” en la Unión Europea», COM (2006) 689 de 14 de novembre de 2006.

18. Cep. TN/S/0/EEC/Rev.1, Comunicació de las Comunidades Europeas y sus Estados miembros. Oferta condicional revisada (29 de juny de 2005).

19. El procés de liberalització dels serveis a nivell internacional ja es va incloure per primera vegada en les negociacions de la Ronda Uruguai que van concloure el 1994, acceptant-se un marc multilateral al si de la creada novament OMC (Organització Mundial del Comerç) que regiria l'obertura progressiva de certs sectors de serveis a través de llistes de compromisos acceptades pels diferents membres que s'incorporarien al nou acord GATS-AGCS (Acord General sobre el Comerç de Serveis) que és gestionat per l'OMC. La redacció de l'AGCS està inspirada en el GATT (Acord General sobre el Comerç i les Tarifes) i incorpora els tradicionals principis de la clàusula nacional i la clàusula de la nació més afavorida, amb l'objectiu d'eliminar discriminacions al comerç internacional. Tanmateix, aquests principis només s'apliquen a aquells sectors en els quals la Comunitat juntament amb els seus estats membres hagin assumit compromisos concrets de liberalització i no de manera general. Vegeu Zapatero Miguel, P., «El bucle de la liberalización: Bolkestein en contexto», de la Quadra-Salcedo, Tomás (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, Madrid, Ed. Marcial Pons, 2009, p. 16 i seg.

20. Esteve Garcia, F. i Jiménez Cortès, C. (dir.), *La Liberalització dels serveis culturals a l'OMC i el seu impacte a Catalunya*, Barcelona, IEA, núm. 48, 2006.

Un altre document de referència que va influir decisivament en el contingut de la proposta de la Comissió de 2004, va ser un informe previ de 2002 elaborat pels serveis de la mateixa Comissió, sobre l'estat del mercat interior dels serveis²¹ que feia referència a l'existència d'un gran nombre de *fronteres jurídiques* i *fronteres no jurídiques*, com a constatació d'una realitat existent en relació amb la qual la Comissió no entra a valorar la seva eventual legalitat o justificació. Aquest informe analitza la gran diversitat de normes i pràctiques que regeixen la prestació dels serveis en els estats membres i es constata que totes, per la seva varietat, diversitat i nombre, constitueixen un tipus d'obstacles al desenvolupament del mercat interior dels serveis. Certament, s'afirma que tal diversitat, en si mateixa, genera com a conseqüència que un prestador ha d'atendre requeriments i requisits diferents en cada Estat i es constata la dificultat que suposa assolir el coneixement dels requisits que s'exigiran als diferents estats.

3. El lliure establiment i la lliure prestació de serveis: una difícil delimitació del règim jurídic

Durant molts anys el règim de la llibertat d'establiment i el de la lliure prestació de serveis han estat aplicats, aclarits i desenvolupats a través de la jurisprudència europea, tractant-se de dues llibertats fonamentals que des del Tractat de Roma (TCEE) de 1957 a l'actual Tractat sobre el Funcionament de la Unió Europea (TFUE) s'han mantingut sense grans canvis en la redacció del dret originari. La interpretació jurisprudencial del dret primari s'ha completat mitjançant alguns desenvolupaments legislatius sectorials (referides, per exemple, als serveis financers, les telecomunicacions, la radiodifusió o el reconeixement de les qualificacions professionals), però la DS va més enllà de la jurisprudència europea i del dret derivat, ja que les institucions europees es proposen eliminar per via directa i ràpida el màxim nombre d'*obstacles* o *barreres* a través d'una combinació de tècniques de desregulació, simplificació, harmonització i cooperació interadministrativa, i a través de noves tècniques organitzatives i procedimentals. En aquest sentit, s'ha assenyalat que, per exemple, el gran nombre d'autoritzacions, la durada i complexitat dels procediments, el marge de discrecionalitat de les autoritats administratives, així com tota una sèrie de normes comptables, financeres i sobre la responsabilitat professional genera-

21. COM (2002) 441 final, Brussel·les, de 30 de juliol de 2002.

ven un entorn hostil al desenvolupament intracomunitari de les prestacions de serveis.²²

En el dret primari, la reforma del Tractat de Lisboa manté la distinció entre el règim del dret d'establiment (art. 49-55 TFUE, abans art. 43-48 TCE) i el règim de la lliure prestació de serveis (art. 56-62 TFUE, abans art. 49-55 TCE). També la DS manté l'esmentada dualitat en les seves disposicions, ja que el capítol III (art. 9-15 DS) s'aplica al dret de lliure establiment, mentre que la prestació transfronterera de serveis es regula al capítol IV (art. 16-21 DS).

La llibertat d'establiment no només es reconeix per a les persones físiques nacionals d'un estat membre de la UE, sinó també per a les persones jurídiques, és a dir, assoleix la constitució i gestió d'empreses i la tradicional prohibició de restriccions assoleix l'obertura d'agències, sucursals o filials pels nacionals o empreses d'un estat (estat d'origen) establerts al territori d'un altre estat (estat de destinació), és a dir fa referència a la facultat de crear i mantenir més d'un centre d'activitat al territori de la Unió. En canvi, la lliure prestació de serveis implica la llibertat del prestador d'oferir serveis a destinataris establerts en un estat membre diferent d'aquell al territori del qual es troba establert, i és un element important que el prestador i el destinatari estiguin establerts en estats membres diferents. L'establiment implica «*el ejercicio efectivo de una actividad económica por un tiempo indeterminado i por medio de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente la prestación de servicios*» (art. 4.5 DS). L'establiment requereix la integració en l'economia de l'Estat membre, la qual cosa comporta l'adquisició d'una clientela a partir d'un domicili professional estable, normalment mitjançant la creació d'una sucursal o filial.²³ Mentre l'establiment suposa una voluntat de permanència i estabilitat en l'Estat receptor, la prestació de serveis té un caràcter temporal i no estable, per això alguns requisits que imposen els estats es consideren justificats en relació amb el lliure establiment, en canvi els requisits que s'accepten per permetre la lliure prestació de serveis són limitats i requereixen un major nivell d'exigència quant a la seva justificació. Tanmateix, la temporalitat de la prestació ha de determinar-se en funció de la durada, freqüència, periodicitat i continuïtat, però com

22. Al seu informe sobre el Mercat Interior dels Serveis, la Comissió va elaborar un inventari dels obstacles a les prestacions de serveis transfronterers que ascendien a més de noranta tipus de barreres. Informe de la Comissió al Parlament i al Consell, COM (2002) 441 final, 30 de juliol de 2002.

23. TJ de 26 de gener de 2006, assumpte C-514/03, «Comissió c/ Espanya».

assenyala el TJ en l'assumpte «Schnitzer», no hi pot haver límits temporals generals per distingir entre establiment i lliure prestació de serveis i tampoc no és decisiu que el prestador utilitzi una determinada infraestructura.²⁴ Així doncs, el criteri per aplicar les prescripcions pròpies del dret d'establiment o les de la lliure prestació de serveis, no és cap altre que el caràcter permanent i estable, o al contrari, purament temporal, de la prestació que es tracti. El problema que apareix en determinades circumstàncies és que cap disposició del Tractat ni del dret derivat permet determinar, de manera clara, la durada o la freqüència a partir de la qual la prestació d'un servei en un estat ja no podria considerar-se com a coberta pel règim de la prestació de serveis, i hauria de quedar coberta pel règim de l'establiment. Això comporta disfuncions en la delimitació d'ambdós règims jurídics i previsiblement es continuen generant en relació amb l'aplicació de la DS, que no aconsegueix aportar cap aclariment suplementari.

4. La Directiva de serveis com a nova etapa de consolidació del mercat interior

La DS s'aplica a aquells requisits que afecten l'accés a una activitat de servei o al seu exercici, sigui a través del lliure establiment o a través de la lliure prestació de serveis i el concepte de *requisit* engloba qualsevol obligació, prohibició, condició o límit imposat als prestadors (o als destinataris) dels serveis, previstes en disposicions legals, reglamentàries o administratives tant a escala nacional com regional o local, com per exemple l'obligació d'obtenir una autorització o d'efectuar una declaració davant de les autoritats competents (art. 4.7 DS)²⁵ i, fins i tot, s'aplica també a les normes imposades pels col·legis professionals o altres associacions, és a dir, s'aplica en relació amb normes, pràctiques administratives o regulacions col·lectives, però no s'aplica als requisits que no regulin ni afectin específicament l'activitat del servei.²⁶

La progressiva supressió de les mesures estatals que constitueixen barreres o obstacles a la circulació transfronterera dels serveis va aconseguir un primer

24. Sentència TJ d'11 desembre de 2003, assumpte C-215/01, «Schnitzer» i Sentència TJ de 29 d'abril de 2004, assumpte C-104/0.

25. Vegeu *Manual sobre la transposició de la Directiva de serveis*, citat, p. 14.

26. És a dir, per exemple, en principi no s'aplica a les normes urbanístiques o d'ús del terra, en les normes d'ordenació de territori o en les ordenances de construcció.

impuls a partir del moment en què el TJ va reconèixer l'efecte directe dels articles 49 TFUE (ex 43 TCE i 52 TCEE)²⁷ i 56 TFUE (ex 49 TCE i ex 59 TCEE),²⁸ la qual cosa va anar seguida d'una combinació d'interpretacions jurisprudencials restrictives de les excepcions previstes als tractats juntament amb una ampliació de la noció de *restricció prohibida* i un progressiu desenvolupament del principi d'equivalència o de reconeixement mutu.

