

# LOS DIFERENTES INSTRUMENTOS DE LIBERALIZACIÓN INCLUIDOS EN LA DIRECTIVA 2006/123 DE SERVICIOS

Francina Esteve Garcia \*

## Sumario

1. Introducción
2. El contexto en el que se enmarca la negociación de la Directiva de servicios
3. El libre establecimiento y la libre prestación de servicios: Una difícil delimitación de su respectivo régimen jurídico
4. La Directiva de servicios como nueva etapa de consolidación del mercado interior
5. Ámbito de aplicación de la Directiva de servicios
  - 5.1 Delimitación del objetivo de la Directiva de servicios
  - 5.2 Delimitación del ámbito de aplicación material: exclusiones
  - 5.3 Otras exclusiones
  - 5.4 La primacía de la *lex specialis*
6. Del principio del país de origen al principio del reconocimiento mutuo
7. La ordenación administrativa de los servicios: del control *a priori* al control *a posteriori*
8. La modernización administrativa a través de la simplificación y la cooperación
9. Consideraciones finales

---

\* Francina Esteve Garcia, profesora titular de derecho público en la Universidad de Girona, Campus Montilivi. 17071 Girona. francina.esteve@udg.edu.

Artículo recibido el 13/10/2010. Evaluación ciega: 2/11/2010. Fecha de aceptación de la versión final: 21/1/2011.

## 1. Introducción

La Directiva 2006/123, relativa a los servicios en el mercado interior<sup>1</sup> (en adelante DS), es uno de los textos que, desde su propuesta inicial, ha generado mayor expectación por su enorme trascendencia y ambición de impulsar una amplia apertura y una mayor competitividad del sector servicios a nivel horizontal. Se trata de una de las normas más estratégicas adoptadas durante estos últimos años por las instituciones europeas, cuya aplicación efectiva sigue generando actualmente numerosos interrogantes, siendo su objetivo central el de contribuir a desarrollar y consolidar el mercado interior de los servicios.

El texto adoptado en el año 2006 difiere considerablemente de su propuesta inicial de 2004, conocida como Directiva Bolkestein, nombre del comisario que impulsó su adopción<sup>2</sup>. La propuesta iba destinada a cumplir un doble objetivo, el primero era impulsar la consolidación del mercado interior a nivel de los servicios<sup>3</sup>, en el que seguían imperando numerosas trabas administrativas, y el segundo facilitar el proceso de liberalización multilateral en las negociaciones en curso de la Ronda de Doha bajo los auspicios de la Organización Mundial del Comercio (en adelante OMC)<sup>4</sup>.

La propuesta de la Comisión de 2004 suscitó una virulenta reacción por parte de los medios políticos y por parte de numerosos grupos de interés y asociaciones profesionales, especialmente por parte de los sindicatos, cuyos temores surgieron especialmente en relación a la aplicación del principio del país de origen<sup>5</sup> y en relación a los efectos que la liberalización prevista podían provocar en determinados servicios de interés general y llegó a ser uno de los principales símbolos del *non* francés y del *nee* holandés que influyó directamente en los respectivos referéndums sobre el Tratado constitucional<sup>6</sup> que se celebraron en dichos países<sup>7</sup>.

El principio del país de origen preveía que el prestador estuviera sujeto únicamente a las disposiciones de su país de establecimiento e impedía que los demás estados miembros pudieran restringir la prestación de tales servicios. Dicho principio se aplicaba exclusivamente en los supuestos de prestaciones transfronterizas y temporales de servicios, pero las críticas se lanzaron en relación a las posibilidades de desviar el cumplimiento de unos

---

<sup>1</sup> Directiva 123/2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. DO L 376 de 27.12.2006, p. 36.

<sup>2</sup> La Directiva lleva el nombre de su impulsor originario: Frits Bolkestein, político liberal holandés responsable del mercado interior en la Comisión presidida por Romano Prodi (1999-2004).

<sup>3</sup> Se había conseguido un gran desarrollo en el ámbito de la libre circulación de las mercancías y en la liberalización de ciertos servicios (transportes, telecomunicaciones, etc.).

<sup>4</sup> Negociaciones que se iniciaron en el año 2001.

<sup>5</sup> Véase 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, enero-marzo 2008, p. 68 y ss; de Shutter, O. y Francq, S., «La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur: 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 y ss.

<sup>6</sup> Denunciándose la naturaleza antisocial del mercado y la deriva neoliberal de la Unión Europea. Véase, por ejemplo, Villarejo Galende, H. y Salvador Armendáriz, M. A., «El complejo proceso de transposición de la Directiva de servicios», *Informe Comunidades Autónomas 2008*, IDP, Barcelona, 2009, p. 81 y ss.

<sup>7</sup> Para conocer más detalles de la prolongada y compleja tramitación de la DS, véase, entre otros, Barnard, C., «Unravelling the Services Directive», *Common Market Law Review*, 45, 2008, pp. 325-331 y Hatje, A., «Services Directive. A legal Analysis», en *Services Liberalisation in the Internal Market*, Breuss, F., Fink, G. and Griller, G. (eds), Springer Vienna, 2008, fragmentos disponibles en <http://www.springerlink.com/content/w631504632707k2/>.

estándares de salarios y de protección social más elevados existentes en algunos países y el posible efecto de *nivelación a la baja* de los niveles de protección social que podía generar<sup>8</sup>.

Tras la adopción de la posición común del Consejo de 24 de julio de 2006, que tomaba en consideración la resolución del Parlamento Europeo en su primera lectura, la DS fue adoptada sin grandes cambios, tras la segunda lectura del Parlamento Europeo el 15 de noviembre de 2006. Pero más allá del éxito de que la presión popular lograra transformar ciertas disposiciones de la propuesta inicial de la Comisión, el resultado final es un texto técnicamente defectuoso, con numerosas contradicciones y ambigüedades, lo que confiere un notable poder al Tribunal de Luxemburgo que, tarde o temprano, deberá interpretar algunas de sus disposiciones<sup>9</sup>.

Dado el complejo proceso europeo de producción de normas, se optó por aglutinar una amalgama de técnicas jurídicas variadas para impulsar la apertura de algunos sectores de servicios, a la espera de que, a través de una dinámica evolutiva y contando con el precioso apoyo del TJUE, se consigan cambios significativos en las relaciones entre las diferentes administraciones públicas y los prestadores de servicios. En realidad, la DS establece un marco jurídico general basado en un enfoque dinámico y selectivo, consistente en suprimir primero las barreras que se pueden eliminar rápidamente y, respecto de las demás, iniciar un proceso de evaluación, consulta y armonización complementaria de cuestiones específicas para permitir modernizar progresivamente los sistemas nacionales de regulación de las actividades de servicios.

La DS debía alcanzar sus objetivos de transposición al cabo de tres años, es decir, antes del 28 de diciembre de 2009, imponiendo obligaciones a todos los poderes públicos en los niveles del poder central, regional y local, y obligándoles a revisar numerosas leyes, reglamentos y ordenanzas municipales en cuanto afectasen a la prestación de los servicios que rigieran en su ámbito de competencia. Dicha norma impone una nueva forma de abordar las relaciones entre los administrados y la Administración, exigiendo mayor simplificación, coordinación y cooperación interadministrativa, así como mayor transparencia y eficacia de gestión. Sin embargo, lo curioso es que la propia directiva no da ejemplo de simplicidad y, en algunas cuestiones, es demasiado parca, en otras, demasiado ambigua y esto ha provocado, tanto en su fase de adopción como en la de implementación, un proceso de encadenamiento de dudas.

A pesar de su vocación horizontal, la DS se presenta como un instrumento-marco, pues no fija normas detalladas, ni procede a una verdadera armonización de las normas que rigen el establecimiento y la prestación de los servicios. Aún cuando no pueda ser considerada ni una clásica directiva de armonización, ni una tradicional directiva de liberalización, previsiblemente va a generar claros efectos desreguladores y algunos efectos armonizadores en su futuro desarrollo. Su originalidad se halla precisamente en la mezcla que integra de instrumentos de codificación, desregulación, armonización, simplificación y coordinación administrativa<sup>10</sup> y su complejidad se debe a la exigencia que impone a todas las administraciones públicas de poner en funcionamiento tres grandes líneas de actuación: la eliminación, modificación o justificación de los requisitos administrativos

<sup>8</sup> Véase 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, pp. 41-81.

<sup>9</sup> De Witte, B., «Setting the scene: How did Services get to Bolkestein and why?», *EUI Working Paper Law*, núm 20, 2007, pp. 10 y 11, [www.eui.eu](http://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.

<sup>10</sup> En palabras de Hatzopoulos, constituye un «texto moderno y dinámico, impregnado de tendencias legislativas y de gobernanza actuales y representa un nuevo estilo de redacción legislativa», Hatzopoulos, V., «Que reste-t-il de la directive sur les services?», *Cahiers de droit européen*, vol 43, nº 3-4, 2007, pp. 299-358; DAVIES, G., «The Services Directive: Extending the country of origin principle and reforming public administration», *European Law Review*, Nº 2, 2007, pp. 232-245

que se exigen para el acceso y ejercicio de las actividades económicas cubiertas por la misma, el desarrollo de un programa de simplificación administrativa y de creación de ventanillas únicas a nivel europeo, y la instauración de un sistema electrónico de cooperación administrativa entre autoridades competentes.

La DS realiza una labor de codificación de la jurisprudencia comunitaria, habiendo convertido dicha jurisprudencia en normativa general aplicable a todos los servicios (excepto los que se hallen excluidos de la Directiva, a los que se les seguirán aplicando las disposiciones del Tratado y su correspondiente interpretación jurisprudencial)<sup>11</sup>. Pero su innovación reside en conseguir pasar de las acciones de armonización sectorial a una acción horizontal mínimamente armonizadora a través de la clarificación de ciertas prohibiciones y mediante la aplicación de los principios de no discriminación, justificación y proporcionalidad de los requisitos nacionales impuestos por los órganos públicos competentes, completando su objetivo liberalizador mediante la introducción de nuevos mecanismos de transparencia, comunicación y de coordinación interadministrativa. Ciertamente los preceptos que regulan la simplificación, la coordinación, la obligación de presentar informes y el programa de convergencia tienen un carácter instrumental para facilitar la prestación de los servicios, pero en la práctica son fundamentales y conllevan un importante proceso de modernización de las administraciones públicas.

