

15. Notas sobre la intervención administrativa sobre el comercio de servicios a partir de la Directiva *Bolkestein*

Julio V. González García (*)

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. CONSIDERACIONES PREVIAS SOBRE EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA BOLKESTEIN EN LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL COMERCIO DE SERVICIOS. PREVALENCIA DEL PRINCIPIO DE LEY DE ORIGEN SOBRE EL RECONOCIMIENTO MUTUO DE LEGISLACIONES.—III. SERVICIOS AFECTADOS POR EL MARCO GENERAL DE LA DIRECTIVA 200/123/CE.—IV. RÉGIMEN DE INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA EN LAS ACTIVIDADES DE SERVICIOS EXTERIORES: 1. *Principio general: liberalización de la prestación de servicios*. 2. *Marco de la ordenación administrativa sobre el comercio de servicios sin establecimiento*. 3. *La protección del interés general adoptando medidas complementarias a las del Estado de establecimiento del prestador de servicios*. 4. *Medidas extraordinarias en función de los prestadores de servicios para garantizar la seguridad del servicio*.—V. LOS DERECHOS DE LOS DESTINATARIOS DE LOS SERVICIOS.—VI. COMERCIO DE SERVICIOS Y SITUACIONES PURAMENTE INTERNAS.

I. Planteamiento

El Consejo Europeo de Lisboa de marzo de 2000 planteó un ambicioso programa de reformas cuya finalidad es que la economía europea impulse su competitividad a partir del conocimiento y se transforme en la más dinámica del mundo. Para ello, planteó una serie de objetivos en materia de servicios que pretendían resolver el bajo nivel de integración de este sector vital de la economía europea, lo cual contribuiría para mejorar la calidad de los servicios prestados, con el efecto colateral de aumento del crecimiento económico para toda la economía europea.

En aplicación de la denominada *Estrategia de Lisboa* es como ha de entenderse la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativo a los servicios en el mercado interior (Directiva de servicios, en adelante). Una Directiva de extraordinaria importancia, como se ha podido ver durante todo el proceso de elaboración y aprobación; que ha generado una gran polémica en Europa desde su primera versión aparecida en

(*) Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad Complutense de Madrid.

el año 2004, impulsada por Fritz Bolkestein, a la sazón Comisario Europeo para el Mercado Interior y al que debe su nombre coloquial. La magnitud de la polémica se manifestó en el resultado de la votación para su aprobación en el seno del Consejo —donde no cosechó la unanimidad¹— y, sobre todo, que conllevó un amplio movimiento social de repulsa —por las consecuencias que tiene sobre la Europa social²; en particular el impacto sobre el Derecho del trabajo y de la Seguridad Social y más concretamente en el *dumping* social, que se ejemplificaba en los derechos del *fontanero polaco*—. Este amplio movimiento de contestación a la Directiva que, incluso, se puede ubicar como una de las causas del no francés y holandés al Tratado constitucional europeo y que motivó que incluso el propio Consejo europeo impulsara desde su reunión de marzo de 2005 una revisión sobre el texto originario que mantuviera el modelo social europeo³. Sin lugar a dudas, ha sido una de la Directivas comunitarias que más debate ha provocado en la opinión pública europea.

La Directiva de servicios, por otra parte, no se puede separar de los movimientos habidos en el seno de la Organización Mundial del Comercio en el sentido de liberalizar el comercio de servicios; que condujeron a la elaboración del Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios suscrito en el Acta Final de la Ronda Uruguay⁴. Y desde luego, no es ajena al movimiento de liberalización y desregulación de las actividades económicas tanto en lo referente a la libertad de establecimiento como en la de la libre prestación de servicios, tal como tendremos ocasión de ver en las páginas siguientes.

Obviamente, aquí no se va a proceder a un análisis global de la Directiva de servicios, que se deja para una próxima ocasión, sino sólo de aquello que afecta al comercio *exterior*, lo que se configura básicamente como el régimen de la prestación de servicios fuera del país de establecimiento. Esto hace que,

¹ En la votación habida en el Consejo Europeo el Proyecto obtuvo la abstención de Bélgica y Lituania.

² Sobre el impacto que tiene la Directiva de servicios sobre la Europa social, véase el excelente estudio dirigido por U. B. NEERGAARD (ed.); R. NIELSEN (ed.); L. ROSEBERRY (ed.), *The Services Directive: Consequences for the Welfare State and the European Social Model*, København: Jurist- og Økonomforbundets Forlag, 2008.

³ En el § 22 las conclusiones de dicho Consejo se puede leer que: «Para fomentar el crecimiento y el empleo y para reforzar la competitividad, el mercado interior de los servicios deberá ser plenamente operativo y conservar, al mismo tiempo, el modelo social europeo. A la luz del debate en curso, que muestra que la redacción actual de la propuesta de directiva no responde plenamente a las exigencias, el Consejo Europeo solicita que se desplieguen todos los esfuerzos en el marco del proceso legislativo para lograr un amplio consenso que responda a estos objetivos en su conjunto. El Consejo Europeo advierte que unos servicios de interés económico general eficaces desempeñan un papel importante en una economía eficaz y dinámica».

⁴ Sobre el comercio de servicios en el marco de la OMC, véase M. LÓPEZ ESCUDERO, *El comercio internacional de servicios después de la ronda uruguay*, Tecnos, Madrid, 1996.

por ejemplo, no se analice la parte relevante a la libertad de establecimiento, en la medida en que con ello, el servicio se transforma en interior. La diferencia entre establecimiento y libre prestación de servicios puede tener algunos elementos de discusión en las situaciones límite, pero, en general, se parte del hecho de que no hay establecimiento cuando no hay una participación estable y continuada en la vida económica del país de prestación. Como ha señalado la jurisprudencia del TJCE, no es sólo un problema de duración de la actividad fuera del país de establecimiento, sino que cuentan asimismo la regularidad, periodicidad y continuación en las actividades ⁵ y que permitiría incluso disponer de una pequeña infraestructura temporal, tal como reconoce la propia Directiva.

Sí conviene indicar dos aspectos generales: por un lado, que la Directiva plantea problemas graves en cuanto a su aplicabilidad, como consecuencia de su falta de claridad, lo cual deriva de varias razones: i) en primer lugar, su ámbito de aplicación, donde surgirán dudas derivadas de los diversos regímenes de excepción que se han configurado; ii) en segundo lugar, que el propio texto no es especialmente claro, dependiendo en buena medida, además, de la interpretación y justificación de las medidas que se proporcione de los conceptos en cada uno de los Estados, en el marco de la norma de transposición; y iii) los problemas que se verán en relación con el valor de la jurisprudencia dictada sobre las razones imperiosas de interés general constituirán un elemento complementario de discusión en cada uno de los Estados sobre el alcance de las medidas propuestas por ellos.

En segundo lugar, hay que aprovechando su transposición, esta Directiva va a ser una norma de amplio impacto en la configuración de la intervención administrativa en la economía, tal como han señalado diversos dirigentes políticos europeos ⁶, comenzando por nuestro propio Presidente del Gobierno en reiteradas ocasiones. La Directiva aborda, en este sentido, cuestiones de simplificación administrativa, de ventanilla única, de cooperación interadministrativa que van a manifestar su impronta en algunos de los mecanismos tradicionales de intervención en las actividades económicas ⁷.

⁵ Véase, p. ej., STJCE Schnitzer, As. C-215/01.

⁶ Así, en el caso francés, en una Circular del Director del Gabinete del Primer Ministro, de 22.11.2007, se señalaba que la operación de transposición no «es sólo de naturaleza jurídica: al lado de otros frentes abierto por el Gobierno, constituye una oportunidad para simplificar los procedimientos, disminuir las cargas que pesan sobre las empresas, modernizar la economía y desarrollar el crecimiento económico y el empleo».

⁷ En esta dirección, véase T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, «Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior de servicios», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007, pp. 189 y ss.

II. Consideraciones previas sobre el impacto de la Directiva Bolkestein en la intervención administrativa en el comercio de servicios. Prevalencia del principio de ley de origen sobre el reconocimiento mutuo de legislaciones

Plantear una Directiva con el alcance de ésta se podría hacer de dos formas: configurándola como una norma de armonización del mercado interior —lo que, más allá de las notas desreguladoras, claramente no se ha hecho, como se verá con posterioridad— o configurarla como una norma de conflicto en la que se dan pautas para determinar cuál es el derecho aplicable a la prestación de servicios y cuál es la Administración pública prevalente para establecer el control de las actividades del prestador de los servicios; lo que constituye la orientación general de esta norma comunitaria.