El TJ recorda la seva jurisprudència consolidada en el sentit de considerar restriccions a la llibertat d'establiment i a la lliure prestació de serveis totes les mesures que prohibeixin, obstaculitzin o facin menys interessant l'exercici de les esmentades llibertats.²⁹ La jurisprudència existent confirma el principi segons el qual una restricció a la lliure prestació de serveis només pot ser vàlida si es justifica per raons imperatives d'interès general (test de justificació) i si aquest interès no es troba assegurat per les normes del país d'origen (test d'equivalència o de reconeixement mutu). Sense ànim d'exhaustivitat i a títol d'exemple es pot portar a col·lació la Sentència de 10 de març de 2009 que va resoldre un dubte sobre la compatibilitat entre els articles 49 i 56 TFUE (ex 43 i 49 TCE) i la necessitat d'autorització per a la creació d'una policlínica privada en la qual es pretenien prestar serveis ambulatoris odontològics. El TJ va declarar que els articles del Tractat s'oposen a disposicions nacionals [...], «en virtut de les quals és necessària una autorització per obrir un centre sanitari privat consistent en una policlínica dental autònoma i segons les quals ha de denegar-se l'esmentada autorització quan, a la llum de l'assistència ja oferta pels metges

27. L'objectiu del lliure establiment, tal com va apuntar el TJ en la cèlebre sentència de 21 de juny de 1974, ass. 2/74, «Reyners», p. 631, no és cap altre que possibilitar que un nacional comunitari participi, de forma estable i contínua, en la vida econòmica d'un EM diferent del seu EM d'origen i que se'n beneficiï, afavorint així la interpretació econòmica i social en l'interior de la Comunitat en l'àmbit de les activitats per compte propi.

28. La jurisprudència sobre la lliure prestació de serveis es basa en la interpretació de l'antic article 59 TCEE que va ser renumerat com a article 49 TCE a partir de l'entrada en vigor de la reforma del Tractat d'Àmsterdam el 1999, al qual se li reconeix efecte directe des de la Sentència de 12 de novembre de 1974, ass. 33/74 «Van Binsbergen», la qual cosa permet invocar directament aquesta disposició per eliminar les mesures discriminatòries i altres restriccions prohibides existents en les legislacions nacionals.

29. S'ha de destacar la Sentència del TJ de 22 d'octubre de 2009, assumpte C-438/08, Comissió c/ Portugal, en on es planteja la conformitat d'una norma nacional amb el dret d'establiment. La norma nacional imposava determinats requisits per autoritzar l'exercici de la inspecció tècnica de vehicles, en particular la subjecció de les autoritzacions administratives al criteri d'interès públic, l'exigència que les empreses que pretenen establir-se al mercat tinguin un capital mínim de 100.000 euros, la limitació de l'objecte social de les empreses i la imposició de normes en matèria d'incompatibilitat dels seus socis, gerents i administradors.

concertats, no existeixi cap necessitat que justifiqui l'obertura de tal centre...». El Tribunal analitza els objectius i les mesures del règim d'autorització administrativa existent i de la seva anàlisi dedueix que la normativa nacional no és adequada per garantir la consecució dels objectius de manteniment d'un servei mèdic de qualitat, equilibrat i accessible a tothom, ni per evitar un risc de greu menyscapte per a l'equilibri financer del sistema de seguretat social.

Prenent ara en consideració l'evolució del principi del reconeixement mutu, aplicat principalment al règim de la prestació de serveis, es pot recordar que el TJ va afirmar en l'assumpte «Säger» que el Tractat «exigeix no només l'eliminació de tota discriminació contra el prestador per raó de la seva nacionalitat, però també tota restricció, encara que s'apliqui indistintament als prestadors nacionals i als dels altres països, quan pugui prohibir o dificultar d'una altra manera les activitats del prestador establert en un altre EM, on presti legalment serveis anàlegs».³⁰ I en la mateixa línia s'afirma en l'assumpte «Corsten» que, segons jurisprudència constant, «una restricció al principi fonamental de la lliure prestació de serveis només pot justificar-se per reglamentacions que es basin en raons imperatives d'interès general que s'apliquin a tota persona o empresa que exerceixi una activitat al territori de l'EM d'acollida». Però això només val «en la mesura que aquest interès no es trobi protegit mitjançant les normes a què es trobi subjecte el prestador en l'Estat membre del seu establiment».³¹

Igualment en l'assumpte «Schnitzer» el Tribunal va tornar a condemnar els dobles controls³² i podem esmentar l'assumpte «Comissió c/ Espanya»³³ com a fórmula de síntesi de la seva jurisprudència anterior, on es discuteix si una empresa de seguretat privada estrangera està obligada a complir els mateixos requisits que els imposats a les empreses espanyoles, sense tenir en compte les obligacions, garanties i exigències ja imposades a l'esmentada empresa estrangera en un altre estat membre. El TJ afirma que la imposició de determinats requisits només pot justificar-se en la mesura que «l'interès general invocat no quedi salvaguardat per les normes a què està subjecte el prestador en l'Estat membre on estigui establert», és a dir que les autoritats de l'Estat membre d'acollida estan

30. Sentència TJ, de 25 de juliol de 1991, assumpte C-76/90 «Säger».

31. Sentència TJ, de 3 d'octubre 2000, assumpte C-58/98, «Corsten», considerant 35 i seg.

32. Sentència TJ, d' 11 de desembre de 2003, assumpte 215/01 «Schnitzer», considerants 36 i 37.

33. Sentència TJ, de 26 de gener de 2006, assumpte C-514/03, «Comissió c/ Espanya».

obligades, en principi, a tenir en compte els requisits que els operadors econòmics afectats i els seus empleats ja compleixen al seu país d'origen.

Però la jurisprudència i la resolució cas per cas de procediments d'infracció contra els estats membres es va considerar una forma d'actuar extremadament complexa per a les institucions nacionals i comunitàries i, a més, es considerava que el mercat únic de serveis no solament exigia eliminar les barreres per a la circulació transfronterera dels serveis, sinó que també hauria d'oferir als consumidors major transparència i informació, més possibilitats d'elecció i uns serveis a uns preus més baixos en condicions de qualitat i seguretat. Tanmateix, no hauria d'oblidar-se que alguns *obstacles* o *restriccions* responen a la protecció de determinats interessos generals i la seva eliminació indiscriminada podria donar lloc a molts problemes, ja que el mercat és imperfecte i cap norma no asseguraria la protecció d'aquests interessos generals.

Davant de tota aquesta situació, la DS opta per sotmetre els règims d'autorització nacionals a una certa «presumpció d'incompatibilitat» amb les normes europees.³⁴ En realitat, els règims d'autorització fan referència a aquells procediments que obliguen un prestador o destinatari a obtenir d'una autoritat competent un document oficial o una decisió tàcita sobre l'accés a una activitat de serveis o el seu exercici i constitueixen un dels tràmits més comuns aplicats als prestadors de serveis en els estats membres, així com una restricció a la llibertat d'establiment.³⁵ La DS obliga els estats a revisar totalment aquests règims relatius a l'accés a activitats de serveis o al seu exercici.³⁶ L'article 9.1 DS codifica la jurisprudència anterior³⁷ i estableix que només podran mantenir-se aquells règims d'autorització que no siguin discriminatoris,³⁸ que estiguin justificats per una raó imperiosa d'interès general i que siguin proporcionats.

34. Segons jurisprudència reiterada, un règim d'autorització prèvia «no pot legitimar un comportament discrecional de les autoritats nacionals que pugui privar de la seva eficàcia les disposicions de Dret comunitari...», ha de basar-se en criteris objectius, no discriminatoris i coneguts per endavant, que garanteixin la seva adequació per establir prou els límits de l'exercici de la facultat d'apreciació de les autoritats nacionals», Sentència TJ, de 10 de març de 2009, assumpte C-160/07, «Hartlauer Handelsgesellschaft» (considerant 6).

35. Tal com s'afirma a la jurisprudència del TJ, per exemple en la Sentència de 22 de gener de 2002, assumpte C-390/99, «Canal Satèl·lit Digital».

36. Articles 9 a 13 DS.

37. Vegeu, com a exemple, la Sentència TJ de 20 de febrer de 2001, C-205/99 «Analir».

38. Si no dona lloc, de manera directa o indirecta, a un tracte diferenciat dels prestadors nacionals i dels procedents d'altres estats membres.

Així doncs, quan es constata una restricció al lliure establiment o a la lliure prestació de serveis, s'ha de valorar si respon a aquests criteris de justificació comunitària. L'element fonamental és que correspon als estats aportar justificació i proves (inversió de la càrrega de la prova), que l'objectiu es justifica per una raó d'interès general, objectiu que no pot ser assolit per altres mesures menys restrictives i que la mesura (o restricció) no va més enllà del que sigui necessari per assolir l'objectiu, concepte que encara que sigui fixat pels estats membres ha de ser compatible amb els paràmetres establerts a nivell comunitari, aplicant-se criteris indeterminats que es troben subjectes a la valoració del TJ.³⁹

Es constata com l'aplicació jurisdiccional del principi de proporcionalitat ha tingut importants efectes desreguladors i això és previsible que es reforci a partir de la seva reiterada referència a la DS (art. 9, 10 i 16).⁴⁰ En qualsevol cas, tot dependrà de com es desenvolupi la interpretació i el control de les mesures nacionals que regeixen les activitats econòmiques. Aquest és un element central: el de la seva actual subjecció al marc jurídic de la Unió i a la interpretació del TJ.