Algunas de las ventajas que se atribuyen a la DS hacen referencia a la mejora de la competitividad en la prestación de los servicios, a la creación de empleo y a los beneficios para las PYMES, pero ello será difícilmente demostrable a corto plazo. Sin embargo, al menos, se debería poder valorar si realmente la norma contribuye a impulsar una mejora de los marcos regulatorios internos, pues sin duda, uno de los objetivos centrales debería ser alcanzar una mayor eficiencia en el funcionamiento de las administraciones públicas. Los gobiernos cada vez toman más conciencia de que la atracción de inversiones pasa de forma prioritaria por dotarse de una administración pública eficaz, que sea capaz de mejorar sus relaciones con los ciudadanos y que logre simplificar sus procedimientos de actuación.

## **2. El contexto en el que se enmarca la negociación de la Directiva de servicios**

Los servicios son considerados el sector de la economía que más contribuye al crecimiento económico y al empleo de los países desarrollados<sup>12</sup>, pero incluye numerosos sectores estratégicos. En realidad, el desarrollo económico de un país depende, en gran medida, de la existencia de infraestructuras de servicios eficientes, y algunos servicios son cruciales para la competitividad de cualquier economía. A su vez, el mercado de servicios está directamente conectado tanto al mercado de productos como a la prestación de servicios públicos, controlados directa o indirectamente por las administraciones públicas.

La voluntad de hacer más eficiente y competitivo el sector de los servicios coincidió con la estrategia de Lisboa para el 2010, que arrancó en el Consejo Europeo de Lisboa (marzo de 2000), cuando los Jefes de Estado y de Gobierno acordaron un objetivo muy ambicioso (especialmente si se compara con la situación económica actual), el de convertir la UE en «la economía, basada en el conocimiento, más competitiva y dinámica del

---

<sup>11</sup> Véase 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...», *cit.*, p. 239

<sup>12</sup> Constituye el principal motor de la economía de la UE y representa alrededor del 75% del PIB y el 70% del empleo total de la UE. IP/10/863, de 30 de junio de 2010.

mundo, capaz de un crecimiento económico sostenible y capaz de crear más y mejores empleos»<sup>13</sup>. Es evidente que dicho objetivo no se ha alcanzado<sup>14</sup>. Sin embargo un objetivo similar sigue marcando la agenda de la Unión, actualmente a través de la estrategia 2020<sup>15</sup>. En este contexto, el Consejo Europeo insta a la Comisión a proponer una nueva estrategia general del mercado interior para hacer desaparecer las fronteras y obstáculos persistentes en los servicios. En sus conclusiones no se pedía una directiva *general* de servicios, sino continuar con el enfoque previo de liberalizar sectores específicos<sup>16</sup>. Existía igualmente un compromiso general de simplificación de los marcos jurídicos europeos y nacionales a través del programa «Legislar mejor» que imponía una necesidad de codificación y simplificación de las normas y de los procedimientos administrativos en muchos sectores, entre los que se incluía el sector de los servicios<sup>17</sup>.

La consolidación del mercado interior de servicios también estaba paralelamente imbricada en un proceso multilateral de liberalización económica en el que se definían las posiciones negociadoras de la Comunidad Europea en el seno de la OMC. A tal fin, el Consejo y el Parlamento europeo habían otorgado a la Comisión un mandato de negociación multilateral para conseguir ciertas mejoras en el acceso a mercados de terceros países, cubriendo servicios profesionales, turismo y energía, servicios postales y de mensajería, telecomunicaciones, distribución, construcción, servicios financieros, servicios medioambientales, agencias de noticias y servicios de ingeniería, entre otros sectores<sup>18</sup>, camino que iba a conducir, al final de las negociaciones, a consolidar ciertos compromisos propios de apertura<sup>19</sup>, a pesar de las críticas que suelen suscitar tales procesos de liberalización, especialmente en cuanto a los límites que se imponen a la formulación de ciertas políticas públicas domésticas<sup>20</sup>. Otro documento de referencia que influyó decisivamente en el contenido de la propuesta de la Comisión de 2004, fue un informe previo de 2002 elaborado por los servicios de la propia Comisión, sobre el estado del

<sup>13</sup> La Estrategia de Lisboa dibuja una estrategia global dirigida a preparar el paso a una economía basada en el conocimiento mediante la mejora de las políticas relativas a la sociedad de la información y de I+D, así como mediante la aceleración del proceso de reforma estructural a favor de la competitividad y la innovación (ámbitos de competencia principalmente de los estados miembros), pero también prevé la necesidad de adoptar medidas para la culminación del mercado interior (ámbito de competencia de la Comunidad Europea). Dicha estrategia fue relanzada en el 2005 a través de la renovada estrategia de Lisboa de crecimiento y empleo, comunicación de la Comisión «Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo. Relanzamiento de la estrategia de Lisboa», COM (2005) 24 de 2 de enero de 2005.

<sup>14</sup> Es imprescindible formular una serie de autocríticas en relación a la fórmula diseñada para alcanzar dichos objetivos, así como a los métodos e instrumentos puestos a su disposición.

<sup>15</sup> Comunicación de la Comisión, Europa 2020. Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. COM (2010) 2020 final de 3 de marzo 2010. En ella se afirma que la plena aplicación de la DS podría incrementar el comercio de servicios en un 45% y las inversiones extranjeras directas en un 25%, lo que equivaldría a un incremento de entre 0,5 y 1,5 % del PIB.

<sup>16</sup> En concreto se hacía referencia a tres ámbitos: comercio electrónico, servicios económicos de interés general (gas, electricidad, servicios postales y transportes) y servicios financieros. Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa (marzo 2000), [http://www.europarl.europa.eu/summits/list1\\_es.htm](http://www.europarl.europa.eu/summits/list1_es.htm).

<sup>17</sup> Comunicación de la Comisión «Análisis estratégico del programa “Legislar mejor” en la Unión Europea», COM (2006)689 de 14. de noviembre de 2006.

<sup>18</sup> Véase TN/S/0/EEC/Rev.1, Comunicación de las Comunidades Europeas y sus Estados miembros. Oferta condicional revisada (29 de junio de 2005).

<sup>19</sup> El proceso de liberalización de los servicios a nivel internacional ya se incluyó, por primera vez, en las negociaciones de la Ronda Uruguay, que concluyeron en 1994, aceptándose un marco multilateral en el seno de la recién creada OMC que regiría la apertura progresiva de ciertos sectores de servicios a través de listas de compromisos aceptadas por los diferentes miembros que se incorporarían al nuevo acuerdo GATS-AGCS (Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios) que es gestionado por la OMC. La redacción del AGCS está inspirada en el GATT (Acuerdo General sobre el Comercio y las Tarifas) e incorpora los tradicionales principios de la cláusula nacional y la cláusula de la nación más favorecida, con el objetivo de eliminar discriminaciones en el comercio internacional, sin embargo dichos principios sólo se aplican a aquellos sectores en los que la Comunidad junto con sus estados miembros hayan asumido compromisos concretos de liberalización y no de forma general. Véase P. Zapatero Miguel, P., «El bucle de la liberalización: Bolkestein en contexto», *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, Tomás de la Quadra-Salcedo (dir), Madrid, Ed. Marcial Pons, 2009, p. 16 y ss.

<sup>20</sup> Esteve Garcia, F. y Jiménez Cortés, C. (Dir), *La Liberalització dels serveis culturals a l'OMC i el seu impacte a Catalunya*, IEA, núm. 48, Barcelona, 2006

mercado interior de los servicios<sup>21</sup>, que hacía referencia a la existencia de un gran número de «fronteras jurídicas y fronteras no jurídicas», como constatación de una realidad existente en relación a la cual la Comisión no entra a valorar su eventual legalidad o justificación. Dicho informe analiza la gran diversidad de normas y prácticas que rigen la prestación de los servicios en los estados miembros y se constata que todas ellas, por su variedad, diversidad y número, constituyen un tipo de obstáculos al desarrollo del mercado interior de los servicios. Ciertamente se afirma que tal diversidad, en sí misma, genera como consecuencia que un prestador debe atender requerimientos y requisitos diferentes en cada Estado y se constata la dificultad que supone alcanzar el conocimiento de los requisitos que se van a exigir en los diferentes Estados.

### **3. El libre establecimiento y la libre prestación de servicios: una difícil delimitación de su respectivo régimen jurídico**

Durante muchos años el régimen de la libertad de establecimiento y el de la libre prestación de servicios han sido aplicados, clarificados y desarrollados a través de la jurisprudencia europea, tratándose de dos libertades fundamentales que desde el Tratado de Roma (TCEE) de 1957 al actual Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) se han mantenido sin grandes cambios en la redacción del derecho originario. La interpretación jurisprudencial del derecho primario se ha completado mediante algunos desarrollos legislativos sectoriales (referidas, por ejemplo, a los servicios financieros, las telecomunicaciones, la radiodifusión o el reconocimiento de las cualificaciones profesionales), pero la DS va más allá de la jurisprudencia europea y del derecho derivado, pues las instituciones europeas se proponen eliminar por vía directa y rápida el máximo número de *obstáculos* o *barreras* a través de una combinación de técnicas de desregulación, simplificación, armonización y cooperación interadministrativa y a través de nuevas técnicas organizativas y procedimentales. En este sentido, se ha señalado que, por ejemplo, el gran número de autorizaciones, la duración y complejidad de los procedimientos, el margen de discrecionalidad de las autoridades administrativas, así como toda una serie de normas contables, financieras y sobre la responsabilidad profesional generaban un entorno hostil al desarrollo intracomunitario de las prestaciones de servicios<sup>22</sup>.

En el derecho primario, la reforma del Tratado de Lisboa mantiene la distinción entre el régimen del derecho de establecimiento (art. 49-55 TFUE, antes art. 43-48 TCE) y el régimen de la libre prestación de servicios (art. 56-62 TFUE, antes art. 49-55 TCE). También la DS mantiene dicha dualidad en sus disposiciones, pues el capítulo III (art. 9-15 DS) se aplica al derecho de libre establecimiento, mientras que la prestación transfronteriza de servicios se regula en el capítulo IV (art. 16-21 DS).