Precisamente por ello, porque básicamente constituye una norma de conflicto, el impacto de la Directiva de servicios sobre la actividad de comercio de servicios varía dependiendo de cuál sea la consideración del Estado desde el que se realiza el análisis, si es el receptor de los mismos o el país en donde se encuentre el establecimiento del prestador. En la medida en que el sistema instaurado por la Directiva pretende potenciar la libre prestación de servicios en Estados diferentes a aquel donde está el origen del prestador; no se debe incorporar ningún elemento que pudiera considerar como restrictivo. Y ello partiendo de la consideración de que en el país de origen del suministrador del servicio se van a realizar controles suficientes para que haya un grado de intervención administrativa adecuado a la naturaleza de la actividad que se vaya a realizar, con independencia de que en cada ordenamiento el modelo será uno con diferencias sustanciales ya que puede ser de control previo —más común en los regímenes continentales— o de control *a posteriori* —más propio del régimen anglosajón—.

De este modo, al país de origen del servicio le obliga a disponer a sus nacionales a un grado suficiente de intervención administrativa para que sus servicios sean exportables a otros países. Y, en esta misma dirección, obligará a que disponga de información suficiente sobre los prestadores de servicios que sean accesibles en todos los países de la Unión, a través de los canales que se prevean. Dicho de otro modo, el esquema de prestación de servicios recogido en la Directiva parte, en un plano teórico, de la coexistencia de dos regímenes, uno para los operadores ya establecidos en el Estado y otro para los ubicados en un país diferente que quieren venir a prestar los servicios, que necesariamente habría de resultar más sencillo dado que tienen el control del país de origen. A ello se añadirá, aunque no es objeto de estas páginas, lo relativo a los requisitos para que se pueda producir el establecimiento en un tercer Estado.

En todo caso, no diferenciar entre el régimen de los operadores establecidos y aquellos que presten los servicios sin establecimiento permanente supondría, en el fondo, violentar el sentido de la directiva, en la medida en que es una norma de reconocimiento de legislación extranjera y de reconocimiento de las administraciones de otros países miembros, de tal manera que sus actuaciones tengan validez en cada uno de los países de la Unión a los efectos de los artículos 43 y 49 del Tratado. De hecho, todo el sistema de control por actos realizados en el país anfitrión pasan por su comunicación al país de establecimiento del prestador, con lo que resultaría conveniente, desde el planteamiento de la Directiva, esta dualidad de contenidos; precisamente en garantía del consumidor para que disponga de un nivel suficiente de protección. Y obviamente, esto obliga a que existan mecanismos de comunicación y de coordinación adecuados. En todo caso, posiblemente la respetabilidad en el resto de los países europeos sería inferior, fruto de que los controles previos han resultado inferiores.

Para el país receptor, la solución ha de ser diferente. Sólo se podrán incluir controles complementarios sobre la actividad si o bien no se han establecido en el país de origen o bien hay necesidades de interés general complementarias que así lo motivan; sin que resulte suficiente, a estos efectos, el de la consideración que se tenga del país de origen de la actividad, ya que esto sería un comportamiento prohibido a los Estados. Se me podría señalar que desde la primera versión de la Directiva hasta la actualidad se produjo alguna modificación de importancia que, precisamente, pretendía rebajar la aplicabilidad del principio de sometimiento a la Ley del país de origen del servicio ⁸. No obstante, creo que de la lectura del artículo 16, tal como tendremos ocasión de ver cuando se analice el régimen de las autorizaciones, se puede deducir que es más una operación de maquillaje que de neta modificación del régimen, ya que los parámetros generales permanecen inalterados.

Desde esta perspectiva, se trata de una Directiva que indirectamente favorece la libre prestación de servicios con origen en aquellos Estados con regímenes menos intervencionistas —en la medida en que ha de ser reconocido en el Estado que tenga la norma simétrica— y, además, es una Directiva con una alta exigencia de coordinación entre todos los países de la Unión. Y que

⁸ De hecho, se ha afirmado que «el abandono del principio del país de origen en beneficio del principio del país de acogida arruinaría la construcción europea. Por contra, el principio del país de origen puede tener una muerte bella si los Estados miembros de la Unión Europea se encuentran en condiciones de progresar hacia la armonización de sus respectivos ordenamientos». M. D. GARABOL-FURET, «Plaidoyer pour le principe du pays d'origine», *Revue du Marché Commun et de la Union Européenne*, núm. 495, p. 87.

indirectamente nos conducirá a la promulgación de normas armonizadoras de los distintos servicios —como ya se ha producido en algunos ámbitos— para que el marco de comparabilidad sea satisfactorio en todos los Estados; algo que, por otra parte, las diferentes culturas políticas y jurídicas lo van a hacer especialmente complejo si se quiere hacer con carácter general.

Esta dualidad es la consecuencia de que la Directiva de servicios no se puede considerar propiamente una norma armonizadora del mercado interior de servicios. Posiblemente resulte hasta razonable, teniendo en cuenta las distintas sensibilidades que existen en Europa en relación con la intervención en los servicios, unos los de régimen anglosajón sometidos a control *a posteriori*, mientras que los de sistema continental sometidos a mecanismos de intervención administrativa previa. Y, en el contexto europeo parece que se puede afirmar que el sistema prima el modelo inspirado en el régimen anglosajón, teniendo en cuenta el efecto competitivo que tiene, régimen que parte de la intervención *a posteriori*.

Que la Directiva de servicios no tiene un valor armonizador es una conclusión que se extrae fácilmente de su contenido. No hay más que disposiciones que potencian el valor del Derecho del país de origen del servicio ⁹ y que limitan la incorporación de nuevas intervenciones en el país de destino, de acuerdo con lo que se verá con posterioridad. De hecho, con la desregulación —manifestada en la ausencia de ordenación del sector— no se elimina la discordancia entre las regulaciones de los diversos Estados. Pero incluso con el valor, que se proporciona a la ley del país de origen se podría haber armonizado, como prueban otras directivas de sectores especiales, alguna de ellas citadas en la propia Directiva de servicios. Es, por tanto, la desreguladora una opción consciente y voluntaria del legislador comunitario.

De hecho las normas sobre armonización de determinados sectores, que sí existen, son las que marcan el límite de aplicación de esta Directiva, que, como veremos luego tiene bastantes excepciones. Posiblemente, la armonización global del sector servicios no resulta factible teniendo en cuenta su carácter de *Directiva omnibus*, que tiene una finalidad de aplicarse allá donde no exista norma especial. En esas condiciones, casi imposible es armonizar y hay que buscar una regla diferente.

Pero, al mismo tiempo, con ello, de forma indirecta se está fomentando la desregulación de los servicios afectados por su ámbito de aplicación. Porque,

⁹ Incluso el propio Senado francés, aprobó el 23 de marzo de 2005 una moción por la que se reclamaba «el abandono de la regla del país de origen, en la medida en que no existe armonización».

evidentemente, el establecimiento tendrá un mayor aliciente en aquellos lugares en los que el ordenamiento resulte más flexible. De hecho, no es más que una vertiente de la competencia de ordenamientos jurídicos ¹⁰, que hace que los requisitos vayan evolucionando con la pretensión de hacer más atractivo el Derecho, en una tendencia que parece no tener fin —a pesar de las nefastas consecuencias que en algunos ámbitos está teniendo— y que, como en el *Bo-lero* de Ravel, obliga a reiniciar la búsqueda del atractivo económico del ordenamiento para atraer a los operadores económicos a establecerse transformándose, de este modo, en ley que rige la prestación del servicio en todo el ámbito europeo por parte de ese proveedor. Se trata, en definitiva de un conflicto entre el derecho de los operadores en el marco del Tratado —y ahora, de forma extendida, de la Directiva— y abuso de este derecho a la libre prestación de servicios en detrimento del interés general que en este momento sobre el cual se está planteando algún debate en ciertos ámbitos, teniendo en cuenta la perspectiva desreguladora de la Directiva, que limita alguna de las cautelas que se podían introducir por parte de los Estados, sobre todo cuando el país de origen no ofrecía un marco de protección suficiente de este interés general ¹¹.