Així doncs, si el Tractat admet restriccions justificades per raons d'ordre públic, seguretat pública o salut pública, la jurisprudència admet una sèrie de raons imperioses d'interès general, sense que existeixi una llista tancada de raons, i s'admeten motius tan variats com la protecció del consumidor, del medi ambient, la lluita contra el frau, l'aparició de pertorbacions en l'ordre social, etc. I en defecte d'harmonització a nivell europeu, cada Estat ha d'apreciar les exigències que implica la protecció dels interessos afectats. Ara bé, ha de valorar seriosament el respecte al criteri de necessitat i proporcionalitat per limitar-se a imposar aquelles mesures que vagin clarament a satisfer l'objectiu perseguit prenent en consideració les exigències de les llibertats econòmiques esmentades, i es valora, en cada cas, si l'objectiu perseguit no pot assolir-se per mitjans menys restrictius.

39. Vegeu, per exemple, a la Sentència TJ, de 10 de març de 2009, assumpte C-169/07 «Hartlauer Handelsgesellschaft», en la qual el TJ afirma: «...dues consideracions s'oposen al fet que es reconegui que la normativa que es tracta és adequada per garantir la consecució dels objectius esmentats. En primer lloc, s'ha de recordar que una normativa nacional només és adequada per garantir la consecució de l'objectiu al·legat si respon veritablement a la tenacitat per fer-ho de manera congruent i sistemàtica...» (cons. 54, 55).

40. Vegeu de la Quadra-Salcedo Janini, T., «Quo Vadis, Bolkenstein? Armonització o desregulació?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, abril-juny, 2007, p. 270 i seg.

La visió de les institucions europees té com a punt de partida considerar que, en general, la majoria dels règims d'autorització poden substituir-se per mitjans menys restrictius, com el seguiment o control de les activitats per les autoritats competents o la presentació de *notificacions* o de certes *declaracions* per part dels prestadors, etc. En el supòsit que una autorització es trobi justificada, l'article 10.2 DS imposa que les condicions per a la seva concessió siguin clares i inequívokes, objectives, transparents i accessibles, i es facin públiques amb antelació. En aquest cas, l'objectiu principal és evitar les decisions arbitràries. La DS també imposa el principi general de la durada il·limitada de les autoritzacions i de la seva validesa per a tot el territori d'un estat membre,⁴¹ encara que poden existir excepcions justificades. Tampoc no resulta possible limitar el nombre d'autoritzacions, llevat que es degui a l'escassetat de recursos naturals o de les capacitats tècniques existents o si aquesta limitació es troba justificada per una raó imperiosa d'interès general. De tota manera, s'hi recull la possibilitat de revocar les autoritzacions si s'han deixat de complir les condicions previstes.

Així doncs, és evident que la DS afecta els procediments administratius, en exigir, a la pràctica, la supressió, per exemple, de molts dels règims d'autorització, procediments i formalitats excessivament onerosos. L'autorització prèvia obligatòria s'ha de limitar a aquells casos que sigui indispensable (art. 9). A més, s'inclou la regla del silenci positiu, és a dir, a falta de resposta, es considera l'autorització concedida, llevat que una raó imperiosa d'interès general justifiqui una altra solució.

En l'àmbit de lliure establiment, l'article 14 conté una *llista negra* de requisits prohibits perquè són discriminatoris o, en qualsevol cas, particularment restrictius, que generen *desavantatges* i majoritàriament el TJ ja ha determinat la seva incompatibilitat amb l'actual article 49 TFUE; es tracta d'una sèrie de requisits que els estats han de suprimir directament. També hi ha una altra sèrie de requisits *potencialment restrictius* (llista gris de l'article 15 DS),⁴² és a dir només estaran permesos en la mesura que l'Estat membre acreditat que són neces-

41. Això no significa que s'hagi de canviar en relació amb l'òrgan que atorga una determinada autorització a nivell regional o local, però afectaria la validesa d'aquesta autorització.

42. Entre aquests figuren, per exemple, la imposició de límits quantitatius o territorials i, concretament, límits fixats en funció de la població o d'una distància geogràfica mínima entre prestadors, requisits que obliguin el prestador a constituir-se adoptant una forma jurídica particular, prohibició de disposar de diversos establiments en un mateix territori nacional, requisits que obliguin a tenir un nombre mínim d'empleats, o tarifes obligatòries mínimes o màximes.

saris, proporcionats i no discriminatoris.⁴³ Aquests requisits, amb freqüència, poden substituir-se per mitjans menys restrictius, però en certes circumstàncies i sectors poden estar justificats. Per això, no es prohibeixen, sinó que se n'exigeix la revisió i la justificació, aplicant-se igualment els criteris de no-discriminació, necessitat i proporcionalitat. Aquests requisits fan referència als límits quantitatius o territorials, a l'obligació que el prestador adopti una forma jurídica particular, a la possessió de capital d'una societat, a la reserva de la prestació de certs serveis a determinats prestadors, a la prohibició de disposar de diversos establiments en un mateix territori nacional, a l'obligació de disposar d'un nombre mínim d'empleats o a les obligacions d'aplicar tarifes mínimes o màximes fixes.

El capítol IV sobre lliure prestació de serveis és el més difícil i opac. L'article 16.1 conté tres obligacions per als estats: 1) respectar el dret dels prestadors a prestar serveis en un estat membre diferent al del seu establiment; 2) assegurar la llibertat d'accés i el lliure exercici de l'activitat de serveis dins del seu territori; 3) no supeditar la llibertat d'accés a requisits que no respectin el «triple test» (no-discriminació, necessitat i proporcionalitat). Els paràgrafs 2 i 3 inclouen una sèrie de requisits prohibits, excepte si es troben justificats per «raons d'ordre públic, seguretat pública, salut pública o protecció del medi ambient», i restringeix significativament el nombre de raons, si ho comparem amb el capítol relatiu al dret d'establiment.⁴⁴ Els estats membres només poden invocar aquestes 4 raons i no poden invocar altres objectius d'interès general, a més, es tracta de nocions comunitàries i no nacionals que han estat objecte d'una restrictiva interpretació jurisprudencial, de manera que perquè s'accepti una justificació ha d'existir «una amenaça real i greu per a un interès fonamental de la societat» i correspon a cada estat demostrar aquest risc.⁴⁵

Però encara que un requisit no sigui discriminatori i correspongui a alguna de les quatre raons imperioses d'interès general assenyalades, la prova definitiva és el «test de proporcionalitat».⁴⁶ Això significa que tota legislació que no

43. Villarejo Galende, H. i Salvador Armendáriz, M. A., «El complejo proceso de transposición de la Directiva de servicios», citat, p. 95.

44. Aquest panorama es completa amb una llarga llista d'excepcions incloses a l'article 17 DS i, a més, amb una altra llista d'excepcions individuals que s'inclouen a l'article 18 DS.

45. A títol d'exemple, vegeu Sentència TJ de 14 d'octubre de 2004, assumpte C-36/02, «Omega».

46. Recordem que serveix per determinar si l'aplicació del requisit és apropiada per garantir la consecució de l'objectiu que es persegueix i si no va més enllà del necessari per assolir l'objectiu.

sigui eficaç per protegir algun dels quatre objectius, no quedarà justificada i haurà d'avaluar-se si l'objectiu d'interès general no es compleix mitjançant els requisits a què se sotmet el prestador en l'Estat membre d'establiment i, a més, s'haurà d'avaluar si existeixen altres mitjans menys restrictius per assolir l'objectiu perseguit. Aquestes avaluacions s'han de realitzar normalment cas per cas i no es tracta d'un resultat matemàtic ni objectiu, sinó que admet un cert marge de discrecionalitat o d'interpretació dispar en la seva aplicació concreta.

Es pot igualment destacar els articles que fan referència als drets dels destinataris de serveis (art. 19-22 i art. 27 DS)⁴⁷ i que inclouen disposicions que prohibeixen les restriccions a la contractació d'operadors no nacionals, clàusules de prohibició de discriminacions, obligacions de deixar assistència als destinataris dels serveis, obligacions de transparència en relació amb el prestador i la seva prestació, així com la posada a disposició del destinatari dels serveis d'una gamma de mitjans per poder posar-se en comunicació amb el prestador per demanar informació o per fer-li arribar una reclamació.

L'impuls a la consolidació del mercat interior es fa amb la inclusió de poques mesures d'harmonització. Algunes d'aquestes mesures són més instrumentals que materials, però no per això mancades d'interès, ja que a la pràctica són essencials les disposicions en matèria d'informació, d'assegurances i garanties professionals, de comunicació comercial de les professions regulades i de solució de controvèrsies. És lamentable que hagin quedat com a disposicions voluntàries els articles sobre política de qualitat (art. 26 DS) i els codis de conducta comunitaris (art.37 DS).

5. Àmbit d'aplicació de la Directiva de serveis

Una qüestió essencial és que l'aplicació de la DS haurà de realitzar-se en el context del dret primari i les matèries excloses de l'àmbit de la DS continuaran regint-se plenament per les actuals disposicions del TFUE, la interpretació i desenvolupa-

Vegeu en l'aplicació del test de proporcionalitat, per exemple, Sentència TJ, de 25 de juliol de 1991, assumpte C-76/90 «Sager»; Sentència TJ, de 23 de novembre de 1999, ass. acum. C-369/96 i C-376/96 «Arblade and others» i Sentència TJ, de 22 de gener de 2002, ass. C-390/99 «Canal Satèl·lit».