La libertad de establecimiento no sólo se reconoce para las personas físicas nacionales de un Estado miembro de la UE, sino también para las personas jurídicas, es decir, alcanza la constitución y gestión de empresas y la tradicional prohibición de restricciones alcanza la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales o empresas de un estado (estado de origen) establecidos en el territorio de otro estado (estado de destino), es decir, hace referencia a la facultad de crear y mantener más de un centro de actividad en el territorio de la Unión. En cambio, la libre prestación de servicios implica la libertad del prestador de ofrecer servicios a destinatarios

<sup>21</sup> COM (2002) 441 final, Bruselas, de 30 de julio de 2002.

<sup>22</sup> En su informe sobre el Mercado Interior de los Servicios, la Comisión elaboró un inventario de los obstáculos a las prestaciones de servicios transfronterizos que ascendían a más de noventa tipos de barreras. Informe de la Comisión al Parlamento y al Consejo, COM (2002) 441 final, 30 de julio 2002.

establecidos en un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio se encuentra establecido, siendo un elemento importante que el prestador y el destinatario estén establecidos en estados miembros diferentes. El establecimiento implica «el ejercicio efectivo de una actividad económica.. por una duración indeterminada y por medio de una infraestructura estable a partir de la cual se lleva a cabo efectivamente la prestación de servicios» (art. 4.5 DS). El establecimiento requiere la integración en la economía del Estado miembro, lo que conlleva la adquisición de una clientela en el mismo a partir de un domicilio profesional estable, normalmente mediante la creación de una sucursal o filial<sup>23</sup>. Mientras el establecimiento supone una voluntad de permanencia y estabilidad en el estado receptor, la prestación de servicios tiene un carácter temporal y no estable, por ello algunos requisitos que imponen los estados se consideran justificados en relación al libre establecimiento, en cambio los requisitos que se aceptan para permitir la libre prestación de servicios son limitados y requieren un mayor nivel de exigencia en cuanto a su justificación. Sin embargo, la temporalidad de la prestación debe determinarse en función de la duración, frecuencia, periodicidad y continuidad, pero como señala el TJ en el asunto “Schnitzer”, no puede haber límites temporales generales para distinguir entre establecimiento y libre prestación de servicios y tampoco es decisivo que el prestador utilice una determinada infraestructura<sup>24</sup>. Así pues, el criterio para aplicar las prescripciones propias del derecho de establecimiento o las de la libre prestación de servicios, no es otro que el carácter permanente y estable, o por el contrario, puramente temporal, de la prestación de que se trate. El problema que aparece en determinadas circunstancias es que ninguna disposición del Tratado ni del derecho derivado permite determinar, de manera clara, la duración o la frecuencia a partir de la cual la prestación de un servicio en otro Estado ya no podría considerarse como cubierta por el régimen de la prestación de servicios, y debería quedar cubierta por el régimen del establecimiento. Ello conlleva disfunciones en la delimitación de ambos regímenes jurídicos y, previsiblemente, se van a seguir generando en relación a la aplicación de la DS, que no logra aportar ninguna clarificación suplementaria.

#### 4. La Directiva de servicios como nueva etapa de consolidación del mercado interior

La DS se aplica a aquellos requisitos que afectan al acceso a una actividad de servicio o a su ejercicio, sea a través del libre establecimiento o a través de la libre prestación de servicios y el concepto de «requisito» engloba cualquier obligación, prohibición, condición o límite impuesto a los prestadores (o a los destinatarios) de los servicios, previstas en disposiciones legales, reglamentarias o administrativas tanto a escala nacional como regional o local, como por ejemplo la obligación de obtener una autorización o de efectuar una declaración ante las autoridades competentes (art. 4.7 DS)<sup>25</sup> e incluso se aplica también a las normas impuestas por los colegios profesionales u otras asociaciones, es decir, se aplica en relación a normas, prácticas administrativas o regulaciones colectivas, pero no se aplica a los requisitos que no regulen ni afecten específicamente a la actividad del servicio<sup>26</sup>.

La progresiva supresión de las medidas estatales que constituyen barreras u obstáculos a la circulación transfronteriza de los servicios consiguió un primer impulso a partir del momento en que el TJ reconoció el

<sup>23</sup> TJ de 26 de enero de 2006, asunto C-514/03, «Comisión c/ España».

<sup>24</sup> Sentencia TJ de 11 diciembre de 2003, asunto C-215/01, «Schnitzer» y Sentencia TJ de 29 de abril de 2004, asunto C-104/03.

<sup>25</sup> Véase *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios*, cit. p. 14.

<sup>26</sup> Es decir, por ejemplo, en principio no se aplica a las normas urbanísticas o de uso del suelo, en las normas de ordenación de territorio o en las ordenanzas de construcción.

efecto directo de los artículos 49 TFUE (*ex* 43 TCE y 52 TCEE)<sup>27</sup> y 56 TFUE (*ex* 49 TCE y *ex* 59 TCEE)<sup>28</sup> a lo que sucedió una combinación de interpretaciones jurisprudenciales restrictivas de las excepciones previstas en los tratados junto con una ampliación de la noción de *restricción prohibida* y un progresivo desarrollo del principio de equivalencia o de reconocimiento mutuo.

El TJ recuerda su jurisprudencia consolidada en el sentido de considerar restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dichas libertades<sup>29</sup>. La jurisprudencia existente confirma el principio según el cual una restricción a la libre prestación de servicios no puede ser válida más que si se justifica por razones imperativas de interés general (test de justificación) y si dicho interés no se halla asegurado por las normas del país de origen (test de equivalencia o de reconocimiento mutuo). Sin ánimo de exhaustividad y, a título de ejemplo, se puede traer a colación la Sentencia de 10 de marzo de 2009 que resolvió una duda sobre la compatibilidad entre los artículos 49 y 56 TFUE (*ex* 43 y 49 TCE) y la necesidad de autorización para la creación de una policlínica privada en la que se pretendían prestar servicios ambulatorios odontológicos. El TJ declaró que los artículos del Tratado se oponen a disposiciones nacionales «[...]en virtud de las cuales es necesaria una autorización para abrir un centro sanitario privado consistente en una policlínica dental autónoma y según las cuales debe denegarse dicha autorización cuando, a la luz de la asistencia ya ofrecida por los médicos concertados, no exista necesidad alguna que justifique la apertura de tal centro...». El Tribunal analiza los objetivos y las medidas del régimen de autorización administrativa existente y de su análisis deduce que la normativa nacional no es adecuada para garantizar la consecución de los objetivos de mantenimiento de un servicio médico de calidad, equilibrado y accesible a todos, ni para evitar un riesgo de grave menoscabo para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social.

Tomando ahora en consideración la evolución del principio del reconocimiento mutuo, aplicado principalmente al régimen de la prestación de servicios, cabe recordar que el TJ afirmó en el asunto «Säger» que el Tratado «exige no sólo la eliminación de toda discriminación contra el prestador por razón de su nacionalidad, pero también toda restricción, aún cuando se aplique indistintamente a los prestadores nacionales y a los de los demás países, cuando pueda prohibir o dificultar de otra forma las actividades del prestador establecido en otro EM, donde preste legalmente servicios análogos»<sup>30</sup>. Y en la misma línea se afirma en el asunto «Corsten» que, según jurisprudencia constante, «una restricción al principio fundamental de la libre prestación de servicios sólo puede justificarse por reglamentaciones que se basen en razones imperativas de interés general que se apliquen a toda persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del EM de acogida». Pero ello sólo vale «en la

<sup>27</sup> El objetivo del libre establecimiento, tal y como apuntó el TJ en su célebre sentencia de 21 de junio de 1974, as. 2/74, «Reyners», p. 631, no es otro que posibilitar que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un estado miembro distinto de su estado miembro de origen y que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad en el ámbito de las actividades por cuenta propia.

<sup>28</sup> La jurisprudencia sobre la libre prestación de servicios se basa en la interpretación del antiguo art. 59 TCEE que fue reenumerado como artículo 49 TCE a partir de la entrada en vigor de la reforma del Tratado de Ámsterdam en 1999, al cual se le reconoce efecto directo desde la Sentencia de 12 de noviembre de 1974, as. 33/74 «Van Binsbergen», lo que permite invocar directamente dicha disposición para eliminar las medidas discriminatorias y demás restricciones prohibidas existentes en las legislaciones nacionales.

<sup>29</sup> Cabe destacar la Sentencia del TJ de 22 de octubre de 2009, asunto C-438/08, Comisión *c/* Portugal, en donde se plantea la conformidad de una norma nacional con el derecho de establecimiento. Dicha norma nacional imponía determinados requisitos para autorizar el ejercicio de la inspección técnica de vehículos, en particular la sujeción de las autorizaciones administrativas al criterio de interés público, la exigencia de que las empresas que pretenden establecerse en el mercado tengan un capital mínimo de 100.000 euros, la limitación del objeto social de dichas empresas y la imposición de normas en materia de incompatibilidad de sus socios, gerentes y administradores.

<sup>30</sup> Sentencia TJ de 25 de julio de 1991, asunto C-76/90 «Sager».



medida en que este interés no se halle protegido mediante las normas a las que se halle sujeto el prestador en el Estado miembro de su establecimiento»<sup>31</sup>.

Igualmente en el asunto «Schnitzer» el Tribunal volvió a condenar los dobles controles<sup>32</sup> y podemos mencionar el asunto «Comisión c/ España»<sup>33</sup> como fórmula de síntesis de su jurisprudencia anterior, donde se discute si una empresa de seguridad privada extranjera está obligada a cumplir los mismos requisitos que los impuestos a las empresas españolas –sin tener en cuenta las obligaciones, garantías y exigencias ya impuestas a dicha empresa extranjera en otro Estado miembro. El TJ afirma que la imposición de determinados requisitos sólo puede justificarse en la medida que «el interés general invocado no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro donde está establecido», es decir, que las autoridades del Estado miembro de acogida están obligadas, en principio, a tomar en consideración los requisitos que los operadores económicos afectados y sus empleados ya cumplen en su país de origen.

Pero la jurisprudencia y la resolución caso por caso de procedimientos de infracción contra los estados miembros se consideró una forma de actuar extremadamente compleja para las instituciones nacionales y comunitarias y además se consideraba que el mercado único de servicios no sólo exigía eliminar las barreras para la circulación transfronteriza de los servicios, sino que también debería ofrecer a los consumidores mayor transparencia e información, más posibilidades de elección y unos servicios a unos precios más bajos en condiciones de calidad y seguridad. Sin embargo, no debería olvidarse que algunos *obstáculos o restricciones* responden a la protección de determinados intereses generales y su eliminación indiscriminada podría dar lugar a muchos problemas, dado que el mercado es imperfecto y ninguna norma aseguraría la protección de tales intereses generales.