El Proyecto de Ley española de transposición de la Directiva de servicios ¹² es la prueba palmaria de lo que se está señalando, en la medida en que aplica un régimen similar a operadores nacionales y extranjeros, en cuanto a los requisitos de acceso al mercado. No obstante, siempre cabe la duda de si los servicios prestados en ordenamientos con tales naturaleza serán aceptados de forma indiscriminada en otros lugares, sobre todo en aquellos que provienen de una tradición de intervención administrativa previa. Más aún, conviene recordar que el artículo 5 de la Directiva impone una obligación —que pesa tanto sobre establecimiento como sobre libre prestación de servicios— en virtud de la cual «los Estados miembros verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. Cuando los procedimientos y formalidades estudiados de conformidad con este apartado no sean lo suficientemente simples, los Estados miembros los simplificarán».

¹⁰ Véase mi estudio «Globalización económica, administraciones públicas y derecho administrativo: presupuestos de una relación», *Revista de Administración Pública*, núm. 164, mayo-agosto 2004, pp. 7 y ss.

¹¹ Véase, en este sentido, G. DAVIES, «The services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration», *European Law Review*, núm. 32, 2007, en particular, pp. 237 y ss.

¹² Se trata del Proyecto de Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios.

III. Servicios afectados por el marco general de la Directiva 200/123/CE

Cuando se examina el régimen que está contemplado en la Directiva se observará que ciertamente no se va a aplicar a todas las actividades de servicios, dado que se contienen numerosas excepciones de aplicación tanto generales de la Directiva como particulares del régimen de libre prestación de servicios. Incluso se podría decir que parece una Directiva pensada en las pequeñas y medianas empresas cuya actividad esté poco especializada. Vayamos por partes.

De entrada, el servicio es una actividad residual en el marco del artículo 50 del Tratado: son «servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas». Es ésta la fórmula que en el marco de la Directiva también se ha de aplicar, ya que se considera servicio, «cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado (art. 4.1)». Por ello, lo relevante es el aspecto económico de la cuestión, que no se realice una actividad de forma gratuita, sino que se cobre un precio por parte del prestador al receptor de la actividad. Lo cual, como ha señalado el Tribunal de Justicia, no tiene nada que ver con los beneficios económicos que se obtengan ¹³, ya que lo relevante es la percepción de una contraprestación económica. Es precisamente este dato el que abre la aplicación de la libertad comunitaria recogida en el artículo 49 del Tratado. Con ello indirectamente se están excluyendo del ámbito de aplicación todos aquellos servicios prestados en condición de gratuidad por el Estado, que lo financia.

Con el enunciado del artículo 4.1, una de las consecuencias de mayor importancia se está de su ámbito de aplicación excluyendo su aplicación a los bienes, lo que tiene relevancia en la medida en que todas las licencias para la producción quedarían fuera del ámbito de aplicación de la directiva. Ciertamente, la diferenciación entre bien y servicio tiene puntos que no resultan claros, como se puede ver fácilmente en la jurisprudencia del TJCE; pero en todo caso, servicios anejos a los de producción de bienes sí que entrarían dentro de su ámbito. En este sentido, conviene recordar que se han definido los bienes como aquellos productos que «pueden ser valorados en dinero y que son capaces, en cuanto tales, de ser objeto de transacciones comerciales» ¹⁴.

¹³ Véase, entre otras las SSTJCE de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms, C-157/99 y de 18 de diciembre de 2007, C-281/06, Jundt.

¹⁴ Comisión c. Italia, As. 7/1968.

En todo caso, dentro de los servicios, la Directiva no se aplica a todas aquellas actividades que están referenciadas, algunas de las cuales disponen de normativa específica, que se habrá de respetar en todo caso. Concretamente, caen fuera de su ámbito de aplicación:

- «a) los servicios no económicos de interés general;
- b) los servicios financieros, como los bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión, incluidos los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE;
- c) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE y 2002/58/CE;
- d) los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios, que entren dentro del ámbito de aplicación del Título V del Tratado;
- e) los servicios de las empresas de trabajo temporal;
- f) los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado;
- g) los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión, y la radiodifusión;
- h) las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas;
- i) las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado;
- j) los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado;
- k) los servicios de seguridad privados;
- l) los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración».

Éstas son las restricciones generales a las que habrá que añadir las complementarias para la libre prestación de servicios que contempla el artículo 17, las

cuales están hechas con una deficiente técnica jurídica, ya que hay duplicidades. En todo caso, son las 15 excepciones siguientes: 1) a los servicios de interés económico general que se presten en otro Estado miembro, a saber, entre otros: a) los servicios postales a los que se refiere la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio; b) los servicios del sector eléctrico a que se refiere la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad; c) los servicios del sector del gas a que se refiere la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural; d) los servicios de distribución y suministro de agua y los servicios de aguas residuales; e) el tratamiento de residuos; 2) a las materias que abarca la Directiva 96/71/CE; 3) a las materias a las que se refiere la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; 4) a las materias a las que se refiere la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados; 5) a las actividades de cobro de deudas por vía judicial; 6) a las materias a las que se refiere el Título II de la Directiva 2005/36/CE, incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se reserva una actividad a una determinada profesión; 7) a las materias a las que se refiere el Reglamento (CEE) n.º 1408/71; 8) en relación con los trámites administrativos relativos a la libre circulación de personas y su residencia, a las materias reguladas por la Directiva 2004/38/CE, en la que se establecen los trámites administrativos de las autoridades competentes del Estado miembro en el que se presta el servicio que son de obligatorio cumplimiento por parte de los beneficiarios; 9) en relación con los nacionales de terceros países que se desplazan a otro Estado miembro en el contexto de la prestación de un servicio, a la posibilidad de los Estados miembros de imponer la obligación de visado o de permiso de residencia a los nacionales de terceros países que no disfruten del régimen de equivalencia mutua previsto en el artículo 21 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, o a la de imponer a los nacionales de terceros países la obligación de presentarse a las autoridades competentes del Estado miembro en el que se presta el servicio en el momento de su entrada o posteriormente; 10) por lo que se refiere al transporte de residuos, a los asuntos cubiertos por el Reglamento (CEE)

n.º 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea; 11) a los derechos de autor y derechos afines, los derechos contemplados en la Directiva 87/54/CEE del Consejo, de 16 de diciembre de 1986, sobre la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores y en la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, y los derechos de propiedad industrial; 12) a los actos para los que se exija por ley la intervención de un notario; 13) a los asuntos cubiertos por la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas; 14) a la matriculación de vehículos objeto de un arrendamiento financiero en otro Estado miembro; 15) a las disposiciones aplicables a las obligaciones contractuales y extracontractuales, incluida la forma de los contratos, determinadas de conformidad con las normas del Derecho internacional privado.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, incluso podría resultar legítimo plantearnos a qué tipo de actividades se va a aplicar, ya que son amplias las exclusiones expresas, además de las vinculadas a la producción de bienes, como quedó constancia con anterioridad ¹⁵. Conviene añadir un dato que limita aún más el efecto de la directiva: la mayor parte de los asuntos conflictivos que ha tenido el TJCE en los últimos años han quedado fuera de su ámbito de aplicación y seguirán regidos, en su mayor parte por las propias disposiciones del tratado, como sucede con los juegos de azar o los servicios sanitarios.

¹⁵ La Directiva nos hace un recordatorio de actividades que sí quedarán sometidas a su aplicación, que demuestra su conexión con las PYMES: El párrafo 33 dispone en este sentido que «el concepto de “servicio” incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución; entre ellas se cuentan las siguientes: servicios destinados a las empresas, como los servicios de asesoramiento sobre gestión, servicios de certificación y de ensayo, de mantenimiento, de mantenimiento de oficinas, servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal o los servicios de agentes comerciales. El concepto de servicio incluye también los servicios destinados tanto a las empresas como a los consumidores, como los servicios de asesoramiento jurídico o fiscal, los servicios relacionados con los inmuebles, como las agencias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos, la distribución, la organización de ferias o el alquiler de vehículos y las agencias de viajes. Los servicios destinados a los consumidores quedan también incluidos, como los relacionados con el turismo, incluidos los guías turísticos, los servicios recreativos, los centros deportivos y los parques de atracciones, y, en la medida en que no estén excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, los servicios a domicilio, como la ayuda a las personas de edad. Estas actividades pueden constituir al mismo tiempo servicios que requieren una proximidad entre prestador y destinatario, servicios que implican un desplazamiento del destinatario o del prestador y servicios que se pueden prestar a distancia, incluso a través de internet».