47. Vegeu els comentaris de D'Acunto, S., «Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points», *Revue de Droit de l'Union Européenne*, 2/2007, p. 310 i seg.

ment del qual requereix respectar la jurisprudència desenvolupada en aquests anys pel TJ, sens perjudici que puguin existir alguns canvis estratègics d'orientació.

La DS s'aplica a tots els serveis que no queden exclosos expressament del seu àmbit d'aplicació.⁴⁸ El concepte de *servei* és una noció comunitària que ha estat objecte d'una interpretació molt àmplia⁴⁹ per part del TJ i inclou «tota activitat econòmica per compte propi realitzat normalment a canvi d'una remuneració»,⁵⁰ és a dir activitats econòmiques que realitzen prestadors (persona física o jurídica) no assalariats, i s'assenyala que la DS s'ha d'aplicar a «els serveis deixats per prestadors establerts en un estat membre».⁵¹

Aquesta formulació tan general comporta que el seu abast material concret resulti controvertit i ambigu, i, a més, en la DS hi ha un mosaic d'excepcions, exclusions i *no aplicacions* que constitueix el confús àmbit en què no s'aplica la DS.⁵² Totes les exclusions previstes expressament en la DS són opcionals i els estats han de definir amb major precisió l'abast d'aquestes exclusions en les seves normes nacionals.

L'única exclusió que inclou el Tractat (actual art. 51 TFUE i *ex art.* 45 TCE) i que s'aplica al lliure establiment i a la lliure prestació de serveis, és la que fa referència a les «activitats vinculades a l'exercici del poder públic», que s'inclou igualment a l'article 2.2 *i* de la DS, però s'ha de portar a col·lació la interpretació res-

48. Això afecta una gran part dels serveis en la Unió: des de la distribució comercial a la investigació de mercats; l'administració d'empreses o els serveis comptables; la construcció o l'enginyeria i quedant inclòs en això tot allò «que no es trobi expressament exclòs».

49. Vegeu TJ d'11 de setembre de 2007, ass. C-318/05 «Comissió *c/* Alemanya».

50. Això es recull a l'article 50 TCE (actual art. 57 TFUE), on apareix com un concepte *resta* en assenyalar-se que aquestes prestacions seran serveis en la mesura que no es regeixin per les disposicions relatives a la lliure circulació de mercaderies, capitals i persones.

51. La DS s'aplica als serveis prestats per una persona física nacional d'un estat membre o per una persona jurídica establerta en un estat membre. Tal com es precisa en el fonament de dret 38, el concepte de *persona jurídica* engloba totes les entitats constituïdes d'acord amb la legislació nacional o que es regeixin per aquesta legislació, independentment que, de conformitat amb la legislació nacional, se'ls reconegui o no personalitat jurídica. Contràriament, els serveis prestats per persones físiques que no siguin nacionals d'un estat membre o per entitats establertes fora de la UE, o no constituïdes d'acord amb la legislació d'un estat membre, no estan coberts per la DS.

52. Davant de la dificultat de determinar l'abast de la DS, els mateixos serveis de la DG del Mercat Interior de la Comissió van elaborar el 2007 un *Manual sobre la transposició de la Directiva de Serveis*, que resulta molt útil i que pot consultar-se a: http://ec.europa.eu/internal_market/services-dir/index_es.htm.

trictiva desenvolupada pel TJ en relació amb l'abast de l'exclusió, ja que només inclou activitats específiques vinculades directament amb l'exercici del poder públic i no professions senceres.⁵³ Així per exemple, en l'assumpte «Comissió c/ Portugal»,⁵⁴ sense negar el caràcter restrictiu de la seva normativa, Portugal al·lega que l'activitat d'inspecció de vehicles és una activitat «relacionada amb l'exercici del poder públic» i, per tant, se situa fora de l'àmbit d'aplicació de l'article 49 TFUE. La Comissió, en canvi, al·lega que es tracta d'una activitat econòmica que no constitueix una participació directa i concreta a l'exercici del poder públic. El TJ recorda la seva jurisprudència anterior en el sentit que aquesta excepció només cobreix les activitats que, considerades per si mateixes, estiguin directament i específicament relacionades amb l'exercici del poder públic i això exclou «les funcions merament auxiliars i preparatòries respecte a l'entitat que exerceix efectivament el poder públic en adoptar la resolució final». Així doncs, després de constatar que efectivament les activitats de les entitats privades d'inspecció tècnica de vehicles no estan compreses en l'excepció prevista de l'actual article 51 TFUE, passa després a examinar si el règim d'accés a l'activitat d'inspecció de vehicles pot trobar-se justificat, analitzant els criteris de justificació, necessitat i proporcionalitat, i conclou que «la República Portuguesa no ha demostrat ni el caràcter necessari ni el caràcter proporcionat de les mesures discutides, en relació amb l'objectiu perseguit. Per tant, no pot considerar-se que les disposicions discutides estiguin justificades per raons relatives a la protecció de la seguretat del trànsit».

El complex i polèmic procés de negociació de la Directiva explica els apartats de l'article 1, on es desenvolupa el que no és objecte de la Directiva, i fa servir les confuses expressions de «no tracta» i «no és afectat» per la Directiva. Això contrasta especialment amb l'article 2 DS que es refereix a l'àmbit d'aplicació de la Directiva, i fa servir aquí l'expressió «aplicar o no aplicar determinats serveis».⁵⁵ L'article 2 també inclou serveis que es volen excloure de l'àmbit

53. Així a títol d'exemple, el TJ ha declarat que l'article 45 no inclou activitats d'índole auxiliar i preparatòries en relació amb l'exercici de l'autoritat pública (Sentència de 13 de juliol de 1993, ass. 42/92, «Thijssen»), ni a les activitats de naturalesa tècnica, com les que concerneixen al disseny, a la programació i a l'operació de sistemes de dades (Sentència de 5 de desembre de 1989, ass. 3/88, «Comissió c/ Itàlia»), ni les activitats de les empreses de seguretat (Sentència de 31 de març de 2001, ass. C-283/99, «Comissió c/ Itàlia»).

54. Sentència del TJ de 22 d'octubre de 2009, assumpte C-438/08, «Comissió c/ Portugal».

55. Vegeu l'extens desenvolupament de de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T., «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la directiva de servicios al mercado interior», a *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, citat, p. 83-127.

natural de la Directiva, perquè així s'ha pactat per diferents consideracions jurídicopolítiques.

5.1. Delimitació de l'objectiu de la Directiva de serveis

A l'article 1.2 DS s'afirma que la DS no tracta «la liberalització de serveis d'interès econòmic general reservats a les entitats públiques o privades», és a dir, no pretén regular ni desmantellar l'àmbit dels *drets exclusius* dels operadors que presten serveis d'interès econòmic general, això correspon als estats en el respecte d'altres disposicions del Tractat. Així la voluntat de suprimir traves innecessàries o desproporcionades no pot comportar la supressió dels drets especials o exclusius que són protegits pel mateix Tractat (art. 106.2 TFUE) per atendre el compliment de determinades missions públiques. Tampoc no es pot imposar la privatització d'entitats públiques prestadores de serveis, ja que el mateix Tractat preserva l'anomenat principi de neutralitat respecte a les diferents formes de propietat. En definitiva, d'acord amb les altres disposicions del Tractat, la DS no pot abolir els monopolis de serveis compatibles amb el dret europeu, ni pot regular el sistema d'ajuts concedits pels estats membres, que també es regeix per les normes que apliquen i desenvolupen la lliure competència a la UE. Es parteix, doncs, de la premissa que els estats són els competents per definir els seus *serveis d'interès general* i han de determinar el seu corresponent sistema d'organització i finançament, atenent les obligacions que imposa principalment la legislació comunitària sobre competència i ajuts públics.⁵⁶

El terme *no afectar* pot arribar a suscitar majors dubtes, però podria considerar-se que el legislador busca aconseguir cert equilibri entre els seus objectius de liberalització i altres objectius que constitueixen valors que es consideren dignes de protecció i que es volen preservar. Així es precisa que la Directiva no afecta la garantia de la diversitat cultural i lingüística o el pluralisme dels mitjans de comunicació, el dret penal i el dret laboral i l'exercici dels drets fonamentals. De tota manera, el fet que aquests valors no quedin afectats per la DS no significa que no puguin quedar afectats per altres disposicions del dret europeu. La preservació d'aquests valors pot comportar *mesures* que incideixin en determi-

56. En tots dos casos es tracta de precisions que entenem que ja estaven cobertes pel Tractat, però que davant de les alarmes i confusions que va arribar a generar el projecte de directiva inicial, es va optar per plasmar-los expressament per evitar ambigüitats.

nats serveis i suposa el reconeixement d'incloure objectius que justifiquen certes regulacions dels estats membres. Es tracta de valors superiors que han de conviure amb ambdues llibertats econòmiques i, en cas de conflicte, cal buscar-hi solucions en termes de compatibilitat i de proporcionalitat.