Ante toda esta situación, la DS opta por someter los regímenes de autorización nacionales a una cierta *presunción de incompatibilidad* con las normas europeas<sup>34</sup>. En realidad, los regímenes de autorización hacen referencia a aquellos procedimientos que obligan a un prestador o destinatario a obtener de una autoridad competente un documento oficial o una decisión tácita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio y constituyen uno de los trámites más comunes aplicados a los prestadores de servicios en los estados miembros, así como una restricción a la libertad de establecimiento<sup>35</sup>. La DS obliga a los estados a revisar por completo tales regímenes relativos al acceso a actividades de servicios o a su ejercicio<sup>36</sup>. El artículo 9.1 DS codifica la jurisprudencia anterior<sup>37</sup> y precisa que sólo podrán mantenerse aquellos regímenes de autorización que no sean discriminatorios<sup>38</sup>, que estén justificados por una razón imperiosa de interés general y que sean proporcionados.

<sup>31</sup> Sentencia TJ de 3 octubre de 2000, asunto C-58/98, «Corsten», cdo. 35 y ss.

<sup>32</sup> Sentencia TJ de 11 de diciembre de 2003, asunto 215/01, «Schnitzer», cdo. 36 y 37.

<sup>33</sup> Sentencia TJ de 26 de enero de 2006, asunto C-514/03, «Comisión c/ España»

<sup>34</sup> Según jurisprudencia reiterada, un régimen de autorización previa «no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que pueda privar de su eficacia a las disposiciones de Derecho comunitario [...], debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, que garanticen su adecuación para establecer suficientemente los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales», Sentencia TJ de 10 de marzo de 2009, asunto C-160/07, «Hartlauer Handelsgesellschaft» (cdo. 64).

<sup>35</sup> Tal y como se afirma en la jurisprudencia del TJ, por ejemplo en la Sentencia de 22 de enero de 2002, asunto C-390/99, «Canal Satellite Digital».

<sup>36</sup> Artículos 9 a 13 DS.

<sup>37</sup> Véase como ejemplo la Sentencia TJ de 20 de febrero de 2001, C-205/99, «Analir».

<sup>38</sup> Si no da lugar, de manera directa o indirecta, a un trato diferenciado de los prestadores nacionales y de los procedentes de otros estados miembros.

Así pues, cuando se constata una restricción al libre establecimiento o a la libre prestación de servicios, debe valorarse si responde a tales criterios de justificación comunitarios. El elemento fundamental es que corresponde a los estados aportar justificación y pruebas (inversión de la carga de la prueba) de que el objetivo se justifica por una razón de interés general, objetivo que no puede ser alcanzado por otras medidas menos restrictivas y que la medida (o restricción) no va más allá de lo que sea necesario para alcanzar dicho objetivo, concepto que aún cuando sea fijado por los estados miembros debe ser compatible con los parámetros establecidos a nivel comunitario, aplicándose criterios indeterminados que se hallan sujetos a la valoración del TJ<sup>39</sup>.

Se constata cómo la aplicación jurisdiccional del principio de proporcionalidad ha tenido importantes efectos desreguladores y ello es previsible que se refuerce a partir de su reiterada referencia en la DS (art. 9, 10 y 16)<sup>40</sup>. En cualquier caso, todo dependerá de cómo se desarrolle la interpretación y el control de las medidas nacionales que rigen las actividades económicas, siendo éste un elemento central, el de su actual sujeción al marco jurídico de la Unión y a la interpretación del TJ.

Así pues, si el Tratado admite restricciones justificadas por razones de orden público, seguridad pública o salud pública, la jurisprudencia admite una serie de razones imperiosas de interés general, sin que exista una lista cerrada de tales razones, admitiéndose motivos tan variados como la protección del consumidor, del medio ambiente, la lucha contra el fraude, la aparición de perturbaciones en el orden social, etc. Y en defecto de armonización a nivel europeo, cada Estado debe apreciar las exigencias que implica la protección de los intereses afectados. Ahora bien, debe valorar seriamente el respeto al criterio de necesidad y proporcionalidad para limitarse a imponer aquellas medidas que vayan claramente a satisfacer el objetivo perseguido tomando en consideración las exigencias de las libertades económicas mencionadas, valorándose en cada caso si el objetivo perseguido no puede alcanzarse por medios menos restrictivos.

La visión de las instituciones europeas parte de considerar que, en general, la mayoría de los regímenes de autorización pueden sustituirse por medios menos restrictivos, como el seguimiento o control de las actividades por las autoridades competentes o la presentación de *notificaciones* o de ciertas *declaraciones* por parte de los prestadores, etc. En el supuesto de que una autorización se halle justificada, el artículo 10.2 DS impone que las condiciones para su concesión sean claras e inequívocas, objetivas, transparentes y accesibles, y se hagan públicas con antelación, siendo su objetivo principal evitar las decisiones arbitrarias. La DS también impone el principio general de la duración ilimitada de las autorizaciones y de su validez para todo el territorio de un Estado miembro<sup>41</sup>, aunque pueden existir excepciones justificadas. Tampoco resulta posible limitar el número de autorizaciones, a menos que se deba a la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas existentes o si tal limitación se halla justificada por una razón imperiosa de interés general. De todas formas, se recoge la posibilidad de revocar dichas autorizaciones si se han dejado de cumplir las condiciones previstas.

<sup>39</sup> Véase, por ejemplo, en la Sentencia TJ de 10 de marzo de 2009, asunto C-169/07, «Hartlauer Handelsgesellschaft», en la que el TJ afirma: «dos consideraciones se oponen a que se reconozca que la normativa de que se trata es adecuada para garantizar la consecución de los objetivos mencionados. En primer lugar, debe recordarse que una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática...» (cdo. 54 y 55).

<sup>40</sup> Véase de la Quadra-Salcedo Janini, T., «¿Quo Vadis, Bolkenstein? ¿Armonización o desregulación?», *Revista Español de Derecho Europeo*, núm. 22, abril-junio, 2007, pp. 270 y ss.

<sup>41</sup> Ello no significa que se deba cambiar en relación al órgano que otorga una determinada autorización a nivel regional o local, pero afectaría a la validez de dicha autorización.

Así pues, es evidente que la DS afecta a los procedimientos administrativos, al exigir en la práctica la supresión, por ejemplo, de muchos de los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos. La autorización previa obligatoria deberá limitarse a aquellos casos que sea indispensable (art. 9). Además se incluye la regla del silencio positivo, es decir, a falta de respuesta, se considera la autorización concedida, salvo que una razón imperiosa de interés general justifique otra solución.

En el ámbito de libre establecimiento, el artículo 14 contiene una *lista negra* de requisitos prohibidos por ser discriminatorios o en cualquier caso particularmente restrictivos, que generan *desventajas* y en su mayoría el TJ ya ha determinado su incompatibilidad con el actual artículo 49 TFUE, se trata de una serie de requisitos que los estados deben suprimir directamente. También hay otra serie de requisitos *potencialmente restrictivos* (*lista gris* del artículo 15 DS<sup>42</sup>), es decir, sólo estarán permitidos en la medida en que el Estado miembro acredite que son necesarios, proporcionados y no discriminatorios<sup>43</sup>. Tales requisitos con frecuencia pueden sustituirse por medios menos restrictivos, pero en ciertas circunstancias y sectores pueden estar justificados. Por ello no se prohíben sino que se exige su revisión y su justificación, aplicándose igualmente los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad. Dichos requisitos hacen referencia a los límites cuantitativos o territoriales, a la obligación de que el prestador adopte una forma jurídica particular, a la posesión de capital de una sociedad, a la reserva de la prestación de ciertos servicios a determinados prestadores, a la prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional, a la obligación de disponer de un número mínimo de empleados o a las obligaciones de aplicar tarifas mínimas o máximas fijas.

El capítulo IV sobre libre prestación de servicios es el más difícil y opaco. El artículo 16.1 contiene tres obligaciones para los estados: 1) respetar el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto al de su establecimiento; 2) asegurar la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio; 3) no supeditar dicha libertad de acceso a requisitos que no respeten el *triple test* (no discriminación, necesidad y proporcionalidad). Los párrafos 2 y 3 incluyen una serie de requisitos prohibidos, excepto si se hallan justificados por «razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente», restringiéndose significativamente el número de razones si lo comparamos con el capítulo relativo al derecho de establecimiento<sup>44</sup>. Los estados miembros sólo pueden invocar estas 4 razones y no pueden invocar otros objetivos de interés general, además se trata de nociones comunitarias y no nacionales que han sido objeto de una restrictiva interpretación jurisprudencial, de forma que para que se acepte una tal justificación debe existir «una amenaza real y grave para un interés fundamental de la sociedad» y corresponde a cada Estado demostrar tal riesgo<sup>45</sup>.

Pero aún cuando un requisito no sea discriminatorio y corresponda a alguna de las cuatro razones imperiosas de interés general señaladas, la prueba definitiva es el *test de proporcionalidad*<sup>46</sup>. Ello significa que toda legislación

<sup>42</sup> Entre ellos figuran, por ejemplo, la imposición de límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores, requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una forma jurídica particular, prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional, requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados, o tarifas obligatorias mínimas o máximas.

<sup>43</sup> Villarejo Galende, H. y Salvador Armendáriz, M. A., «El complejo proceso de transposición de la Directiva Servicios», *cit.*, p. 95.

<sup>44</sup> Dicho panorama se completa con una larga lista de excepciones incluidas en el artículo 17 DS y además con otra lista de *excepciones individuales* que se incluyen en el artículo 18 DS.

<sup>45</sup> A título de ejemplo, véase la Sentencia TJ de 14 de octubre de 2004, asunto C-36/02, «Omega».

<sup>46</sup> Recordemos que sirve para determinar si la aplicación del requisito es apropiada para garantizar la consecución del objetivo que se persigue y si no va más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo. Véase en la aplicación de dicho test de proporcionalidad, por Revista catalana de dret públic, núm. 42, 2011

que no sea eficaz para proteger alguno de los cuatro objetivos, no quedará justificada y deberá evaluarse si el objetivo de interés general no se cumple mediante los requisitos a los que se somete el prestador en el Estado miembro de establecimiento y además se deberá evaluar si existen otros medios menos restrictivos para alcanzar el objetivo perseguido. Tales evaluaciones deben realizarse normalmente caso por caso y no se trata de un resultado matemático ni objetivo, sino que admite un cierto margen de discrecionalidad o de interpretación dispar en su aplicación concreta.