En todo caso, lo que sí parece claro es que con el listado de los artículos 16 y 17 se cercena toda posibilidad de que los Estado configuren nuevos sectores en los que se contengan restricciones a la libertad de prestación de servicios y que, como mucho, lo que podrán realizar será delimitar este derecho de los operadores, aunque, como veremos inmediatamente, es una posibilidad que también está bastante limitada en la Directiva. Y que, evidentemente, lo que sí se podrán producir será modificaciones sobre estas actividades siempre que provengan desde el propio Derecho comunitario, en la medida en que la Directiva de servicios es residual, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3.1 en donde se afirma que en el caso de conflicto con otros marcos regulatorios serán aquellos los que se apliquen.

Ésta es una directiva que, según expone de forma expresa el artículo 2.3, «no se aplicará a la fiscalidad» de las actividades de servicios. Posiblemente, resulte razonable la exclusión de todos aquellos elementos fiscales —teniendo en cuenta las limitadísimas competencias comunitarias en esta materia— aunque, ciertamente, la introducción de nuevas licencias fiscales puede ser el instrumento a través del cual se recuperen mecanismos de intervención administrativa que la Directiva ha pretendido eliminar. Y, en este sentido, nuestro ordenamiento puede recorrer el camino diferente al seguido hace veinticinco años, aproximadamente, de supresión de las licencias fiscales. En todo caso, la no aplicación a problemas fiscales debe resultar matizada, por la propia jurisprudencia del TJCE. Las normas tributarias no provocan distorsiones a la libre circulación de servicios, siempre que no coloquen al operador foráneo en una posición peor que al operador nacional ¹⁶.

Por último, conviene recordar que no todos los servicios que se encuentren de forma objetiva incluidos en la Directiva van a quedar sometidos a su régimen. De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 4.2, en relación con el 3, el prestador del servicio no sólo ha de estar establecido en un país de la Unión, sino que, además, ha de tener, si se trata de una persona física, «la nacionalidad de un Estado miembro o cualquier persona jurídica de las contempladas en el artículo 48 del Tratado y establecida en un Estado miembro, que ofrezca o preste un servicio». Con ello, no se aplica a las personas físicas extranjeras, por lo que respecta a las jurídicas, han de estar constituidas de acuerdo con el régimen del país de origen.

¹⁶ En la Sentencia Mobistar, se señala al respecto que el artículo 49 del Tratado «debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una normativa de una autoridad nacional o de una corporación local establezca un impuesto sobre las infraestructuras de comunicaciones móviles y personales que se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros y que afecte del mismo modo a la prestación de servicios interna de un Estado miembro y a la prestación de servicios entre Estados miembros».

IV. Régimen de intervención administrativa en las actividades de servicios exteriores

1. Principio general: liberalización de la prestación de servicios

El régimen que contempla la Directiva pretende la liberalización de las actividades de servicios sometidas a ella, en el doble sentido de acceso al mercado y ejercicio de las actividades que pretendía el operador, recogiendo lo dispuesto en el artículo 49 del Tratado: «En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación». Esto supone, desde la perspectiva del Estado de establecimiento que no se puede limitar el ejercicio de actividades fuera de sus fronteras y que, desde la perspectiva del país de prestación, que tampoco se puede coartar esta libertad comunitaria.

Para lo cual, a lo largo de su articulado se establece un doble régimen de restricción para la imposición de requerimientos administrativos para el inicio de las actividades y, en segundo lugar, para la configuración de los títulos en el caso de que resulte factible su incorporación. La idea es que sólo en casos a los que la directiva ha proporcionado un marchamo de excepcionalidad se podrán limitar el ejercicio de las actividades de servicios. Pese a que este régimen pudiera ser el corolario del artículo 49 antes reseñado, no podemos olvidar que en su aplicación, el TJCE ha ido configurando una jurisprudencia que permite ciertas restricciones a la libre prestación de servicios, siempre que existan ciertas razones de interés general que justifiquen el comportamiento del Estado. Es en esta dialéctica en la que nos tendremos que mover para proporcionar una interpretación adecuada al Tratado y, por ende, a la Directiva.

El principio recogido en el Tratado también admite diversas lecturas, en función de cuál sea la intervención propuesta. Y aquí, de entrada, se ha de tener presente que el régimen de intervención administrativa se aplica a todas las modalidades de exigencias, sean del tipo que sean, incluso las más nimias de registro previo para el conocimiento administrativo. Concretamente, están sometidas a este régimen: «cualquier obligación, prohibición, condición o límite previstos en las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros o derivados de la jurisprudencia, de las prácticas administrativas, de las normas de los colegios profesionales o de las normas colectivas de asociaciones o de organismos profesionales y adoptados en ejercicio de su autonomía jurídica» (art. 4.7). Sólo quedarían fuera las derivadas de convenios

colectivos negociados con los interlocutores sociales ¹⁷. A partir de aquí se abre una dualidad de regímenes, uno que afecta al establecimiento de prestadores de servicios, esto es, instalando un establecimiento permanente, y un segundo que afecta sólo a la prestación de servicios sin esta instalación permanente. Desde la perspectiva del comercio exterior es sólo este último aspecto el que propiamente entra dentro del ámbito de este volumen y por ello a él me referiré; dejando la explicación global de la Directiva para otra ocasión.

El derecho que tienen los prestadores de servicios está recogido de la forma más amplia en el artículo 16.1 de la Directiva: «Los Estados miembros respetarán el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos. El Estado miembro en que se preste el servicio asegurará la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio», quedando fuera de la prohibición todo aquello que no se vincule directamente a la actividad de servicios, tal como clarifica el considerando 9 de la Directiva ¹⁸. Todo lo cual, en principio, sometido a la norma del país de origen del proveedor del servicio, de tal manera que sólo si está debidamente justificado se podrá imponer el sometimiento a normas del país de prestación, partiendo de una sucesión de reglas. Esta duplicidad de reglas es consecuencia del proceso de adopción de la Directiva Bolkestein, como un intento de mitigar la mera aplicación del principio del país de origen del servicio, ante las críticas que se habían planteado.

¹⁷ Véase la STJCE de 3 de abril de 2008, As. C-346/06 Dirk Rüffert, en calidad de administrador judicial de Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG, contra Land Niedersachsen, en donde se analiza un problema vinculado al ámbito territorial de los convenios y las obligaciones impuestas a los adjudicatarios de un contrato de obra pública, afirmándose que es «como ha señalado el Abogado General en el punto 103 de sus conclusiones, al obligar a los adjudicatarios de contratos públicos de obras y, de manera indirecta, a sus subcontratistas a aplicar la retribución mínima prevista en el convenio colectivo “Edificios y obras públicas”, una norma como la Ley del Land puede imponer a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro, en el que los salarios mínimos sean inferiores, una carga económica adicional que puede impedir, obstaculizar o hacer menos interesante la ejecución de sus prestaciones en el Estado miembro de acogida. Por lo tanto, una medida como la controvertida en el asunto principal puede constituir una restricción en el sentido del artículo 49 CE».

¹⁸ Concretamente, el considerando 9 de la Directiva afirma que: «La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada».

Por ello, se parte del hecho de que en el país de prestación del servicio se van a imponer sólo los requisitos que resulten razonables. No obstante, si examinan con un poco de cuidado la primera y la última versión del artículo 16 veríamos que la diferencia es de matiz, del énfasis que uno y otro precepto ponen en la limitación del sometimiento a disposiciones propias. Pero, en todo caso, ello no quita para que el principio siga estando recogido de forma nítida en la Directiva, en el sentido del sometimiento de la actividad a las reglas del país de origen. Así, el artículo 29 determina que es este Estado el que proporcionará información sobre la legitimidad del proveedor, o el artículo 32, que impone a este Estado la activación del procedimiento de alerta ante comportamientos ilícitos.