Quan s'afirma que la DS «no afecta el Dret laboral», ha d'entendre's que la DS ha de respectar qualsevol disposició legal o contractual relativa a les condicions d'ocupació o de treball, inclosa la salut i la seguretat en el treball, a les condicions en matèria de seguretat social o les relacions entre els treballadors i els ocupadors (salaris, temps de treball, vacances anuals i altres obligacions contractuals entre treballador i ocupador), sempre que s'apliqui d'acord amb la legislació nacional conforme al dret comunitari.

5.2. Delimitació de l'àmbit d'aplicació material: exclusions

No deixa de cridar l'atenció el sistema d'exclusions de la Directiva que, després d'una exclusió genèrica (art. 2.2.a), torna a fer exclusions específiques de serveis, alguns dels quals podrien estar compresos dins de l'exclusió genèrica.⁵⁷

El fonament de dret número 16 DS realitza una important precisió, la característica de la remuneració no es dona en les activitats que realitza l'Estat sense contrapartida econòmica, en el compliment de la seva missió en els àmbits social, cultural, educatiu i judicial i, per tant, no entren en l'àmbit d'aplicació de la DS. Aquests serveis, que no es realitzen a canvi d'una contraprestació econòmica, no constitueixen *un servei* cobert per l'article 57 TFUE i, per tant, tampoc no es regulen a la DS. No és el cas dels serveis d'interès econòmic general, com els característics del sector de l'electricitat, del gas, de l'aigua, de les telecomunicacions, etc., que es deixen a canvi d'una contraprestació econòmica i, per tant, en principi s'inclouen en l'àmbit d'aplicació de la DS, llevat que s'hi estableixi la seva expressa exclusió.

Així doncs, és competència dels estats determinar l'abast de l'exclusió genèrica prevista a l'article 2.2 a que exclou els *serveis no econòmics d'interès general*.

57. De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T., «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la directiva de servicios al mercado interior», a *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, citat, p. 1.

La mateixa jurisprudència comunitària posa de manifest les vacil·lacions a l'hora de delimitar els perfils entre el que pot considerar-se com un servei d'interès econòmic general i un servei *no econòmic* d'interès general.⁵⁸ Tanmateix, el fonament de dret número 70 DS resulta útilment aclaridor en precisar que els serveis «només poden considerar-se serveis d'interès econòmic general si es presten en execució d'una tasca especial d'interès públic confiada al prestador per l'Estat membre en qüestió. Aquest encàrrec ha de fer-se per mitjà d'un o diversos actes, la forma dels quals ha de determinar l'Estat membre que es tracti, i ha de precisar la naturalesa concreta de la tasca especial». A l'article 17.1 DS s'esmenta expressament els que es coneixen com a serveis de xarxa, inclosos els que són objecte de la legislació comunitària (a títol d'exemple: serveis postals, serveis de subministrament de gas, aigua i d'electricitat), però l'avaluació de si un determinat servei és d'interès econòmic general o no, s'haurà d'efectuar en cada cas concret, aplicant les característiques esmentades en el fonament de dret 70.

S'inclou expressament a l'article 2.2 *f* l'excepció d'aplicació de la DS als «serveis sanitaris, prestats o no en establiments sanitaris, independentment de la seva manera d'organització i de finançament i del seu caràcter públic o privat» i a l'article 2.2 *j* es fa referència a l'exclusió dels «serveis socials relatius a l'habitatge social, l'atenció als nens i el suport a famílies i persones necessitades proporcionats per l'Estat, per prestadors encarregats per l'Estat o per associacions de beneficència reconegudes com tals per l'Estat». Així doncs, la DS deixa fora del seu àmbit d'aplicació les prestacions de caràcter sanitari i assistencial o aquelles en les quals prevalgui el contingut social, sanitari, cultural o educatiu per sobre del seu valor econòmic, encara que aquestes exclusions no es trobin exemptes de problemes interpretatius i, en qualsevol cas, alguns podrien formar part dels serveis no econòmics d'interès general.

5.3. Altres exclusions

Altres apartats exclouen de l'àmbit d'aplicació de la DS una sèrie d'activitats bastant heterogènies, com per exemple, els serveis audiovisuals, els serveis de caràcter financer, les empreses de treball temporal i les activitats de joc amb di-

58. Paricio Rallo, E., «L'aplicació material de la Directiva de serveis», *Quaderns de Dret Local*, núm. 23, 2010, p. 12.

ners. Alguns d'aquests supòsits d'exclusió responen a l'existència de dret derivat de caràcter sectorial, és el cas dels serveis financers:⁵⁹ bancaris, de crèdit, d'assegurances, reassegurances, de pensions de treball o individuals, de valors, de fons d'inversió, de pagaments i assessoria sobre inversió (art. 2.2 *b*), els serveis i xarxes de comunicacions electròniques⁶⁰ (art. 2.2 *c*), els serveis en l'àmbit del transport, inclosos els portuaris⁶¹ (art. 2.2 *d*), els de les empreses de treball temporal⁶² (art. 2.2 *e*), els serveis audiovisuals, inclosos els serveis cinematogràfics i les radiodifusions⁶³ (art. 2.2 *g*). Un altre grup de serveis es troben exclosos de la DS per *raons polítiques*, és a dir, pel fet d'haver-se negociat d'aquesta forma, com les activitats de joc per diners que impliquin apostes de valor monetaris en jocs d'atzar (art.2.2 *h*), els serveis de seguretat privats (art.2.2 *k*) i els deixats per notaris i agents judicials designats mitjançant un acte oficial de l'Administració pública⁶⁴ (art.2.2 *i*).

A aquests sectors se'ls podrà aplicar el dret primari, però no la DS. També queda exclòs de la Directiva tot el que fa referència a la fiscalitat, qüestions que són abordades per les normes corresponents a les matèries fiscals en l'àmbit europeu i nacional⁶⁵ (art.2.3).

59. S'inclouen els serveis enumerats a l'annex I de la Directiva 2006/48/CE, de 14 de juny de 2006, relativa a l'accés a l'activitat de les entitats de crèdit i al seu exercici. DG. L 177 de 30.6.2006, p. 1.

60. S'inclouen els serveis inclosos a l'article 2 de la Directiva 2002/21/CE, de 7 de març de 2002, relativa a un marc regulador comú de les xarxes i els serveis de comunicacions electròniques, DG. L 108 de 24.4.2002, p. 33.

61. S'inclouen els serveis de transport que entrin en l'àmbit d'aplicació del títol V TCE. L'exclusió no inclou els serveis que no són pròpiament de transport, com els deixats per autoescoles, empreses de mudances, de lloguer d'automòbils, funeràries o de fotografia aèria. Tampoc no inclou les activitats comercials en ports o aeroports.

62. S'inclou el servei de contractació temporal de treballadors que deixen les empreses de treball temporal. Els serveis aliens als de contractació de treballadors que, en ocasions, ofereixen aquests mateixos prestadors, com els de col·locació o selecció, no són objecte de l'exclusió i, per tant, han de considerar-se inclosos en la DS.

63. Aquesta exclusió inclou aquells serveis la finalitat principal dels quals és la comunicació d'imatges en moviment, amb o sense so, inclosa la televisió i l'exhibició de pel·lícules en cinemes i la radiodifusió, independentment de la manera com es produeixin, distribueixin o transmetin. Altres serveis com els de publicitat o la venda de begudes i menjars en els cinemes, no estan exclosos.

64. Amb independència que puguin considerar-se o no vinculats a l'exercici de l'autoritat pública.

65. S'inclou tant el dret fiscal substantiu com els requisits administratius necessaris per a l'aplicació de les lleis fiscals, com l'assignació dels números d'IVA.

5.4. La primacia de la *lex specialis*

La DS preveu expressament la primacia de la *lex specialis* en relació amb la mateixa DS, és a dir, que, en cas de conflicte, prevaldrà, per exemple, la Directiva 96/71/CE sobre el desplaçament de treballadors⁶⁶ i la Directiva 2005/36/CE sobre el reconeixement de qualificacions professionals.⁶⁷ S'ha d'assenyalar que la Directiva 96/71 fa referència als treballadors assalariats d'una empresa que, en el marc d'una prestació transnacional de serveis de l'empresa, desenvolupen una activitat temporal en un altre estat, per tant, no fa referència a les prestacions independents de serveis, però la delimitació d'ambdós àmbits d'aplicació pot arribar a suscitar certs dubtes a la pràctica. Aquesta directiva, a més, consagra una concepció diferent de l'adoptada en la DS, ja que per una banda, estableix el principi que el règim aplicable en el marc del desplaçament de treballadors és el de l'Estat membre d'acollida i, per una altra, que aquest règim ha de respondre a les exigències del TJ.⁶⁸ Això comporta el risc que certs operadors econòmics puguin intentar desviar l'aplicació de la Directiva 96/71 per intentar quedar subjectes a l'aplicació de la DS.

6. Del principi del país d'origen al principi de la lliure prestació i del reconeixement mutu

Hem vist que, d'acord amb el principi del país d'origen, la legislació aplicable al prestador de serveis que es trasllada a un altre país europeu és la del seu país d'origen i no la del país en la qual presta els seus serveis.⁶⁹ Les discussions més aca-

66. Directiva 96/71, del Parlament Europeu i del Consell, de 16 de desembre de 1996, sobre el desplaçament de treballadors efectuat en el marc d'una prestació de serveis, DG. L 18, de 21 de gener de 1997, p. 1.

67. Directiva 2005/36/CE, del Parlament Europeu i del Consell, de 7 de setembre de 2005, relativa al reconeixement de qualificacions professionals, DG. L 255, de 30 de setembre de 2005, p. 22.