Cabe igualmente destacar los artículos que hacen referencia a los derechos de los destinatarios de servicios (art. 19-22 y art. 27 DS)<sup>47</sup> y que incluyen disposiciones que prohíben las restricciones a la contratación de operadores no nacionales, cláusulas de prohibición de discriminaciones, obligaciones de prestar asistencia a los destinatarios de los servicios, obligaciones de transparencia en relación al prestador y su prestación, así como la puesta a disposición del destinatario de los servicios de una gama de medios para poder ponerse en comunicación con el prestador para pedir información o para hacerle llegar una reclamación.

El impulso a la consolidación del mercado interior se hace con la inclusión de pocas medidas de armonización, siendo algunas de ellas más instrumentales que materiales, pero no por ello carentes de interés, pues en la práctica son esenciales las disposiciones en materia de información, de seguros y garantías profesionales, de comunicación comercial de las profesiones reguladas y de solución de controversias. Es de lamentar que hayan quedado como disposiciones voluntarias los artículos sobre política de calidad (art. 26 DS) y los códigos de conducta comunitarios (art. 37 D).

## 5. Ámbito de aplicación de la Directiva de servicios

Una cuestión esencial es que la aplicación de la DS deberá realizarse en el contexto del derecho primario y las materias excluidas del ámbito de la DS seguirán rigiéndose plenamente por las actuales disposiciones del TFUE, cuya interpretación y desarrollo requiere respetar la jurisprudencia desarrollada en estos años por el TJ, sin perjuicio de que puedan existir algunos cambios estratégicos de orientación.

La DS se aplica a todos los servicios que no quedan excluidos expresamente de su ámbito de aplicación<sup>48</sup>. El concepto de *servicio* es una noción comunitaria que ha sido objeto de una interpretación muy amplia<sup>49</sup> por parte del TJ e incluye «toda actividad económica por cuenta propia realizada normalmente a cambio de una remuneración»<sup>50</sup>, es decir, actividades económicas que realizan prestadores (persona física o jurídica) *no*

---

ejemplo, Sentencia TJ de 25 de julio de 1991, asunto C-76/90 «Sager»; Sentencia TJ de 23 de noviembre de 1999, as. acum. C-369/96 y C-376/96 «Arblade and others» y Sentencia TJ de 22 de enero de 2002, as. C-390/99, «Canal Satélite».

<sup>47</sup> Véase los comentarios 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 y ss.

<sup>48</sup> Ello afecta a una gran parte de los servicios en la Unión: desde la distribución comercial a la investigación de mercados; la administración de empresas o los servicios contables; la construcción o la ingeniería quedando incluido en ello todo aquello «que no se halle expresamente excluido».

<sup>49</sup> Véase TJ de 11 de septiembre de 2007, as. C-318/05 «Comisión c/Alemania».

<sup>50</sup> Ello se recoge en el artículo 50 TCE (actual art. 57 TFUE), en donde aparece como un concepto *resto* al señalarse que tales prestaciones serán servicios en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

*asalariados*, señalando que la DS se aplicará a «los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro»<sup>51</sup>.

Dicha formulación tan general conlleva que su alcance material concreto resulte controvertido y ambiguo, existiendo además en la DS un mosaico de excepciones, exclusiones y *no aplicaciones* que constituye el confuso ámbito en el que no se aplica la DS<sup>52</sup>. Todas las exclusiones previstas expresamente en la DS son opcionales y los estados deberán definir con mayor precisión el alcance de tales exclusiones en sus normas nacionales.

La única exclusión que incluye el Tratado (actual art. 51 TFUE y *ex* art. 45 TCE) y que se aplica al libre establecimiento y a la libre prestación de servicios, es la que hace referencia a las «actividades vinculadas al ejercicio del poder público», que se incluye igualmente en el artículo 2.2 *i* de la DS, pero debe traerse a colación la interpretación restrictiva desarrollada por el TJ en relación al alcance de dicha exclusión, pues sólo abarca actividades específicas vinculadas directamente con el ejercicio del poder público y no profesiones enteras<sup>53</sup>. Así por ejemplo, en el asunto «Comisión *c/* Portugal»<sup>54</sup>, sin negar el carácter restrictivo de su normativa, Portugal alega que la actividad de inspección de vehículos es una actividad «relacionada con el ejercicio del poder público» y, por lo tanto, se sitúa fuera del ámbito de aplicación del artículo 49 TFUE. La Comisión, en cambio, alega que se trata de una actividad económica que no constituye una participación directa y concreta en el ejercicio del poder público. El TJ recuerda su jurisprudencia anterior en el sentido que dicha excepción sólo cubre las actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público y ello excluye «las funciones meramente auxiliares y preparatorias con respecto a la entidad que ejerce efectivamente el poder público al adoptar la resolución final». Así pues, tras constatar que efectivamente las actividades de las entidades privadas de inspección técnica de vehículos no están comprendidas en la excepción prevista del actual artículo 51 TFUE, pasa después a examinar si el régimen de acceso a la actividad de inspección de vehículos puede hallarse justificado, analizando los criterios de justificación, necesidad y proporcionalidad, concluyendo que «la República Portuguesa no ha demostrado ni el carácter necesario ni el carácter proporcionado de las medidas controvertidas, en relación con el objetivo perseguido. Por consiguiente no puede considerarse que las disposiciones discutidas estén justificadas por razones relativas a la protección de la seguridad del tráfico»..

El complejo y polémico proceso de negociación de la Directiva explica los apartados del artículo 1, en donde se procede a desarrollar lo que no es objeto de la Directiva, utilizando las confusas expresiones de “no trata” y “no es afectado” por la Directiva. Ello contrasta especialmente con el artículo 2 DS que se refiere al ámbito de

<sup>51</sup> La DS se aplica a los servicios prestados por una persona física nacional de un estado miembro o por una persona jurídica establecida en un estado miembro. Tal y como se precisa en el considerando 38, el concepto de *persona jurídica* engloba todas las entidades constituidas con arreglo a la legislación nacional o que se rijan por la misma, independientemente de que, de conformidad con la legislación nacional, se les reconozca o no personalidad jurídica. Por el contrario, los servicios prestados por personas físicas que no sean nacionales de un estado miembro o por entidades establecidas fuera de la UE, o no constituidas con arreglo a la legislación de un estado miembro, no están cubiertas por la DS.

<sup>52</sup> Ante la dificultad de determinar el alcance de la DS, los propios servicios de la DG del Mercado Interior de la Comisión elaboraron en el 2007 un *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios*, que resulta muy útil y que puede consultarse en [http://ec.europa.eu/internal\\_market/services-dir/index\\_es.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/services-dir/index_es.htm).

<sup>53</sup> Así, a título de ejemplo, el TJ ha declarado que el artículo 45 no incluye actividades de índole auxiliar y preparatorias en relación con el ejercicio de la autoridad pública (Sentencia de 13 de julio de 1993, as. 42/92, «Thijssen»), ni a las actividades de naturaleza técnica, como las que conciernen al diseño, la programación y la operación de sistemas de proceso de datos (Sentencia de 5 de diciembre de 1989, as. 3/88, «Comisión *c/* Italia»), ni las actividades de las empresas de seguridad (Sentencia de 31 de marzo de 2001, as. C-283/99, «Comisión *c/* Italia»).

<sup>54</sup> Sentencia del TJ de 22 de octubre de 2009, asunto C-438/08, «Comisión *c/* Portugal».

aplicación de la Directiva, utilizando aquí la expresión «aplicar o no aplicar a determinados servicios»<sup>55</sup>. El artículo 2 también incluye servicios que se quieren excluir del ámbito natural de la Directiva, porque así se ha pactado por diferentes consideraciones jurídico-políticas.

### 5.1. Delimitación del objetivo de la Directiva de servicios

En el artículo 1.2 DS se afirma que la DS «no trata» la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas, es decir, no pretende regular ni dismantelar el ámbito de los «derechos exclusivos» de los operadores que prestan servicios de interés económico general, ello corresponde a los estados en el respeto de otras disposiciones del Tratado. Así, la voluntad de suprimir trabas innecesarias o desproporcionadas no puede comportar la supresión de los derechos especiales o exclusivos que son protegidos por el propio Tratado (art. 106.2 TFUE) para atender al cumplimiento de determinadas misiones públicas. Tampoco se puede imponer la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios, pues el propio Tratado preserva el llamado principio de neutralidad con respecto a las distintas formas de propiedad. En definitiva, de acuerdo con las otras disposiciones del Tratado, la DS no puede proceder a abolir los monopolios de servicios compatibles con el derecho europeo, ni puede regular el sistema de ayudas concedidas por los estados miembros, que también se rige por las normas que aplican y desarrollan la libre competencia en la UE. Se parte, pues, de la premisa que los estados son los competentes para definir sus «servicios de interés general» y deben determinar su correspondiente sistema de organización y financiación, atendiendo a las obligaciones que impone principalmente la legislación comunitaria sobre competencia y ayudas públicas<sup>56</sup>.

El término *no afectar* puede llegar a suscitar mayores dudas, pero podría considerarse que el legislador busca conseguir cierto equilibrio entre sus objetivos de liberalización y otros objetivos que constituyen valores que se consideran dignos de protección y que se quieren preservar, así se precisa que la Directiva «no afecta» la garantía de la diversidad cultural y lingüística o el pluralismo de los medios de comunicación, el derecho penal y el derecho laboral y el ejercicio de los derechos fundamentales. De todas formas, el hecho de que tales valores no queden afectados por la DS, no significa que no puedan quedar afectados por otras disposiciones del derecho europeo. La preservación de estos valores puede comportar *medidas* que incidan en determinados servicios y supone el reconocimiento de incluir objetivos que justifican ciertas regulaciones de los estados miembros. Se trata de valores superiores que deben convivir con ambas libertades económicas y, en caso de conflicto, hay que buscar soluciones en términos de compatibilidad y de proporcionalidad.