2. Marco de la ordenación administrativa sobre el comercio de servicios sin establecimiento

Lo anterior no supone que no se pueda establecer un régimen de intervención y regulación administrativa de las actividades de servicios, siempre que no altere la sustancia del régimen general. En este sentido, las posibilidades de intervención están delimitadas de forma positiva y negativa: desde el primer punto de vista, se contienen los elementos que resultan exigibles a todas la regulación administrativa, lo que se vertebra sobre los principios de proporcionalidad, no discriminación y necesidad y que, como veremos supone la incorporación de pautas regulatorias habituales en los regímenes anglosajones, en los que el control se realiza *a posteriori*, a partir de elementos de protección de los consumidores. Desde la segunda perspectiva, hay determinados elementos que no pueden aparecer en la norma nacional ya que se consideran contrarios al mercado interior.

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16.1, las medidas que se adopten han de ser *no discriminatorias*. El propio precepto concreta el ámbito de la no discriminación a la derivada de la nacionalidad ya sea de personas físicas o jurídicas: «el requisito no podrá ser directa o indirectamente discriminatorio por razón de la nacionalidad o, en el caso de las personas jurídicas, por razón del Estado miembro en que estén establecidas». Con ello, teniendo en cuenta las diferencias que hay dentro de la Unión, se quiere eliminar la voluntad de delimitar qué Estados son más o menos honorables en cuanto a su empresas de servicios, con lo que se recoge la doctrina derivada de la Sentencia Hedley Lomas de 1996 ¹⁹. Todo lo anterior ha de ser entendido, obviamente, entre

¹⁹ En dicha resolución se afirma sobre la confianza interadministrativa, propia del mercado interior, que «los Estados miembros deben mostrarse una confianza mutua en lo que res-

ciudadanos comunitarios, tal como se señaló con anterioridad, ya que los ciudadanos de terceros países no disponen del derecho a la libre prestación de servicios en el territorio de la Unión.

El segundo requisito resulta más complejo: *necesidad*. La necesidad es entendida como justificación en virtud de los siguientes motivos: «el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente». Lo cual se complementa, en el apartado tercero, cuando dispone que: «las presentes disposiciones no impedirán que el Estado miembro al que se desplace el prestador imponga, con respecto a la prestación de una actividad de servicios, requisitos que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente y en conformidad con el apartado 1. Tampoco impedirán que el Estado miembro aplique, de conformidad con el Derecho comunitario, sus disposiciones en materia de condiciones de empleo, incluidas las establecidas por convenios colectivos»²⁰. Sobre los motivos que sirven para justificar una medida de ordenación de la libre prestación de servicios volveré con posterioridad, ya que es uno de los problemas más relevantes que tienen los aspectos relativos a esta parte de la Directiva de servicios.

En todo caso, con la ordenación que se acaba de reseñar, se está exigiendo un grado inferior de justificación de la medida delimitadora en el nivel de la mera prestación de servicios que en el ámbito de la libertad de establecimiento, recogida en los artículos 9 y siguientes; siendo en consecuencia el regulador del prestador de servicios su Estado de origen, como se ha señalado reiteradamente. No obstante, conviene resaltar un dato: éstas son las únicas medidas que justificarían la restricción a la libre prestación de servicios, a diferencia de lo que ocurre con la libertad de establecimiento en donde está recogido, por ejemplo, los aspectos relativos a la protección del interés general, que obviamente dan un campo mucho más amplio de interpretación, como reconoce la propia exposición de motivos de la Directiva y ha recogido la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

pecta a los controles efectuados en sus respectivos territorios. (...) Un estado miembro no puede sentirse autorizado para adoptar unilateralmente medidas correctoras o de defensa para prevenirse contra un posible incumplimiento, por parte de otro Estado miembro, de las normas del Derecho comunitario».

²⁰ No debe sorprender la ausencia de la protección de los consumidores, en la medida en que la propia Directiva reconoce que con la abundancia legislativa que hay en este ámbito resultaría superfluo incluir nuevos requerimientos y que, en consecuencia, los consumidores estarán suficientemente protegidos, con independencia del país en el que se encuentren.

El tercer requisito es el de la *proporcionalidad* de la medida que ha impuesto el Estado. Proporcionalidad que se entiende, de acuerdo como que «el requisito deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo». Es un precepto que está en línea con lo que está exigiendo la jurisprudencia del TJCE que «tiende a estructurar en dos escalones: el test de adecuación y el test de necesidad. además, el control se centra en el carácter *indispensable* de la medida nacional a la hora de restringir una libertad comunitaria, lo que lleva al Tribunal a realizar una interpretación restrictiva de las excepciones, en línea con la jurisprudencia en materia de derechos fundamentales y las excepciones a éstos». No obstante, continua afirmando SARMIENTO, «el análisis preponderante en la jurisprudencia del TJCE es el juicio de necesidad, que el propio Tribunal no duda en definir como *la medida menos restrictiva*. La argumentación del Alto intérprete dice lo siguiente: si un Estado miembro considera que se debe excepcionar una libertad comunitaria en aras de las excepciones expresas o una exigencia imperativa, deberá mostrarse que tal derogación es la medida menos restrictiva de todas las que podía adoptar el Estado» ²¹.

Conviene recordar, en ese sentido que no basta con plantear una medida de esta naturaleza sino que ésta ha de resultar motivada. Motivación que se extiende a todas las impuestas con anterioridad, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 39.5, en virtud del cual «a más tardar el 28 de diciembre de 2009, los Estados miembros presentarán un informe a la Comisión sobre los requisitos nacionales cuya aplicación quede cubierta por el artículo 16, apartado 1, tercer párrafo, y por el artículo 16, apartado 3, primera frase, y expondrán los motivos por los que consideran que la aplicación de esos requisitos cumple los criterios del artículo 16, apartado 1, tercer párrafo, y del artículo 16, apartado 3, primera frase». Comunicación que tendrá el doble objetivo de su remisión a los restantes Estados miembros y de su análisis y comentario por parte de la Comisión de forma anual.

Como se ha señalado con anterioridad, este régimen general no ampara en ningún caso las medidas que están previstas en el artículo 16.2 que, en ningún caso, se entenderán ajustadas al ordenamiento comunitario:

a) Imponer la obligación de que el prestador esté establecido en el territorio nacional ²², lo cual constituye la medida más burda para la restricción de

²¹ D. SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, *El control de proporcionalidad de la actividad administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 642 y 643.

²² Medida que proviene de la STJCE, de 29 de noviembre de 2007, en el As. C-393/05, Comisión c. Austria.

la prestación transfronteriza de servicios, aunque se haya utilizado en algún supuesto en nuestro país.

b) Exigir el requisito de que el prestador obtenga una autorización concedida por las autoridades competentes nacionales ²³, incluida la inscripción en un registro ²⁴ o en un colegio o asociación profesional que exista en el territorio nacional, salvo en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de Derecho comunitario, tal como ocurriría con la Directiva de reconocimiento de cualificaciones profesionales, por ejemplo. Es una previsión que acerca el régimen de intervención administrativa a los regímenes anglosajones y que había calado con anterioridad en la jurisprudencia del TJCE, del que procede. En este sentido el Tribunal ha declarado que no es una medida proporcionada salvo que se pruebe que el acto de control *a posteriori* no va a conseguir un resultado similar.

c) Imponer la prohibición de que el prestador se procure en el territorio nacional cierta forma o tipo de infraestructura, incluida una oficina o un gabinete, necesaria para llevar a cabo las correspondientes prestaciones. Evidentemente es un derecho del operador, pero que no se puede imponer de forma obligatoria, ya que si se hiciera la libre prestación de servicios requeriría en todo caso disponer de un establecimiento.

d) Aplicación de un régimen contractual particular entre el prestador y el destinatario que impida o limite la prestación de servicios con carácter independiente ²⁵.

e) Obligación de que el prestador posea un documento de identidad específico para el ejercicio de una actividad de servicios, expedido por las autoridades competentes.

f) Requisitos sobre el uso de equipos y material que forman parte integrante de la prestación de servicios, con excepción de los necesarios para la salud y la seguridad en el trabajo, con independencia de que estos instrumentos estén normalizados. Precisamente es uno de los elementos que más puede contravenir la libre prestación de servicios, tal como declaró el TJCE en la sentencia de Canal Satélite Digital a la que el Gobierno obligó en 1997 a utilizar un determinado tipo de decodificador ²⁶.

²³ Asunto ANALIR, STJCE 20.2.2001, As. C-205/99.