68. Peglow, K., «La libre prestation de services dans la directive 2006/123/CE. Réflexion sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant», citat, p. 116.

69. Aquest principi s'ha aplicat en algunes normes sectorials cobrint alguns aspectes legals relatius a titulacions, diplomes, regulacions, necessitat d'autoritzacions particulars, etc. Vegeu, per exemple, Davies, G., «The Services Directive: Extending the country of origin principle and reforming public administration», *European Law Review*, núm. 2, 2007, p. 232-245 i Hatzopoulos, V., «Que resti-t-il de la directive sur les services?», *Cahiers de droit européen*, Vol 43, núm. 3-4, 2007, p. 299-358 i Peglow, K., «La libre prestation de services dans la Directive n° 2006/123/CE», citat, p. 75 i seg.

lorades van sorgir arran, precisament, d'aquesta proposta inicial de la Comissió, i va generar una important oposició social, en témer-se que la seva implementació pogués posar en perill certs avenços socials vinculats a l'anomenat «model social europeu». Es considerava que aquesta disposició permetia que les empreses escol·lissin instal·lar-se al país que oferís la legislació més liberal, és a dir, països que tinguessin exigències socials menys rigoroses i des d'allà podrien fàcilment exportar els seus serveis als altres països membres en condicions de *dumping social*. En defecte d'una suficient harmonització social i fiscal, el perill de facilitar aquestes deslocalitzacions es presentava com a real. Consideracions que resultaven especialment explosives, a causa de la recent ampliació de la Unió Europea i els temors suscitats per una possible arribada massiva de treballadors o prestadors *low cost* provinents dels països de l'Est, amb un nivell de protecció social inferior al de la resta d'estats membres. Amb un clar rebuig social d'aquests principis es va aconseguir, en el procés d'esmenes, que el dret laboral (convenis col·lectius, salari mínim, vacances, seguretat social i seguretat en el treball)⁷⁰ quedés fora de l'àmbit d'aplicació de la Directiva, encara que persisteixi actualment un important marge d'ambigüitat en la seva aplicació efectiva i els seus efectes concrets.

El principi del país d'origen es presentava com una conseqüència d'un altre principi ja assentat en la jurisprudència del TJ, com és el principi del reconeixement mutu, ja havent-se establert, com s'ha assenyalat anteriorment, que: «no és conforme amb la lliure prestació de serveis imposar restriccions a un prestador de serveis per salvaguardar interessos generals quan els interessos queden ja garantits per normes a què està subjecte el prestador en l'Estat membre en el qual s'hi ha establert».⁷¹ Però ambdós principis són diferents, ja que l'Estat de destinació pot controlar l'equivalència, mentre que, en el principi del país d'origen, l'Estat de destinació perd el control per valorar l'equivalència dels requisits o exigències imposades.⁷²

Una vegada eliminat el principi del país d'origen, regeix en la DS el principi d'equivalència o del reconeixement mutu en relació amb el lliure establiment

70. Vegeu article 30 i 31 de la DS. Encara que per a Peglow la solució final de la DS és molt a prop del principi del país d'origen, al marge de la valoració positiva, que fa de la seva eliminació formal. Peglow, K., «La lliure prestació de services... » citat, p. 117.

71. Per exemple, Sentència TJ, de 22 de gener de 2002, ass. C-390/99, «Canal Satèl·lit Digital» (considerant 3).

72. Vegeu Montero Pascual, J., «La libre prestación de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008, p. 108.

i de forma gairebé automàtica en relació amb la lliure prestació de serveis, que més enllà dels seus efectes generals, s'ha concretat en algunes de les seves disposicions, per exemple l'article 5.3 on es proclama l'efecte transfronterer de documents, certificats i un altre tipus de justificants. En aquest sentit, el futur prestador d'un servei pot justificar el compliment d'un requisit mitjançant un document, certificat o un altre tipus d'acreditació d'un altre estat membre diferent, sempre que aquest document presentat tingui una funció equivalent o se'n pugui desprendre's que el requisit es compleix fefaentment. Així doncs, l'Estat membre peticionari s'ha d'abstenir d'exigir certs requisits formals tals com la presentació d'originals, còpies o traduccions compulsades, excepte en els casos en els quals estigui objectivament justificat per una raó imperiosa d'interès general. Això obliga les administracions nacionals a realitzar un esforç per avaluar el fons, i no només la forma, dels documents expedits pels altres estats membres.⁷³ Igualment en relació amb les autoritzacions, l'article 10.3 estableix que les condicions per concedir una autorització per a un nou establiment no s'han d'encavalcar amb els requisits i controls equivalents o comparables a què ja estigui sotmès el prestador en el mateix Estat o en un altre estat membre, encara que podem preveure que això no serà una tasca fàcil de realitzar per part de les autoritats competents.

En l'àmbit de la prestació de serveis, hem vist que les derogacions nacionals que puguin justificar mesures restrictives per part de l'Estat membre d'acollida han quedat reduïdes a 4 i, per tant, si bé no s'ha aconseguit imposar el principi del país d'origen, el sistema finalment adoptat no es troba gaire lluny de l'esmentat principi, ja que tan sols queda un nucli dur de control nacional a les mans de l'Estat membre d'acollida per poder adoptar certes mesures restrictives.

7. L'ordenació administrativa dels serveis: del control a priori al control a posteriori

Tal com s'ha vist, la DS suposa posar en marxa un procés d'eliminació de certes traves, algunes probablement contràries al dret europeu existent i d'altres segurament compatibles amb aquest règim jurídic. Això implica sotmetre les auto-

73. Per exemple, els estats membres no han d'exigir la presentació d'un certificat de nacionalitat o de residència en els casos en què altres documents d'identificació oficials (com un passaport o un DNI) permetin comprovar la nacionalitat o la residència de l'interessat.

ritats públiques nacionals a un enorme exercici de valoració, revisió o *screening* de certes normes. A Espanya el mateix Ministeri d'Economia afirmava l'any 2005 que: «l'existència de règims d'autorització prèvia i altres requisits d'accés a l'activitat injustificats o desproporcionats o l'excés de normes sobre el desenvolupament de l'activitat de serveis i l'exercici professional no solament restringeixen la capacitat del sector per generar activitat i ocupació, sinó que també limiten la capacitat de desenvolupar i incorporar innovacions que millorin la productivitat i contribueixin al benestar econòmic. D'altra banda, la diversitat dels procediments i tràmits, la duplicitat de controls, els alts costos (financers i en termes de temps invertit) que han de suportar els prestadors per complir els requisits que imposa la regulació i l'escàs ús de les tecnologies de la informació i les comunicacions en la relació amb els administrats, generen excessives càrregues per als prestadors».⁷⁴ Així doncs, a la pràctica no només es constata l'existència d'una gran quantitat de barreres jurídiques, sinó també una gran quantitat de *barreres no jurídiques*, que es materialitzen en una enorme complexitat burocràtica i procedimental, per poder accedir a la informació exigida i en altres dificultats d'ordre cultural, ideològic, social i lingüístic. Alhora els governs prenen cada vegada més consciència que l'atracció d'inversions passa de forma prioritària per dotar-se d'una administració eficaç i moderna que sigui capaç de millorar les seves relacions amb els ciutadans i de simplificar els procediments d'actuació.

Davant de la dificultat d'assolir una verdadera harmonització dels serveis, s'opta per la via de la desregulació mitjançant l'obligació de donar compliment a una sèrie de principis generals. Així l'article 10.2 restringeix l'exercici de potestats discrecionals dels estats en totes les seves decisions sobre l'accés i la prestació de serveis, decisions que hauran de respectar els requisits de: *a)* no ser discriminatòria; *b)* estar justificada per una raó imperiosa d'interès general; *c)* ser proporcional a aquesta mateixa raó imperiosa d'interès general; *d)* ser clara, precisa i inequívoca; *e)* ser objectiva; *f)* fer-se pública amb la suficient antelació i *g)* ser transparent i accessible.

També l'article 9.1 DS té com a punt de partida que l'accés a una activitat de serveis i el seu posterior exercici és una activitat lliure, que només podrà su-

74. Informe sobre l'Estratègia de Lisboa. (Pla nacional per al creixement i l'ocupació), p. 69, 2005. <http://www.meh.es>. Vegeu també en el mateix sentit Primo, J., «¿Por qué es necesaria la reforma del sector servicios?», *Cuadernos de Información Económica*, Madrid, Fundación de las Cajas, 2009, p. 29-33.

peditar-se a un règim autoritzadori per part dels estats membres quan es donin les tres condicions següents: 1) el règim d'autorització garanteix l'absència de discriminació entre els prestadors de serveis que s'hi hagin de sotmetre (test de no-discriminació); 2) el règim d'autorització és necessari per satisfer una raó imperiosa d'interès general (test de necessitat en relació amb un objectiu d'interès general); 3) el règim autoritzadori és necessari com a tècnica preventiva *ex ante*, ja que l'ús d'una mesura menys restrictiva, com pugui ser un control a *posteriori*, no seria prou eficaç pels riscos i perills que poden suscitar l'assoliment de l'objectiu perseguit (test de l'exigència del control *ex ante* vinculada al principi de proporcionalitat).