Cuando se afirma que la DS «no afecta al Derecho laboral», debe entenderse que la DS debe respetar cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo, incluida la salud y la seguridad en el trabajo, a las condiciones en materia de seguridad social o las relaciones entre los trabajadores y los empleadores (salarios, tiempo de trabajo, vacaciones anuales y otras obligaciones contractuales entre trabajador y empleador), siempre que se aplique de acuerdo con la legislación nacional conforme al derecho comunitario.

### 5.2. Delimitación del ámbito de aplicación material: exclusiones

<sup>55</sup> Véase el extenso desarrollo de de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T., «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la directiva de servicios en el mercado interior», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, cit, pp. 83-127.

<sup>56</sup> En ambos casos se trata de precisiones que entendemos que ya estaban cubiertas por el Tratado, pero que, ante las alarmas y confusiones que llegó a generar el proyecto de directiva inicial, se optó por plasmarlas de forma expresa para evitar ambigüedades.

No deja de llamar la atención el sistema de exclusiones de la Directiva que, después de una exclusión genérica (art. 2.2.a), vuelve a hacer exclusiones específicas de servicios, algunos de los cuales podrían estar comprendidos dentro de la exclusión genérica<sup>57</sup>.

El considerando número 16 DS realiza una importante precisión, la característica de la remuneración no se da en las actividades que realiza el Estado sin contrapartida económica, en el cumplimiento de su misión en los ámbitos social, cultural, educativo y judicial y, por consiguiente, no entran en el ámbito de aplicación de la DS. Tales servicios, que no se realizan a cambio de una contraprestación económica, no constituyen *un servicio* cubierto por el artículo 57 TFUE y, por tanto, tampoco se regulan en la DS. No es el caso de los servicios de interés económico general, como los característicos del sector de la electricidad, del gas, del agua, de las telecomunicaciones, etc., que se prestan a cambio de una contraprestación económica y, en consecuencia, en principio, se incluyen en el ámbito de aplicación de la DS, salvo que en ella se establezca su expresa exclusión.

Así pues, es competencia de los estados determinar el alcance de la exclusión genérica prevista en el art.2.2.a que excluye los «servicios no económicos de interés general».

La propia jurisprudencia comunitaria pone de manifiesto las vacilaciones a la hora de delimitar los perfiles entre lo que puede considerarse como un servicio de interés económico general y un servicio no económico de interés general<sup>58</sup>. Sin embargo, el considerando número 70 resulta útilmente clarificador al precisar que los servicios «sólo pueden considerarse servicios de interés económico general si se prestan en ejecución de una tarea especial de interés público confiada al prestador por el Estado miembro en cuestión. Este encargo debe hacerse por medio de uno o varios actos, cuya forma ha de determinar el Estado miembro de que se trate, y debe precisar la naturaleza concreta de la tarea especial». En el artículo 17.1 DS se menciona expresamente los que se conocen como servicios de red, incluidos los que son objeto de la legislación comunitaria (a título de ejemplo: servicios postales, servicios de suministro de gas, agua y de electricidad), pero la evaluación de si un determinado servicio es de interés económico general o no, deberá efectuarse en cada caso concreto, aplicando las características mencionadas en el considerando 70.

Se incluye expresamente en el artículo 2.2.f la excepción de aplicación de la DS a los «servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación y de su carácter público o privado» y en el art. 2.2.j se hace referencia a la exclusión de los «servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado». Así pues, la DS deja fuera de su ámbito de aplicación las prestaciones de carácter sanitario y asistencial o aquellas en las que prevalezca el contenido social, sanitario, cultural o educativo por encima de su valor económico, aún cuando estas exclusiones no se hallen exentas de problemas interpretativos y, en cualquier caso, algunos de ellos podrían formar parte de los servicios no económicos de interés general.

### 5.3. Otras exclusiones

<sup>57</sup> De la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, T., «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la directiva de servicios en el mercado interior», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, cit, p. 109.

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

Otros apartados excluyen del ámbito de aplicación de la DS una serie de actividades bastante heterogéneas, como por ejemplo, los servicios audiovisuales, los servicios de carácter financiero, las empresas de trabajo temporal y las actividades de juego con dinero. Algunos de estos supuestos de exclusión responden a la existencia de derecho derivado de carácter sectorial, es el caso de los servicios financieros<sup>59</sup>: bancarios, de crédito, de seguros, reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión (art. 2.2.b); los servicios y redes de comunicaciones electrónicas<sup>60</sup> (art. 2.2.c); los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los portuarios<sup>61</sup> (art.2.2.d); los de las empresas de trabajo temporal<sup>62</sup> (art. 2.2.e); los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos y la radiodifusión<sup>63</sup> (art. 2.2.g). Otro grupo de servicios se hallan excluidos de la DS por *razones políticas*, es decir por haberse negociado de esta forma, como las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar (art. 2.2.h), los servicios de seguridad privados (art. 2.2.k) y los prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración pública<sup>64</sup> (art. 2.2.i).

A tales sectores se les podrá aplicar el derecho primario pero no la DS. También queda excluido de la Directiva todo lo referente a la fiscalidad, cuestiones que son abordadas por las normas correspondientes a las materias fiscales en el ámbito europeo y nacional<sup>65</sup> (art.2.3).

#### 5.4. La primacía de la *lex specialis*

La DS prevé expresamente la primacía de la *lex specialis* en relación a la propia DS, es decir, que, en caso de conflicto, prevalecerá, por ejemplo, la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores<sup>66</sup> y la Directiva 2005/36/CE sobre el reconocimiento de calificaciones profesionales<sup>67</sup>. Debe señalarse que la Directiva 96/71 hace referencia a los trabajadores asalariados de una empresa que, en el marco de una prestación transnacional de servicios de dicha empresa, desarrollan una actividad temporal en otro Estado, por consiguiente no hace referencia a las prestaciones independientes de servicios, pero la delimitación de ambos ámbitos de aplicación puede llegar a suscitar ciertas dudas en la práctica. Dicha Directiva, además, consagra una concepción diferente de la adoptada en la DS, pues por una parte establece el principio que el régimen aplicable en el marco del desplazamiento de trabajadores es el del Estado miembro de acogida y por otra que este régimen debe

<sup>59</sup> Se incluyen los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio. DO L 177 de 30 de junio de 2006, p. 1.

<sup>60</sup> Se incluyen los servicios incluidos en el artículo 2 de la Directiva 2002/21/CE, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas, DO L 108 de 24.4.2002, p.33.

<sup>61</sup> Se incluyen los servicios de transporte que entren en el ámbito de aplicación del título V TCE. La exclusión no abarca los servicios que no son propiamente de transporte, como los prestados por autoescuelas, empresas de mudanzas, de alquiler de automóviles, funerarias o de fotografía aérea. Tampoco abarca las actividades comerciales en puertos o aeropuertos.

<sup>62</sup> Se incluye el servicio de contratación temporal de trabajadores que prestan las empresas de trabajo temporal. Los servicios ajenos a los de contratación de trabajadores que, en ocasiones, ofrecen estos mismos prestadores, como los de colocación o selección, no son objeto de la exclusión y, por tanto, han de considerarse incluidos en la DS.

<sup>63</sup> Dicha exclusión abarca aquellos servicios cuya finalidad principal es la comunicación de imágenes en movimiento, con o sin sonido, incluida la televisión y la exhibición de películas en cines y la radiodifusión, independientemente del modo en que se produzcan, distribuyan o transmitan. Otros servicios, como los de publicidad o la venta de bebidas y comidas en los cines, no están excluidos.

<sup>64</sup> Con independencia de que puedan considerarse o no vinculados al ejercicio de la autoridad pública.

<sup>65</sup> Se incluye tanto el derecho fiscal sustantivo como los requisitos administrativos necesarios para la aplicación de las leyes fiscales, como la asignación de los números de IVA.

<sup>66</sup> Directiva 96/71 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DO L 18 de 21 de enero de 1997, p. 1.

<sup>67</sup> Directiva 2005/36/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, DO L 255 de 30.9.2005, p. 22.



responder a las exigencias del TJ<sup>68</sup>. Ello comporta el riesgo de que ciertos operadores económicos puedan intentar desviar la aplicación de la Directiva 96/71 para intentar quedar sujetos a la aplicación de la DS.

## 6. Del principio del país de origen al principio de la libre prestación y del reconocimiento mutuo

Hemos visto que, de acuerdo con el principio del país de origen, la legislación aplicable al prestador de servicios que se traslada a otro país europeo es la de su país de origen y no la del país en la que presta sus servicios<sup>69</sup>. Las discusiones más acaloradas surgieron a raíz precisamente de esta propuesta inicial de la Comisión, generando una importante oposición social, al temerse que su implementación pudiera poner en peligro ciertos logros sociales vinculados al llamado *modelo social europeo*. Se consideraba que tal disposición permitía que las empresas escogieran instalarse en el país que ofreciera la legislación más liberal, es decir, países que tuvieran exigencias sociales menos rigurosas y desde allí podrían fácilmente exportar sus servicios a los demás países miembros en condiciones de *dumping social*. En defecto de una suficiente armonización social y fiscal, el peligro de facilitar tales deslocalizaciones se presentaba como real. Consideraciones que, resultaban especialmente explosivas, debido a la reciente ampliación de la Unión Europea y los temores suscitados por una posible llegada masiva de trabajadores o prestadores *low cost* provenientes de los países del Este, con un nivel de protección social inferior al del resto de estados miembros. Con un claro rechazo social a dicho principio se consiguió, en el proceso de enmiendas, que el derecho laboral (convenios colectivos, salario mínimo, vacaciones, seguridad social y seguridad en el trabajo)<sup>70</sup> quedase fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, aún cuando persista actualmente un importante margen de ambigüedad en su aplicación efectiva y sus efectos concretos.

El principio del país de origen se presentaba como una consecuencia de otro principio ya asentado en la jurisprudencia del TJ, como es el principio del reconocimiento mutuo, habiéndose ya establecido, como se ha señalado anteriormente, que: «no es conforme con la libre prestación de servicios imponer restricciones a un prestador de servicios para salvaguardar intereses generales cuando dichos intereses quedan ya garantizados por normas a que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido»<sup>71</sup>. Pero ambos principios son diferentes pues el Estado de destino puede controlar la equivalencia, mientras que en el principio del país de origen el Estado de destino pierde el control para valorar la equivalencia de los requisitos o exigencias impuestas<sup>72</sup>.