²⁴ Asunto Corsten, STJCE 3.10.2000, As. C-58/98.

²⁵ STJCE As. C-255/04, Comisión c. Francia, en relación con la normativa francesa de artistas.

²⁶ STJCE de 22.1.2003, As. C-390/99, Canal Satélite.

g) Las restricciones de la libre circulación de servicios contempladas en el artículo 19.

3. *La protección del interés general adoptando medidas complementarias a las del Estado de establecimiento del prestador de servicios*

Obviamente, el marco general de estas medidas están vinculadas a la propia prestación de los servicios. El problema radica en que toda actividad de servicios afecta a otros ámbitos del interés general ²⁷ que en condiciones normales requiere un cierto grado de intervención administrativa. Intervención que está recogida en el artículo 16.2 de la Directiva cuando acepta que «las presentes disposiciones no impedirán que el Estado miembro al que se desplace el prestador imponga, con respecto a la prestación de una actividad de servicios, requisitos que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente y en conformidad con el apartado 1. Tampoco impedirán que el Estado miembro aplique, de conformidad con el Derecho comunitario, sus disposiciones en materia de condiciones de empleo, incluidas las establecidas por convenios colectivos».

Complementando lo dispuesto en el precepto, el orden público ha de entenderse como una amenaza real y grave a intereses fundamentales de la sociedad, lo que elude la aplicación de la noción de orden público interno. Y, de hecho, el TJCE ha sido especialmente restrictivo a la hora de admitir este criterio para justificar restricciones en las libertades comunitarias. La seguridad pública tiene puntos evidentes de conexión con la anterior y ha de entenderse amenazas graves a la sociedad, los que han de ser interpretados de forma también estricta ²⁸. La salud pública no ha encontrado definición en las Sentencias del TJCE, aunque en los casos en los que se ha aplicado también se ha hecho referencia a las amenazas graves y reales. Y, por último, la protección del medio ambiente está muy vinculada a los elementos nocivos y al lugar en donde se van a utilizar; aunque con empleo proporcionado de los mecanismos. No obstante, conviene recordar que la reglamentación del país de origen puede ser un elemento que exija la aplicación de mecanismos de control complementarios, cuando se entienda que la ley del país no proporciona un suficiente nivel de protección.

²⁷ Sobre la protección del interés general en el comercio de servicios, puede verse A. SEGURA SERRANO, *El interés general y el comercio de servicios*, Tecnos, Madrid, 2003.

²⁸ En Bouchereau se habló por el Tribunal de Justicia de «genuina y suficientemente seria amenaza que afectara a uno de los intereses fundamentales de la sociedad», As. 30-1977.

El problema que plantea la directiva es que; pese a constituir una norma que, en otros ámbitos es recopilatoria de la doctrina del TJCE, en este punto concreto es bastante más estricta de lo que es el Tratado y de lo que ha venido siendo la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de razones imperiosas de interés general. La doctrina de las razones imperiosas de interés general, como es conocido, proviene de las Sentencias de 25 de julio de 1991 y en ellas el Tribunal afirma que «habida cuenta de la naturaleza particular de determinadas prestaciones de servicios, no pueden considerarse incompatibles con el Tratado requisitos específicos impuestos al prestador, motivados por la aplicación de las normas que regulen dichas actividades. Sin embargo, la libre prestación de servicios, en tanto que principio fundamental del Tratado, únicamente podrá restringirse mediante regulaciones justificadas por el interés general y que se apliquen a toda persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado destinatario, en la medida en que dicho interés no se halle salvaguardado ya por normas a las que el prestador está sujeto en el Estado en donde se encuentra establecido. En concreto, dichas exigencias deberán ser objetivamente necesarias para garantizar la observancia de las normas profesionales y para asegurar la protección del destinatario de los servicios y no deben excederse de lo necesario para alcanzar estos objetivos»²⁹. Frente a la rigidez de la Directiva, el planteamiento que tiene la ventaja añadida de que los ámbitos de la intervención económica en los que se admitirán o rechazarán derivará de la apreciación de los intereses en presencia en función de las circunstancias de cada caso concreto, lo que permite integrar los elementos derivados del Estado y del momento en que vayan a incorporar.

En aplicación de esta doctrina de las razones imperiosas de interés general, desde 1991 se han admitido por parte de la jurisprudencia del TJCE intervenciones administrativas en ámbitos económicos que no están ni lejanamente contempladas en el artículo 16.3: así, sin pretensión agotadora, se pueden citar el mantenimiento del orden social y de una política social legítima³⁰, la buena Administración de justicia³¹; la protección de los consumidores³², la estabilidad financiera del sistema de seguridad social³³ o incluso la protección cultural³⁴. Se trata, como ya se ha dicho, de una lista orientativa, que se podría ampliar con otros ámbitos de la vida económica, tal como hace el § 40 de la Directiva; ámbitos que sin embargo no están recogidos con posterioridad en

²⁹ STJCE Säger.

³⁰ STJCE Schindler.

³¹ STJCE Reisebüro Broede.

³² STJCE ARD 28.10.1999; As.C-6/98.

³³ STJCE de 16 de mayo de 2006, Watts, As. C-372/04.

³⁴ STJCE Mediawet.

el articulado de la Directiva y que, en principio, quedarían fuera las posibilidades de intervención desde el momento en el que entre en vigor la Directiva, ya que de forma clara y terminante los ha reducido a los cuatro siguientes: «orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente», siempre y cuando cumplan con los requisitos de carácter general que recoge la directiva sobre el modo de configurar estas reglamentaciones delimitadoras del derecho a la libre prestación de servicios. Desde este punto de vista, la Directiva reduce los ámbitos que ha señalado de forma reiterada la jurisprudencia del TJCE ³⁵.

En este sentido, se ha afirmado que «de este hecho, se puede constatar que las restricciones a la libre circulación serán más difíciles de imponer, ya que la justificación por las razones imperiosas de interés general ha sido sustancialmente reducida. no queda más que justificarlo por uno de los cuatro motivos citados por la directiva» ³⁶. Y, de hecho, la propia pretensión de las autoridades comunitarias es que la redacción proporcionada al artículo 16.3 «excluye así que los Estados miembros puedan invocar otros objetivos de interés general» ³⁷. Ciertamente, se puede argumentar que constituye una lectura muy favorable al ejercicio de las libertades comunitarias y, por ello una primera aproximación no puede sino ser positiva, sobre todo teniendo presente que son los Estados los que suelen imponer mayores restricciones a su ejercicio por parte de los operadores económicos. E incluso se podría decir que para actividades

³⁵ Concretamente, se señala que «el concepto de “razones imperiosas de interés general” al que se hace referencia en determinadas prescripciones de la presente Directiva ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado y puede seguir evolucionando. La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria».

³⁶ K. PEGLOW, «La libre prestation de services dans la directive n.º 2006/123/CE», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 44-1, 2008, p. 100.

³⁷ Comisión de las Comunidades Europeas, *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios*, p. 52. Se puede consultar en http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm.

no establecidas en el país de prestación de los servicios no resulta especialmente dañoso, teniendo en cuenta los controles que se hayan efectuado en el país de establecimiento del prestador de los servicios.

Pero, inmediatamente surge la cuestión de la insuficiente protección del interés general que late en la Directiva, que también tienen encomendadas tanto las autoridades nacionales como las europeas, y que justifica claramente que se considere que se haya considerado una disposición meramente desreguladora. De hecho, con lo recogido en el artículo 16 de la Directiva, «diverge del artículo 49 y de la interpretación que le ha sido atribuida por el TJCE con la finalidad de hacer avanzar los intereses de la Unión, en detrimento de los poderes de los Estados miembros»³⁸. Y, por ello, puede considerarse contraria a lo dispuesto en el artículo 5, en la medida en que excede «de lo necesario para alcanzar los objetivos del presente Tratado», precisamente por alterar la jerarquía de fuentes, por restringir la capacidad de los Estados de incluir nuevas motivaciones consideradas por el TJCE conformes con el artículo 49; teniendo en cuenta, además, que la Directiva no se ha molestado en justificar la relación existente entre la jurisprudencia y su contenido; ni ha explicado las razones que motiva la reducción tan considerable del papel de los Estados en esta materia ni exteriorizado porque las restantes razones imperiosas de interés general que ha venido configurando la jurisprudencia del TJCE no le resulta satisfactoria y hay que ir más allá. Y más aún si tenemos en cuenta la limitada legitimidad de la directiva por no constituir, en su conjunto, una norma de armonización, que sí abriría la competencia de Bruselas para dictarla³⁹.