En definitiva, els estats han de sotmetre totes les seves disposicions, en particular els seus respectius règims autoritzadoris, a un *procés intern de verificació* i han de justificar la seva compatibilitat amb les condicions anteriors. L'article 9 DS pretén instaurar un sistema d'autorització prou objectivat, perquè l'autorització no es concedeixi de manera arbitrària, encara que de poc serveix aquesta pretensió d'objectivitat si la voluntat no es troba present en el moment de decidir l'atorgament o no de l'autorització. També s'exigeix que la resolució administrativa per la qual no es concedeix l'autorització, hagi de ser motivada i permeti l'accés a vies d'impugnació (art. 10.6). L'article 11 DS recull en els seus diversos apartats les qüestions referides a l'operativitat i virtualitat del títol autoritzadori, durada i vigència de l'autorització, les obligacions del prestador del servei i les conseqüències jurídiques derivades de l'incompliment de les condicions disposades per l'autorització. En un gran nombre de sectors, aquestes disposicions obliguen els estats a substituir els tradicionals instruments de control *ex ante* (autoritzacions i llicències) per nous instruments de control *ex post*, si escau, havent de valorar-se noves alternatives, com la declaració de conformitat i les notificacions i, en tot cas, es requereix reforçar les tècniques d'inspecció en relació amb els diferents operadors econòmics. En cas d'incompliment per part del prestador de serveis, que es materialitzi en la comissió d'una infracció administrativa, la DS preveu la possibilitat de retirar l'autorització.

8. La modernització administrativa a través de la simplificació i la cooperació

El nou sistema aplicable al lliure establiment i a la lliure prestació de serveis es reforça mitjançant les previsions sobre simplificació administrativa i coordina-

ció de les autoritats nacionals competents, que s'inclouen al capítol II (art. 5-8) i al capítol VI (art. 28-36) sobre cooperació administrativa. La simplificació administrativa apareix com un mandat ineludible per a totes les administracions nacionals, tanmateix no resulta fàcil per a les mateixes administracions determinar quan els seus procediments i formalitats no resulten *prou simples*. Aquesta obligació relacionada amb l'aplicació del principi de proporcionalitat es convertirà en un dels instruments de desregulació més efectius, depenent del tipus d'esforç de simplificació que es dugui a terme. Això és probable que conduïxi a una certa harmonització indirecta dels procediments administratius.

Més concreta és la previsió d'haver de fer un esforç de transparència i facilitar tota una sèrie d'informacions (la informació ha de ser clara, inequívoca i actualitzada i ha de proporcionar una resposta al sol·licitant al més ajustada a les seves concretes necessitats). Igualment s'obliga els prestadors de serveis a actuar amb transparència, ja que s'ha de posar a disposició de l'usuari la informació sobre el prestador (nom, forma jurídica, adreça, i si escau, autorització) i sobre les condicions de la prestació (característiques del servei ofert, preu, garanties). Les administracions hauran d'informar, assessorar i assistir els usuaris dels serveis perquè puguin realitzar reclamacions davant de les autoritats competents en cas de litigis amb els prestadors de serveis, independentment del país en el qual s'ubiquin. Amb aquesta finalitat destaca la creació per part de la Comissió i els estats membres d'un sistema electrònic d'intercanvi d'informació relacionada amb el mercat interior (IMI).

Amb aquesta finalitat, els estats membres estan obligats a posar en funcionament finestretes úniques, de manera que els prestadors de serveis tinguin un sol interlocutor i han d'oferir la possibilitat de realitzar els procediments per mitjans electrònics. Amb això eviten el desplaçament i la presència física de l'interessat o sol·licitant. Es tracta d'una clara obligació de resultat, que ha de posar a disposició de tots els prestadors de serveis i que els obliga a garantir la interoperabilitat dels sistemes nacionals d'informació i comunicació telemàtica.

L'aposta per un règim comunitari de finestretes úniques no afecta el repartiment de funcions i competències entre les autoritats administratives dins dels seus sistemes nacionals, i la mateixa directiva permet que la gestió es dugui a terme a través de diferents autoritats administratives o també cambres de comerç, col·legis professionals o organismes privats a qui s'encomani l'exercici de funcions públiques, sempre que amb això es faciliti l'accés dels ciutadans a la infor-

mació requerida. Aquesta possibilitat inclou els tràmits de tots els nivells de les administracions públiques (estatal, autonòmic i local), que s'hauran de coordinar entre si (i amb les administracions d'altres estats). Tan sols s'exclouen aquells tràmits que, per la seva naturalesa, requereixin una comprovació presencial.

El capítol VI sobre cooperació administrativa reuneix un altre tipus de mesures complementàries destinades a assegurar l'efectivitat de les mesures d'eliminació de les barreres a l'establiment i a la prestació de serveis. Això inclou mesures destinades a supervisar i controlar l'activitat dels prestadors.⁷⁵ Per a això és imprescindible que els estats cooperin i basin les seves relacions en la confiança mútua. Aquesta confiança, malgrat els anys en què s'ha anat desenvolupant el mercat interior, encara no és un principi que formi part de la cultura administrativa dels estats, ja que la falta de cooperació ha generat una multiplicació de normes aplicables als prestadors i moltes duplicacions de controls.

També es preveu que les sol·licituds d'informació i les peticions perquè es duguin a terme controls, inspeccions i investigacions entre les autoritats nacionals han d'estar degudament motivades, especificant el motiu de la petició i existint un mecanisme específic per a l'accés a un determinat tipus d'informació concreta, com és la corresponent a la fiabilitat del prestador del servei, és a dir sobre l'honoradesa del prestador (art. 33). Sempre que el sol·liciti una autoritat competent, els estats comunicaran les mesures disciplinàries o administratives o condemnes penals i decisions relatives a insolvència o fallides fraudulentas que les autoritats competents hagin adoptat respecte a un prestador i que guardin relació directa amb la competència o fiabilitat professional del prestador, però existeixen limitacions, ja que només es comunicarà en el cas que es tracti de sol·licituds degudament motivades i si existeix una decisió definitiva. La sol·licitud i tramitació de la sol·licitud d'informació s'haurà de fer conforme a la legislació de l'Estat al qual se sol·licita la informació i respectant les normes sobre protecció de les dades personals i els drets garantits a les persones condemnades o sancionades en els respectius estats membres, fins i tot, per col·legis professionals. La informació que es publiqui, a més haurà d'estar a disposició dels consumidors.

75. Amb aquesta finalitat, cada estat membre ha de designar uns *punts de contacte* les dades dels quals han de ser comunicades a la Comissió i als altres estats membres, i es preveu el desenvolupament d'una xarxa que està regulada pel Reglament 2006/2004, del Parlament Europeu i del Consell, sobre la cooperació de les autoritats nacionals encarregades de l'aplicació de la legislació de protecció dels consumidors (DOUE L 364, de 9 de desembre de 2004).

El bon funcionament dels mecanismes de simplificació i de cooperació pot arribar a revolucionar el tradicional funcionament de les administracions públiques, sempre que totes assumeixin amb seriositat i responsabilitat les noves funcions d'informació, comunicació i control *a posteriori*, no solament d'ofici, sinó també a demanda d'altres estats, i la importància que flueixin correctament les informacions sobre els resultats i les mesures adoptades. Tanmateix, lamentablement no sembla que aquests instruments puguin estar en funcionament de forma immediata i encara que realment algun dia suposaran una revolucionària modernització de les administracions, els canvis previsiblement seran més lents del que seria desitjable. A més a la mateixa directiva es fan servir expressions massa flexibles per a les administracions, com *faran el necessari, facilitaran al més aviat possible* i això pot donar massa marge i laxitud a les administracions nacionals per posar en funcionament una cooperació efectiva.

Algunes disposicions preveuen una futura acció harmonitzadora, per exemple en relació amb l'accés a l'activitat de cobrament de deutes per via judicial i els serveis de seguretat privada i de transport de fons i objectes de valor. També en matèria de simplificació administrativa es faculta la Comissió per «establir formularis harmonitzats a escala comunitària referents a certificats, acreditacions i altres instruments requerits per a l'establiment del prestador» (art. 5.2). Això previsiblement serà una tasca important per als objectius inclosos en la Directiva, però el seu desenvolupament, especialment el bon funcionament de les obligacions de cooperació administrativa, serà progressiu.⁷⁶ De tota manera, abans d'assolir aquests objectius d'harmonització a nivell europeu, els estats membres haurien d'evitar el desmantellament de controls *ex ante* sense haver creat els pertinents procediments i mesures perquè els nous controls *ex post* resultin efectius.

9. Consideracions finals

La DS constitueix un instrument que té com a objectiu principal la liberalització d'un ampli nombre de serveis, sense procedir a la seva prèvia harmonització sectorial. És a dir, pretén impulsar l'obertura i la lliure competència transfrontera en sectors tradicionalment subjectes a moltes traves, en forma de tràmits

76. De Shutter, O. et Francq, S., «La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur: reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie», *Cahiers de Droit Européen*, 2005, p. 609.

i requisits procedimentals i substantius, mitjançant l'obligació d'eliminar una sèrie d'obstacles que es consideren com a desincentivadores del lliure establiment i de la prestació de serveis per part d'operadors establerts en altres estats membres. Certament en la pervivència de moltes traves ha influït tant certes tendències de tipus proteccionista, com una cultura que encara no ha aconseguit superar la falta de confiança de cada estat membre en l'ordenació jurídica i en el funcionament dels instruments de control per part de les administracions públiques dels altres estats membres, però aquesta confiança ha de demostrar-se i la desregulació que pot generar la DS comporta el perill que pugui ser aprofitada de manera fraudulenta per alguns operadors econòmics.