Una vez eliminado el principio del país de origen, rige en la DS el principio de equivalencia o del reconocimiento mutuo en relación al libre establecimiento y de forma casi automática en relación a la libre prestación de servicios, que más allá de sus efectos generales, se ha concretado en algunas de sus disposiciones,

<sup>68</sup> Peglow, K., «La libre prestación de servicios dans la directive 2006/123/CE. Réflexion sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant», *cit.*, p. 116.

<sup>69</sup> Dicho principio se ha aplicado en algunas normas sectoriales cubriendo algunos aspectos legales relativos a titulaciones, diplomas, regulaciones, necesidad de autorizaciones particulares, etc. Véase, por ejemplo, Davies, G., «The Services Directive: Extending the country of origin principle and reforming public administration», *European Law Review*, nº 2, 2007, pp. 232-245 y Hatzopoulos, V., «Que reste-t-il de la directive sur les services?», *Cahiers de droit européen*, Vol 43, núm 3-4, 2007, pp. 299-358 y Peglow, K., «La libre prestación de servicios dans la Directive núm 2006/123/CE», *cit.*, pp. 75 y ss.

<sup>70</sup> Véase artículos 30 y 31 de la DS. Aunque para Peglow la solución final de la DS está muy cerca del principio del país de origen, al margen de la valoración positiva que hace de su eliminación formal. Peglow, K., «La libre prestación de servicios...» *cit.*, p. 117.

<sup>71</sup> Por ejemplo Sentencia TJ de 22 de enero de 2002, as. C-390/99, «Canal Satélite Digital» (cdo. 38).

<sup>72</sup> Véase Montero Pascual, J. 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.

por ejemplo, el artículo 5.3 en donde se proclama el efecto transfronterizo de documentos, certificados y otro tipo de justificantes. En ese sentido, el futuro prestador de un servicio puede justificar el cumplimiento de un requisito mediante un documento, certificado u otro tipo de acreditación de otro Estado miembro distinto, siempre y cuando ese documento presentado tenga una función equivalente o pueda desprenderse del mismo que el requisito se cumple fehacientemente. Así pues, el Estado miembro peticionario debe abstenerse de exigir ciertos requisitos formales, tales como la presentación de originales, copias o traducciones compulsadas, excepto en los casos en que esté objetivamente justificado por una razón imperiosa de interés general. Ello obliga a las administraciones nacionales a realizar un esfuerzo para evaluar el fondo, y no sólo la forma, de los documentos expedidos por los otros estados miembros<sup>73</sup>. Igualmente, en relación a las autorizaciones, el artículo 10.3 establece que las condiciones para conceder una autorización para un nuevo establecimiento no deben solaparse con los requisitos y controles equivalentes o comparables a los que ya esté sometido el prestador en el mismo o en otro Estado miembro, aunque podemos prever que ello no será una labor fácil de realizar por parte de las autoridades competentes.

En el ámbito de la prestación de servicios, hemos visto que las derogaciones nacionales que puedan justificar medidas restrictivas por parte del Estado miembro de acogida han quedado reducidas a 4 y, por consiguiente, si bien no se ha logrado imponer el principio del país de origen, el sistema finalmente adoptado no se halla muy lejos de dicho principio, pues tan sólo queda un núcleo duro de control nacional en manos del Estado miembro de acogida para poder adoptar ciertas medidas restrictivas.

## **7. La ordenación administrativa de los servicios: del control *a priori* al control *a posteriori***

Tal y como se ha visto, la DS supone poner en marcha un proceso de eliminación de ciertas trabas, algunas de ellas probablemente contrarias al derecho europeo existente y otras seguramente compatibles con dicho régimen jurídico. Ello implica someter a las autoridades públicas nacionales a un enorme ejercicio de valoración, chequeo o *screening* de ciertas normas. En España el propio Ministerio de Economía afirmaba en el año 2005 que: «la existencia de regímenes de autorización previa y otros requisitos de acceso a la actividad injustificados o desproporcionados o el exceso de normas sobre el desarrollo de la actividad de servicios y el ejercicio profesional no sólo restringen la capacidad del sector para generar actividad y empleo, sino que también limitan la capacidad de desarrollar e incorporar innovaciones que mejoren la productividad y contribuyan al bienestar económico. Por otro lado, la diversidad de los procedimientos y trámites, la duplicidad de controles, los altos costes (financieros y en términos de tiempo invertido) que deben soportar los prestadores para cumplir los requisitos que impone la regulación y el escaso uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones en la relación con los administrados, generan excesivas cargas para los prestadores»<sup>74</sup>. Así pues, en la práctica no sólo se constataba la existencia de una gran cantidad de barreras jurídicas, sino también una gran cantidad de “*barreras no jurídicas*”, que se materializan en una enorme complejidad burocrática y procedimental, para poder acceder a la información exigida y en otras dificultades de orden cultural, ideológico, social y lingüístico.

<sup>73</sup> Por ejemplo, los estados miembros no deben exigir la presentación de un certificado de nacionalidad o de residencia en los casos en que otros documentos de identificación oficiales (como un pasaporte o un DNI) permitan comprobar la nacionalidad o la residencia del interesado.

<sup>74</sup> Informe sobre la Estrategia de Lisboa. (Plan nacional para el crecimiento y la ocupación), p. 69, 2005. <http://www.meh.es>. Véase también en el mismo sentido J. Delgado, ¿Por qué es necesaria la reforma del sector servicios?, *Cuadernos de Información Económica*, Fundación de las Cajas, Madrid, 2009, p. 29-33.

Al mismo tiempo, los gobiernos toman cada vez más conciencia de que la atracción de inversiones pasa de forma prioritaria por dotarse de una administración eficaz y moderna que sea capaz de mejorar sus relaciones con los ciudadanos y de simplificar los procedimientos de actuación.

Ante la dificultad de alcanzar una verdadera armonización de los servicios, se opta por la vía de la desregulación mediante la obligación de dar cumplimiento a una serie de principios generales. Así el artículo 10.2 restringe el ejercicio de potestades discrecionales de los estados en todas sus decisiones sobre el acceso y la prestación de servicios, decisiones que deberán respetar los requisitos de: *a)* no ser discriminatoria; *b)* estar justificada por una razón imperiosa de interés general; *c)* ser proporcional a esa misma razón imperiosa de interés general; *d)* ser clara, precisa e inequívoca; *e)* ser objetiva; *f)* hacerse pública con la suficiente antelación y *g)* ser transparente y accesible.

También el artículo 9.1 DS parte de que el acceso a una actividad de servicios y su posterior ejercicio es una actividad libre, que sólo podrá supeditarse a un régimen autorizatorio por parte de los estados miembros cuando se den las tres condiciones siguientes: 1) el régimen de autorización garantiza la ausencia de discriminación entre los prestadores de servicios que tengan que someterse al mismo (test de no discriminación); 2) el régimen de autorización es necesario para satisfacer una razón imperiosa de interés general (test de necesidad en relación a un objetivo de interés general); 3) el régimen autorizatorio es necesario como técnica preventiva *ex ante* ya que el uso de una medida menos restrictiva, como pueda ser un control *a posteriori*, no sería suficientemente eficaz —por los riesgos y peligros que pueden suscitarse— para alcanzar el objetivo perseguido (test de la exigencia del control *ex ante* vinculado al principio de proporcionalidad).

En definitiva, los estados deben someter todas sus disposiciones, en particular sus respectivos regímenes autorizatorios, a un “proceso interno de verificación” y deben justificar su compatibilidad con las condiciones anteriores. El artículo 9 DS pretende instaurar un sistema de autorización suficientemente objetivado, para que la autorización no se conceda de forma arbitraria, aunque de poco sirve esta pretensión de objetividad si dicha voluntad no se halla presente en el momento de decidir el otorgamiento o no de la autorización. También se exige que la resolución administrativa por la que no se concede la autorización, deba ser motivada y permita el acceso a vías de impugnación (art. 10.6). El artículo 11 DS recoge en sus diversos apartados las cuestiones referidas a la operatividad y virtualidad del título autorizatorio, duración y vigencia de la autorización, las obligaciones del prestador del servicio y las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de las condiciones dispuestas por la autorización. En un gran número de sectores, tales disposiciones obligan a los estados a sustituir los tradicionales instrumentos de control *ex ante* (autorizaciones y licencias) por nuevos instrumentos de control *ex post*, debiéndose, en cada caso, valorar nuevas alternativas como la declaración de conformidad y las notificaciones y, en todo caso, se requiere reforzar las técnicas de inspección en relación a los diferentes operadores económicos. En caso de incumplimiento por parte del prestador de servicios, que se materialice en la comisión de una infracción administrativa, la DS prevé la posibilidad de retirar la autorización.

## 8. La modernización administrativa a través de la simplificación y la cooperación

El nuevo sistema aplicable al libre establecimiento y a la libre prestación de servicios se refuerza mediante las previsiones sobre simplificación administrativa y coordinación de las autoridades nacionales competentes, que se incluyen en el capítulo II (art. 5-8) y en el capítulo VI (art. 28-36) sobre cooperación administrativa. La

simplificación administrativa aparece como un mandato ineludible para todas las administraciones nacionales, sin embargo, no resulta fácil para las propias administraciones determinar cuándo sus procedimientos y formalidades no resultan *suficientemente simples*. Esta obligación relacionada con la aplicación del principio de proporcionalidad va a convertirse en uno de los instrumentos de desregulación más efectivos, dependiendo del tipo de esfuerzo de simplificación que se lleve a cabo. Ello es probable que conduzca a una cierta armonización indirecta de los procedimientos administrativos.

Más concreta es la previsión de que deben hacer un esfuerzo de transparencia y facilitar toda una serie de informaciones (la información debe ser clara, inequívoca y actualizada y debe proporcionar una respuesta al solicitante lo más ajustada a sus concretas necesidades). Igualmente, se obliga a los prestadores de servicios a actuar con transparencia, pues debe ponerse a disposición del usuario la información sobre el prestador (nombre, forma jurídica, dirección, en su caso, autorización) y sobre las condiciones de la prestación (características del servicio ofrecido, precio, garantías). Las administraciones deberán informar, asesorar y asistir a los usuarios de los servicios para que puedan realizar reclamaciones ante las autoridades competentes en caso de litigios con los prestadores de servicios, independientemente del país en que se ubiquen. A tal fin, destaca la creación por parte de la Comisión y los estados miembros de un sistema electrónico de intercambio de información relacionada con el mercado interior (IMI).