La situación en este punto resulta paradójica. Los Estados han aceptado el contenido de la Directiva a pesar de la reducción de capacidades de ordenación, en un proceso complejo desde toda perspectiva. No obstante, nos podemos encontrar con que en el momento en que se proceda a la valoración de la normativa que ahora está en vigor —que ha de efectuarse antes de 2009, de acuerdo con lo previsto en el art. 39.5— varíen su posición sobre un contenido tan amplio como el que recoge el artículo 16 y que, incluso, cuando se planteen las normas de transposición también se planteen problemas sobre los. Y aquí hay que recordar que, desde siempre, el TJCE ha sido de siempre remiso a la anulación de las directivas y ello a pesar de que en este caso está en clara contradicción con lo que reiteradamente ha venido señalando el TJCE, incluso, después de su propia entrada en vigor, como ha ocurrido con la Sentencia

³⁸ K. PEGLOW, «La libre prestación...», *op. cit.*, p. 105.

³⁹ En este sentido, por todos, véase T. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, «¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregularización de la prestación de servicios?», en *Civitas. Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007, pp. 237-280.

Jobra, de diciembre de 2008. Posiblemente, la solución venga por aquí, considerarlo un mínimo al que haya que añadir todos aquellos elementos que, de forma casuística, se vayan incorporando, incluidos todos las excepciones anteriores. Las dificultades del proceso de aprobación de la Directiva Bolkestein posiblemente no permitirían un remedio más radical, aunque desde mi punto de vista sería la solución más razonable.

4. *Medidas extraordinarias en función de los prestadores de servicios para garantizar la seguridad del servicio*

El marco general de ordenación de las actividades de servicios en Estados distintos del de establecimiento ha de completarse con el régimen por el que se adoptan medidas particulares para determinados sujetos; en función de la (inadecuada) calidad del servicio que prestan a los usuarios. Se trata, por tanto, no de un marco general de regulación de un determinado tipo de servicios sino de una medida individual ante el comportamiento de un prestador.

En este sentido, en el artículo 18 de la Directiva se permiten en circunstancias extraordinarias la incorporación de medidas restrictivas a un operador de otro Estado miembro, las cuales han de ser justificadas por la calidad de los servicios, siempre que se cumplan con los siguientes requisitos: a) las disposiciones nacionales en virtud de las cuales se toma la medida no son objeto de armonización comunitaria en el ámbito de la seguridad de los servicios; b) la medida ofrece al destinatario un mayor grado de protección que la que tomaría el Estado miembro de establecimiento con arreglo a lo dispuesto en sus disposiciones nacionales; c) el Estado miembro de establecimiento no ha adoptado medidas o las medidas que ha adoptado son insuficientes en relación con las contempladas en el artículo 35, apartado 2; d) la medida es proporcionada.

Como se puede apreciar es una medida que se puede adoptar en el marco de los procedimientos de cooperación entre Estados. Y precisamente aquí encuentra su gran debilidad, en la medida en que supone que el Estado de prestación del servicio tiene poco que decir sobre el grado de incumplimiento y, en segundo lugar, porque si la medida es consecuencia de problemas de seguridad, la respuesta debería tener una celeridad que la necesidad de abrir el procedimiento del artículo 35 imposibilita.

V. Los derechos de los destinatarios de los servicios

El último de los aspectos que corresponde exponer en estas páginas es el relativo a los usuarios de los servicios, que tienen un régimen especial de re-

conocimiento de derechos —tanto de carácter informativo como de carácter sustantivo—, que se complementa con unas medidas que indirectamente pretenden proteger al prestador de los mismos. Frente a la restricción que opera con los prestadores, en la Directiva el ámbito de sujetos usuarios de los mismos que se encuentran en su ámbito de aplicación es bastante amplio, en la medida en que se trata de «cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o que se beneficie de los derechos concedidos a estas por los actos comunitarios»⁴⁰, o cualquier persona jurídica de las contempladas en el artículo 48 del Tratado y establecida en un Estado miembro, que utilice o desee utilizar un servicio con fines profesionales o de otro tipo».

Por un lado, con el fin indirecto de proteger la propia libre prestación de servicios en el ámbito europeo, se restringe la posibilidad de que los Estados impongan medidas coercitivas en cuanto al uso de servicios prestados por un operador de otro Estado miembro, en particular los siguientes requisitos: a) obligación de obtener una autorización de las autoridades competentes nacionales o de hacer una declaración ante ellas, o b) limitaciones discriminatorias de las posibilidades de concesión de ayudas económicas debido a que el prestador esté establecido en otro Estado miembro o en función del lugar de ejecución de la prestación; tal como recogió en este último caso el TJCE en relación con las deducciones fiscales a seguros de jubilación anticipada contraídos sólo con operadores establecidos en el país o en relación con la ausencia de indemnización en la legislación francesa a un turista asaltado que cuando trató de lograr una compensación de éstos, al amparo de la legislación francesa sobre protección de víctimas en actos criminales, vio rechazada su petición, pues el derecho de compensación sólo se reconocía en dicha legislación a los nacionales franceses o a los residentes en Francia⁴¹.

⁴⁰ El § 36 de la Directiva indica de forma expresa que «la noción de “destinatario” también abarca a los nacionales de terceros países que ya se benefician de derechos reconocidos en actos comunitarios como el Reglamento (CEE) n.º 1408/71 o la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, el Reglamento (CE) n.º 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) n.º 1408/71 y del Reglamento (CEE) n.º 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. Además, los Estados miembros pueden hacer extensivo el concepto de destinatario a otros nacionales de terceros países presentes en su territorio».

⁴¹ As. 186/87, *Cowan*. En esta sentencia el Tribunal acogió pretensión del turista asaltado, declarando que el artículo 7 (hoy 12) TCE «... exige una perfecta igualdad de trato de las personas que se encuentran en una situación regida por el Derecho comunitario con los nacionales de los Estados miembros... (agregando frente a la alegación de Francia que si bien el Dere-

En segundo lugar, se reconoce el derecho a una prestación no discriminatoria de los servicios, ni en lo tocante en el propio acceso a ellos ni en lo referente a las condiciones en las que se han de prestar. Derecho que se considera en el artículo 20 como una obligación de garantía por parte de los Estados en los que éstos se van a prestar, aunque evidentemente pueden quedar matizados por las condiciones materiales en los cuales éstos se han de facilitar al usuario; aspecto éste que ha sido considerado de forma expresa en el § 95 de la Directiva, aunque evidentemente resultará complicado de ponderar su razonabilidad caso por caso, incluso aplicando los distintos elementos que están recogidos de forma expresa ⁴² o incluso aspectos que entren dentro de una política en el marco del Estado social, como ocurre con las tarifas subvencionadas a ciertos colectivos, que en principio no tienen por qué ser consideradas de raíz ilegales, sino que habrá que hacer un estudio caso por caso. En todo caso, la diferencia en cuanto a las condiciones resultará, por una parte, complicado de prueba para el usuario damnificado, y, por otra modificará algunas prácticas que tenemos consideradas como usuales, tales como el régimen de gratuidad en el acceso a los museos públicos españoles, que podrían ser considerados a partir de ahora contrarios a la Directiva por las diferencias que efectúan en función del lugar de residencia del visitante comunitario.

En todo caso, el régimen de no discriminación en lo referente al acceso a los servicios en condiciones no discriminatorias está recogido en el artículo 20 de la Directiva, del siguiente modo: «1. Los Estados miembros harán lo necesario para que el destinatario no se vea sujeto a requisitos discriminatorios basados en su nacionalidad o en su lugar de residencia. 2. Los Estados

cho procesal penal quedaba fuera del ámbito de aplicación del Tratado, por ser competencia exclusiva de los Estados miembros)... es jurisprudencia reiterada (véase, entre otras la Sentencia de 11 de noviembre de 1981, Cassati, As. 203/80, Recueil, p. 2595) que el Derecho comunitario impone límites a esta competencia. Tales disposiciones legislativas no pueden, en efecto, discriminar respecto a personas a las que el derecho comunitario confiere el derecho a la igualdad de trato, ni restringir las libertades fundamentales garantizadas por el derecho comunitario». Por lo que se afirmó, en el fallo, que subordinar una indemnización de este tipo a la circunstancia de residir en Francia era contrario al artículo 7 (hoy 12) TCE.