En realitat, els estats membres mantenen certes competències per poder definir l'abast de la liberalització, especialment en l'àmbit dels serveis públics, que es poden prestar tant a través de *serveis no econòmics d'interès general* com a través de *serveis econòmics d'interès general* i en l'àmbit cobert per les clàusules d'excepció. Amb aquesta finalitat, cada Estat membre ha de determinar quins són els serveis que, al seu territori, es consideren serveis no econòmics d'interès general i quins estan coberts per la noció de servei econòmic d'interès general, i poden mantenir interpretacions divergents en la mesura que no existeixi una definició comunitària dels conceptes.

La liberalització s'està imposant en els ordenaments interns de manera progressiva, no només en la fase de transposició de la DS, mitjançant l'obligació d'eliminar una sèrie de restriccions prohibides i de verificar la justificació i proporcionalitat de gran nombre de mesures i traves, sinó també a través dels instruments de control i seguiment per part de les institucions europees previstos en la mateixa DS i, especialment, a través de les futures interpretacions jurisprudencials de disposicions que mantenen un important grau d'ambigüïtat. Un dels canvis més rellevants és el fet que les regulacions internes sobre obertura i prestació d'activitats econòmiques s'han transformat clarament en un àmbit en el qual el dret de la Unió té ara una incidència directa.

Es tracta d'un instrument de liberalització i de codificació de diversos principis jurisprudencials, incloent una certa harmonització d'algunes prohibicions i d'algunes obligacions generals. Però els seus efectes més immediats són principalment de desregulació a través d'un procés d'eliminació de traves innecessàries o desproporcionades, que afecten directament els tradicionals instruments administratius per al control preventiu de l'accés i exercici de gran nombre

d'activitats econòmiques, sense que la mateixa DS fixi els nous instruments de control *a priori* o *a posteriori* que haurien de substituir aquells que han de ser eliminats. Algunes disposicions preveuen una futura acció harmonitzadora i això pot completar l'actual sistema dissenyat, però mentrestant la tasca de redefinició de controls i procediments està a les mans dels estats membres, més enllà de les obligacions d'informació, transparència i cooperació administrativa. Algunes mesures de control administratiu només podran mantenir-se en la mesura que respectin els principis de no-discriminació, responguin a un interès general justificat, siguin necessàries per assolir aquest objectiu i siguin proporcionals en relació amb l'objectiu previst. Però aquest procés de constatació no sempre resulta objectiu, ja que més enllà del criteri de discriminació que resulta bastant objectivable, els altres principis deixen marge per a interpretacions molt diferents i és previsible que sorgeixin conflictes que hauran de ser resolts primer pels tribunals interns i en última instància pel TJ, i és especialment delicada l'aplicació del «test de proporcionalitat» que ha de permetre assolir un equilibri entre l'obertura dels mercats i la preservació dels serveis públics, dels serveis socials i dels drets dels consumidors, entre altres.

La normativa europea exigeix als estats membres que revisin els seus règims administratius vigents, però no explicita quines figures jurídiques han de substituir determinats controls, més enllà de l'obligació de posar en marxa nous mecanismes operatius d'informació i cooperació administrativa, tant per facilitar l'accés i la realització de tràmits (finestretes úniques i procediments electrònics), com per controlar l'actuació de les empreses que operin als seus mercats. S'aposta de forma general pels sistemes de control *a posteriori*, com la comunicació o la declaració responsable, mentre que les tècniques de control *a priori* se situen sota sospita de *restricció injustificada*, com les tradicionals autoritzacions o les llicències. Tot això representa un enorme esforç en mitjans humans i materials i un enorme cost econòmic, i hauria de plantejar-se des d'un seriós objectiu de modernització, eficàcia i millora de totes les estructures administratives i de les seves relacions amb els administrats. Mentrestant, és evident que si s'eliminen els controls *ex ante* i no funcionen correctament els controls *ex post* això pot comportar un risc de descontrol i disfuncions que pot perjudicar la qualitat dels serveis i els drets dels consumidors.

RESUM

Revista catalana de dret públic, 42, ISSN 1885-5709, 2011

Font de la classificació: Classificació Decimal Universal (CDU)

Font dels descriptors: paraules clau facilitades pels autors

338.4

Francina Esteve Garcia, professora titular de dret internacional públic de la Universitat de Girona

ca Els diferents instruments de liberalització inclosos en la Directiva 2006/123 de serveis

p. 21-56

La Directiva de serveis constitueix un text complex i ambigu, però al mateix temps ambicions i innovador, en aconseguir impulsar i codificar una liberalització horitzontal dels serveis, excloent aquells àmbits que es troben coberts per les diferents clàusules d'excepció.

Imposa als estats membres, i molt especialment a totes les seves administracions públiques, la supressió d'un important nombre d'obstacles a l'accés i exercici de certes activitats econòmiques. Alguns obstacles s'aconsegueixen identificar clarament, però d'altres s'identificaran progressivament, mitjançant instruments de vigilància, control i interpretació a les mans de les institucions europees. La seva originalitat resideix en la integració

d'instruments de codificació, simplificació, harmonització, coordinació i cooperació interadministrativa, mitjançant noves exigències d'informació i comunicació electrònica entre les administracions dels diferents estats membres i en les seves relacions amb els operadors econòmics i amb els ciutadans i mitjançant noves tècniques organitzatives com les finestretes úniques. En la mesura que cada Estat dugui a terme un seriós replantejament d'adaptació dels diferents instruments de control de les activitats econòmiques als veritables objectius que han de perseguir aquests controls, la Directiva de serveis pot convertir-se en un potent instrument per a la modernització de totes les administracions públiques a nivell de la Unió Europea.

Paraules clau: liberalització dels serveis; lliure establiment; eliminació de restriccions; reconeixement mutu; règim d'autorització; principi de proporcionalitat; coordinació i cooperació administrativa.

RESUMEN

Revista catalana de dret públic, 42, ISSN 1885-5709, 2011

Fuente de la clasificación: Clasificación Decimal Universal (CDU)

Fuente de los descriptores: palabras clave facilitadas por los autores

338.4

Francina Esteve García, profesora titular de derecho internacional público de la Universidad de Girona

ca Els diferents instruments de liberalització inclosos en la Directiva 2006/123 de serveis

es Los diferentes instrumentos de liberalización incluidos en la Directiva 2006/123 de servicios

p. 21-56

La Directiva de servicios constituye un texto complejo y ambiguo, pero al mismo tiempo ambicioso e innovador, al conseguir impulsar y codificar una liberalización horizontal de los servicios, excluyendo aquellos ámbitos que se hallan cubiertos por las diferentes cláusulas de excepción.

Así mismo, impone a los estados miembros, y muy especialmente a todas sus administraciones públicas, la supresión de un importante número de obstáculos al acceso y ejercicio de ciertas actividades económicas. Algunos obstáculos se logran identificar claramente, pero otros se identificarán progresivamente, mediante instrumentos de vigilancia, control e interpretación en manos de las instituciones europeas. Su originalidad reside

en la integración de instrumentos de codificación, simplificación, armonización, coordinación y cooperación interadministrativa, mediante nuevas exigencias de información y comunicación electrónica entre las administraciones de los diferentes estados miembros y en sus relaciones con los operadores económicos y con los ciudadanos, y mediante nuevas técnicas organizativas como las ventanillas únicas. En la medida en que cada Estado proceda a un serio replanteamiento de adaptación de los diferentes instrumentos de control de las actividades económicas a los verdaderos objetivos que deben perseguir tales controles, la Directiva de servicios puede convertirse en un potente instrumento para la modernización de todas las administraciones públicas a nivel de la Unión Europea.

Palabras clave: liberalización de los servicios; libre establecimiento; eliminación de restricciones; reconocimiento mutuo; régimen de autorización; principio de proporcionalidad; coordinación y cooperación administrativa.

ABSTRACT**Revista catalana de dret públic**, 42, ISSN 1885-5709, 2011

Classification source: Universal Decimal Classification (UDC)

Key words source: Key words are given by the authors

338.4

Francina Esteve Garcia, tenured professor of Public International Law at the University of Girona

ca Els diferents instruments de liberalització inclosos en la Directiva 2006/123 de serveisen *The Different Liberalization Services Included in Directive 2006/123 on Services* p. 21-56

By managing to stimulate and codify a horizontal liberalization of services, excluding those areas that fall under the rubric of the different exception clauses, the Services Directive, a complex and ambiguous text, shows its ambitious and innovative side.

The Directive obliges member states, specifically all public administrations, to eliminate a significant number of obstacles for accessing and exercising certain economic activities. Some obstacles can be clearly identified, but others will be identified progressively, through European institution monitoring, inspection and interpretation instruments. The Directive's originality lies in its having integrated instruments that promote codification, simplification, harmonization, and

interadministrative coordination and cooperation. It does so by imposing new requirements governing information and electronic communication among the different member state governments, as well as their relations with economic operators and with the citizenry. It also works to achieve its aims of administrative coordination and cooperation through new organizational techniques such as the *finestreta única*, or one-stop shop. To the extent that each member state seriously reconsiders the adaptation of its various economic activity supervisory instruments to the true objectives that such supervision aims to bring about, the Services Directive can become a powerful instrument for modernizing all levels of public administration throughout the European Union.

Key words: liberalization of services; free establishment; elimination of restrictions; mutual recognition; authorization regime; proportionality principle; administrative coordination and cooperation.