Con este objetivo, los estados miembros están obligados a poner en funcionamiento ventanillas únicas, de forma que los prestadores de servicios tengan un solo interlocutor y deben ofrecer la posibilidad de realizar los procedimientos por medios electrónicos, evitando con ello el desplazamiento y la presencia física del interesado o solicitante. Se trata de una clara obligación de resultado, que debe ponerse a disposición de todos los prestadores de servicios y que les obliga a garantizar la interoperabilidad de los sistemas nacionales de información y comunicación telemática.

La apuesta por un régimen comunitario de ventanillas únicas no afecta al reparto de funciones y competencias entre las autoridades administrativas dentro de sus propios sistemas nacionales, permitiendo la propia directiva que dicha gestión se lleve a cabo a través de diferentes autoridades administrativas o también cámaras de comercio, colegios profesionales u organismos privados a los que se encomiende el ejercicio de funciones públicas, siempre que con ello se facilite el acceso de los ciudadanos a la información requerida. Esta posibilidad incluye los trámites de todos los niveles de las administraciones públicas (estatal, autonómico y local), que deberán coordinarse entre sí (y con las administraciones de otros estados). Tan sólo se excluyen aquellos trámites que, por su naturaleza, requieran una comprobación presencial.

El capítulo VI sobre cooperación administrativa reúne otro tipo de medidas complementarias destinadas a asegurar la efectividad de las medidas de eliminación de las barreras al establecimiento y a la prestación de servicios. Ello incluye medidas destinadas a supervisar y controlar la actividad de los prestadores<sup>75</sup>. Para ello es imprescindible que los estados cooperen y basen sus relaciones en la confianza mutua. Dicha confianza, a pesar de los años en los que se ha ido desarrollando el mercado interior, todavía no es un principio que forme parte de

---

<sup>75</sup> A tal fin, cada Estado miembro debe designar unos puntos de contacto cuyos datos deben ser comunicados a la Comisión y a los demás estados miembros y se prevé el desarrollo de una red que viene regulada por el Reglamento 2006/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre la cooperación de las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de los consumidores (DOUE L 364, de 9 de diciembre de 2004).

la cultura administrativa de los estados, pues la falta de cooperación ha generado una multiplicación de normas aplicables a los prestadores y muchas duplicaciones de controles.

También se prevé que las solicitudes de información y las peticiones para que se lleven a cabo controles, inspecciones e investigaciones entre las autoridades nacionales deben estar debidamente motivadas, especificando el motivo de la petición, existiendo un mecanismo específico para el acceso a un determinado tipo de información concreta, como es la correspondiente a la fiabilidad del prestador del servicio, es decir sobre la honradez del prestador (art. 33). Siempre que lo solicite una autoridad competente, los estados comunicarán las medidas disciplinarias o administrativas o condenas penales y decisiones relativas a insolvencia o quiebras fraudulentas que las autoridades competentes hayan adoptado con respecto a un prestador y que guarden relación directa con la competencia o fiabilidad profesional del prestador, existiendo limitaciones, pues sólo se comunicará en el caso de que se trate de solicitudes debidamente motivadas y si existe una decisión definitiva. La solicitud y tramitación de la solicitud de información deberá hacerse conforme a la legislación del Estado al que se solicita dicha información, y respetando las normas sobre protección de los datos personales y los derechos garantizados a las personas condenadas o sancionadas en los respectivos estados miembros, incluso por colegios profesionales. La información que se publique al respecto deberá estar a disposición de los consumidores.

El buen funcionamiento de los mecanismos de simplificación y de cooperación puede llegar a revolucionar el tradicional funcionamiento de las administraciones públicas, siempre que todas ellas asuman con seriedad y responsabilidad las nuevas funciones de información, comunicación y control *a posteriori*, no sólo de oficio sino también a demanda de otros estados y la importancia de que fluyan correctamente las informaciones sobre los resultados y las medidas adoptadas. Sin embargo, lamentablemente, no parece que tales instrumentos puedan estar en funcionamiento de forma inmediata y aún cuando realmente algún día supondrán una revolucionaria modernización de las administraciones, los cambios previsiblemente van a ser más lentos de lo que sería deseable. Además en la propia directiva se utilizan expresiones demasiado flexibles para las administraciones, como «harán lo necesario», «facilitarán lo antes posible» y ello puede dar demasiado margen y laxitud a las administraciones nacionales para poner en funcionamiento una cooperación efectiva.

Algunas disposiciones prevén una futura acción armonizadora, por ejemplo en relación al acceso a la actividad de cobro de deudas por vía judicial y los servicios de seguridad privada y de transporte de fondos y objetos de valor. También en materia de simplificación administrativa se faculta a la Comisión para «establecer formularios armonizados a escala comunitaria referentes a certificados, acreditaciones y otros instrumentos requeridos para el establecimiento del prestador» (art. 5.2). Ello previsiblemente será una labor importante para los objetivos incluidos en la Directiva, pero su desarrollo, especialmente el buen funcionamiento de las obligaciones de cooperación administrativa, será progresivo<sup>76</sup>. De todas formas, antes de alcanzar tales objetivos de armonización a nivel europeo, los estados miembros deberían evitar el desmantelamiento de controles *ex ante* sin haber creado los pertinentes procedimientos y medidas para que los nuevos controles *ex post* resulten efectivos.

## 9. Consideraciones finales

---

<sup>76</sup> 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.

La DS constituye un instrumento cuyo principal objetivo es la liberalización de un amplio número de servicios, sin proceder a su previa armonización sectorial. Es decir, pretende impulsar la apertura y la libre competencia transfronteriza en sectores tradicionalmente sujetos a muchas trabas, en forma de trámites y requisitos procedimentales y sustantivos, mediante la obligación de eliminar una serie de obstáculos que se consideran como desincentivadores del libre establecimiento y de la prestación de servicios por parte de operadores establecidos en otros estados miembros. Ciertamente en la pervivencia de muchas trabas ha influido tanto ciertas tendencias de tipo proteccionista, como una cultura que todavía no ha logrado superar la falta de confianza de cada Estado miembro en el ordenamiento jurídico y en el funcionamiento de los instrumentos de control por parte de las administraciones públicas de los demás estados miembros, pero dicha confianza debe demostrarse y la desregulación que puede generar la DS conlleva el peligro de que pueda ser aprovechada de forma fraudulenta por algunos operadores económicos.

En realidad, los estados miembros mantienen ciertas competencias para poder definir el alcance de dicha liberalización, especialmente en el ámbito de los servicios públicos, que se pueden prestar tanto a través de *servicios no económicos de interés general* como a través de *servicios económicos de interés general* y en el ámbito cubierto por las cláusulas de excepción. A tal fin, cada Estado miembro deberá determinar cuáles son los servicios que, en su territorio, se consideran servicios no económicos de interés general y cuáles quedan cubiertos por la noción de servicio económico de interés general, pudiendo mantener interpretaciones divergentes en la medida en que no exista una definición comunitaria de tales conceptos.

Dicha liberalización se está imponiendo en los ordenamientos internos de forma progresiva, no sólo en la fase de transposición de la DS, mediante la obligación de eliminar una serie de restricciones prohibidas y de verificar la justificación y proporcionalidad de gran número de medidas y trabas, sino también a través de los instrumentos de control y seguimiento por parte de las instituciones europeas previstos en la propia DS y, especialmente, a través de las futuras interpretaciones jurisprudenciales de disposiciones que mantienen un importante grado de ambigüedad, siendo uno de los cambios más relevantes el hecho de que las regulaciones internas sobre apertura y prestación de actividades económicas se han transformado claramente en un ámbito en el que el derecho de la Unión tiene ahora una incidencia directa.

Se trata de un instrumento de liberalización y de codificación de varios principios jurisprudenciales, incluyendo una cierta armonización de algunas prohibiciones y de algunas obligaciones generales. Pero sus efectos más inmediatos son principalmente de desregulación a través de un proceso de eliminación de trabas innecesarias o desproporcionadas, que afectan directamente los tradicionales instrumentos administrativos para el control preventivo del acceso y ejercicio de gran número de actividades económicas, sin que la propia DS fije los nuevos instrumentos de control *a priori* o *a posteriori* que deberían sustituir aquellos que deben ser eliminados. Algunas disposiciones prevén una futura acción armonizadora y ello puede completar el actual sistema diseñado, pero mientras tanto la tarea de redefinición de controles y procedimientos está en manos de los estados miembros, más allá de las obligaciones de información, transparencia y cooperación administrativa. Algunas medidas de control administrativo sólo podrán mantenerse en la medida que respeten los principios de no discriminación, respondan a un interés general justificado, sean necesarias para alcanzar dicho objetivo y sean proporcionales en relación al objetivo previsto. Pero dicho proceso de constatación no siempre resulta objetivo, pues más allá del criterio de discriminación que resulta bastante objetivable, los demás principios dejan margen para

interpretaciones muy diferentes y es previsible que surjan conflictos que deberán ser resueltos primero por los tribunales internos y en última instancia por el TJ, siendo especialmente delicada la aplicación del “test de proporcionalidad” que debe permitir alcanzar un equilibrio entre la apertura de los mercados y la preservación de los servicios públicos, de los servicios sociales y de los derechos de los consumidores, entre otros.

La normativa europea exige a los estados miembros que revisen sus regímenes administrativos vigentes, pero no explicita qué figuras jurídicas deben sustituir determinados controles, más allá de la obligación de poner en marcha nuevos mecanismos operativos de información y cooperación administrativa, tanto para facilitar el acceso y la realización de trámites (ventanillas únicas y procedimientos electrónicos), como para controlar la actuación de las empresas que operen en sus mercados. Se apuesta de forma general por los sistemas de control *a posteriori*, como la comunicación o la declaración responsable, mientras que las técnicas de control *a priori* se sitúan bajo sospecha de *restricción injustificada*, como las tradicionales autorizaciones o las licencias. Todo ello representa un enorme esfuerzo en medios humanos y materiales y un enorme coste económico, y debería plantearse desde un serio objetivo de modernización, eficacia y mejora de todas las estructuras administrativas y de sus relaciones con los administrados. Mientras tanto, es evidente que si se procede a eliminar los controles *ex ante* y no funcionan correctamente los controles *ex post* ello puede conllevar un riesgo de descontrol y disfunciones que puede perjudicar la calidad de los servicios y los derechos de los consumidores.