⁴² «Esto no obsta para que en dichas condiciones generales puedan preverse para la prestación de un servicio tarifas, precios y condiciones variables justificadas directamente por factores objetivos que pueden variar de un país a otro, como los costes adicionales ocasionados por la distancia, las características técnicas de la prestación, diferencias en las condiciones del mercado, como una demanda más o menos elevada influenciada por temporalidad, distintos períodos de vacaciones en los Estados miembros o distintas políticas de precios por parte de los competidores, o los riesgos adicionales derivados de normativas distintas de las del Estado miembro de establecimiento. Tampoco cabe afirmar que la no prestación de un servicio a un consumidor por falta de los derechos de propiedad intelectual e industrial necesarios en un territorio particular suponga una discriminación ilegal».

miembros harán lo necesario para que las condiciones generales de acceso a un servicio que el prestador ponga a disposición del público no contengan condiciones discriminatorias basadas en la nacionalidad o el lugar de residencia del destinatario, sin que ello menoscabe la posibilidad de establecer diferencias en las condiciones de acceso directamente justificadas por criterios objetivos». Nótese que la importancia de lo anterior radica en que afecta tanto a las diferencias establecidas por los poderes públicos —sobre lo que sí hay jurisprudencia comunitaria— como a aquellas que se imponen por parte de los propios operadores de los servicios en el marco del propio espacio europeo.

En tercer lugar, se prevén medidas de protección complementarias partiendo de la asistencia al receptor de los servicios. Así, se facilitará el que el ciudadano dispondrá de: a) información general sobre los requisitos aplicables en los demás Estados miembros al acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio, especialmente la información relacionada con la protección de los consumidores; b) información general sobre las vías de recurso disponibles en caso de litigio entre el prestador y el destinatario; c) datos de las asociaciones u organizaciones, incluidos los centros de la Red de centros europeos de los consumidores, que pueden ofrecer a los prestadores o destinatarios asistencia práctica. Es un mecanismo que constituye una de las materializaciones del sistema de cooperación y de asistencia interadministrativa que recoge la propia Directiva. El procedimiento de obtención de la información pasa porque el receptor del servicio lo plantee a su Estado, el cual lo comunicará a la Administración del Estado en el que esté establecido, que una vez obtenidos los datos relevantes, remitirá la información al destinatario. Los Estados miembros harán lo necesario para que estos organismos se presten asistencia recíproca y hagan lo necesario para cooperar entre sí de forma eficaz; para lo cual en el ámbito comunitario se está procediendo a la configuración de un sistema electrónico que permita una comunicación eficaz en estas materias.

En cuarto lugar, el marco general de derechos del receptor de los servicios es aplicable a los supuestos de prestación sin establecimiento del mismo. Y con ello, la titularidad de los derechos informativos recogidos en el artículo 22 y que complementan el marco general de derechos de los consumidores.

No obstante, cuando se ahonda en la situación jurídica del consumidor, no podemos olvidar que el problema mayor que tiene es consecuencia, precisamente, del principio de ley de origen del prestador. En efecto, en ámbitos en los cuales el Derecho no está armonizado la aplicación del derecho del país de origen del prestador conduce a distorsiones en el mercado de cada Estado miembro. Y, teniendo en cuenta las diferencias de legislaciones y de prácticas comerciales el receptor de los servicios va a estar sometido a una pluralidad

de normas, cuyo conocimiento resultará complejo para él. Y este dato, a la larga, conduce a una inferior protección jurídica.

VI. Comercio de servicios y situaciones puramente internas

Como se ha ido viendo a lo largo de estas páginas, es el ejercicio del derecho de libre circulación —en este caso, de servicios— el que «activa» la aplicación del Derecho comunitario y hace, además, que opere el principio de no discriminación del artículo 12. Lo que se corresponde con la lógica de un «mercado interior» que permita un igual acceso al mercado y la libre circulación de los factores de producción. Ahora bien, si las situaciones «puramente internas» quedan, en contrapartida, fuera del ámbito espacial de aplicación de las libertades comunitarias y del principio de no discriminación por razón de la nacionalidad del artículo 12 TCE, *la consecuencia jurídica* que se produce es la siguiente: que si se las compara con las situaciones «transfronterizas», esta exclusión del ámbito del Derecho comunitario puede conducir a una «discriminación inversa», dado que el nacional de un Estado miembro se encuentra, frente a dicho Estado, en una posición menos favorable que la de los extranjeros y la de los propios nacionales que han ejercido la libre circulación en la Comunidad. Pues tales discriminaciones se caracterizan, según Lenaert, por el hecho de que un Estado miembro «trata a sus propios nacionales o a situaciones nacionales de forma menos favorable que a los nacionales de otros Estados miembros o a situaciones cuyo origen se encuentra en otro Estado miembro».

Lo que puede apreciarse, por ejemplo, si se compara la situación de un nacional español que ha estudiado en España y obtenido aquí un título que le habilita para el ejercicio de una profesión, y, en contrapartida, del mismo nacional que, tras haber obtenido en otro Estado miembro un título equivalente en aplicación de la normativa comunitaria, desea volver y ejercer su profesión en España. Al primero, el Estado español le puede someter a condiciones estrictas para el ejercicio de la profesión, como la colegiación; al segundo, por proceder de otro Estado miembro, donde ha obtenido su título, tales exigencias no son aplicables pues se halla bajo la protección del Derecho comunitario. Una diferencia de trato que el TJCE ha admitido en su Sentencia de 1979 en el asunto *Knoors* apoyándose en las expresiones del texto del artículo 52 TCE (hoy 43) al declarar que este precepto no debe ser interpretado en el sentido de que «*excluye de los beneficios del derecho comunitario a los propios nacionales de un determinado Estado miembro cuando éstos, por el hecho de haber residido regularmente en el territorio de otro Estado miembro y haber adquirido allí una calificación profesional reconocida por el derecho comunitario, se encuentran respecto al Estado*

de origen en una situación asimilable a las de los demás sujetos que se benefician de los derechos y libertades garantizadas por el Tratado».

Lo que se reitera en otras SSTJCE, como la de 16 de febrero de 1995, dictada en el as. C-29/94, en la que se declara respecto a la Directiva 82/489/CEE del Consejo, de 19 de julio, sobre establecimiento y libre circulación de los peluqueros, que el Derecho comunitario no se opone a una medida nacional que exige a los nacionales de un Estado miembro la obtención de un título para poder explotar un salón de peluquería pero *«permite a los peluqueros de los demás Estados miembros explotar un salón de peluquería sin hallarse en posesión de dicho título»*. Al igual que en la Sentencia de 16 de julio de 1994 en el as. C-132/93, *Steen*, donde el Tribunal consideró compatible con el Derecho comunitario que a los extranjeros se permitiera el acceso a la función pública en Alemania en régimen de contratación laboral, pero no a los nacionales alemanes.

De la lectura de estas decisiones del TJCE puede llegarse a esta *conclusión*: que mediante la regla de exclusión de las situaciones puramente internas, se ha seguido la lógica inherente a un mercado común entre Estados, en cuanto ámbito económico de los intercambios de un Estado miembro a otro. Y ello pese a que su contrapartida sea que dichas situaciones tengan un trato menos favorable que las «transfronterizas».

Por lo que se ha podido sostener que la noción de situaciones «puramente internas» de la jurisprudencia del TJCE ha establecido tanto un límite del Derecho comunitario en materia de libre circulación (la libertad no opera sin movimiento de un Estado a otro) como una delimitación de la esfera de acción de los Estados miembros. Pues al quedar una situación «interna» fuera del ámbito del Derecho comunitario, es a estos Estados a los que corresponde exclusivamente bien mantener una «discriminación inversa» o bien suprimirla mediante una acomodación de sus normas a las del Derecho comunitario. La ordenación del sector servicios proporcionará en este sentido un ejemplo excelente de cuál va a ser el comportamiento de los Estados, eliminando las diferencias —lo que, como se ha señalado en páginas precedentes, casa mal con el principio de que a los servicios les rige la ley del país de establecimiento del prestador— o bien manteniéndolas.