

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA Y LOS SERVICIOS EXCLUIDOS: UNA PLASMACIÓN DE LAS MUTACIONES DE LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA(*)

SUSANA DE LA SIERRA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.– II. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA Y LOS SERVICIOS: 1. La evolución de la Constitución Económica Europea: hacia una convergencia de las libertades de circulación y la libre competencia. 2. Las consecuencias de la convergencia en la Constitución Económica Europea para la noción de servicio.– III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y DE LA LEY 17/2009: 1. Libre circulación de servicios y libertad de establecimiento: ¿qué relación? 2. Una aproximación inicial y contextual al concepto de servicio.– IV. LA DEFINICIÓN DE SERVICIO EN NEGATIVO: LOS SERVICIOS EXCLUIDOS: 1. Consideraciones generales. 2. Los servicios de interés económico general. Monopolio de la definición y margen de apreciación: A) Una aproximación al concepto. B) Servicios de interés económico general, servicios públicos y funciones de autoridad. 3. Categorías de servicios excluidos: A) Los servicios no económicos de interés general. B) Algunos servicios de interés económico general. C) Funciones de autoridad o ejercicio de poder público. D) Cultura y pluralismo de los medios de comunicación.– V. CONCLUSIONES.– BIBLIOGRAFÍA.

RESUMEN: La Directiva de Servicios y, con ella, la Ley 17/2009 han conmovido las bases del Derecho Administrativo español. En el presente artículo se parte de dos hipótesis de trabajo: en primer lugar, se acepta que los cambios producidos en el ordenamiento jurídico-administrativo español son de tal calado que justifican las opiniones de quienes aluden a un cambio de paradigma. En segundo lugar, este fenómeno revolucionario queda matizado por lo que constituye la segunda hipótesis, a saber: que la Directiva no es sino una plasmación de un proceso de mutación constitucional labrado durante varios años en el Derecho de la Unión Europea. Tanto las libertades de circulación entre sí como estas en relación con la libre competencia se están acercando en el Derecho positivo y, fundamentalmente, en la jurisprudencia del Tribunal de

(*) Este trabajo se inserta en el Proyecto de Investigación dirigido por Julio V. González García que lleva por título «Directiva de servicios y ordenación de actividades económicas» [DER2009-14273-C02-02]. Agradezco a Juana Morcillo Moreno, Profesora Titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha, y a Silvia Suely Caballero Pina, del Centro de Estudios Europeos de dicha Universidad, su ayuda en el acceso a algunas fuentes bibliográficas.

Justicia. Alguna de las confusiones que en su momento generó la Directiva puede verse debida, precisamente, al hecho de que libertad de circulación de servicios y libertad de establecimiento se abordan como dos elementos de una misma realidad. Si bien es cierto que la norma incorpora algunas diferencias de régimen jurídico entre uno y otro ámbito, parece que las fronteras, en cualquier caso, se van desdibujando. A ello se une el argumento de que la Directiva condiciona el ejercicio y la interpretación de la libertad de empresa, abundando por lo tanto en cuestiones vinculadas a la libre competencia y no tanto a las libertades de circulación. La mutación constitucional ofrece aquí uno de sus frutos, en el que el régimen jurídico del acceso y la prestación de los servicios queda plasmado como una ponderación de principios constitucionales, de modo que a los operadores jurídicos nacionales les quedaría vedada la posibilidad de abrir de nuevo dichas ponderaciones. La existencia de un amplio elenco de servicios excluidos, además, prueba que se han realizado ponderaciones específicas para constelaciones jurídico-fácticas asimismo específicas. Ello determina, en fin, una reflexión sobre las características de esta ponderación y, en particular, sobre la necesidad de incorporar en la argumentación principios sociales y culturales, en línea con la evolución del Derecho de la Unión. Estos debates son los que sirven de contexto para ir desgranando el concepto de servicio que sirve de criterio para determinar la aplicación o no de la Directiva de Servicios.

Palabras clave: Constitución Económica Europea; mutación constitucional; libre circulación de servicios; libertad de establecimiento; libre competencia; ponderación; Europa Social

ABSTRACT: The Services Directive and therefore also the Spanish Statute 17/2009, implementing it, have affected the foundations of Spanish Administrative Law. This article departs from two working hypotheses: firstly, it is accepted that the changes that have been produced in Spanish Administrative law are of such a dimension that they justify the opinions of those who point at a paradigm change. Secondly, this revolutionary phenomenon is nuanced by what constitutes the second hypothesis, namely: the fact that the Directive is just one example of a process of constitutional mutation forged along various years in European Union Law. All freedoms of movement and free competition are moving closer in written law and, more importantly, in the case-law of the Court of Justice. Some of the perplexities that the Directive once provoked can be attributed, precisely, to the fact that the freedom of movement of services and the freedom of establishment are but two elements of the same reality. The norm does include some differences in their corresponding legal regimes, but frontiers among them are fading away. There is still one argument that needs to be put forward: the Directive shapes the exercise and interpretation of the freedom to conduct a business, thus addressing questions linked to free competition. The constitutional mutation offers here one of its results, whereby the legal conditions for access to and provision of services are an expression of a balancing of constitutional principles, so that national legal operators would be impeded to open up that balance. Further, the existence of a wide array of services that have been excluded from the general regulation is also explained by the fact that particular balances have been reached in specific sectors. This leads finally to a reflection on the characteristics of such a balancing and, in particular, on the need to incorporate social and cultural

principles in the argumentation, in line with the evolution of Union Law. These are the debates that frame the theoretical context required to analyse the concept of service, i.e. the criterion that defines the scope of application of the Services Directive.

Key words: European Economic Constitution; constitutional mutation; free movement of services; freedom of establishment; free competition; balancing; Social Europe

I. INTRODUCCIÓN

El fuego es dios de nada, dijo el poeta, es nada aunque a veces sople por las chimeneas un aire alemán (1). La Directiva-fuego (2) ha sido acogida en la doctrina y la opinión pública, por un lado, con el ardor que caracteriza su condición de norma llamada — según algunos — a iniciar un viraje fundamental en el proyecto europeo (3). Así, conocida es la reacción de franceses y holandeses en el proceso de ratificación del fallido proyecto de Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. Dicha reacción fue de desapego hacia un texto comunitario que, entendían, conmovía las bases de un modelo social asentado en Europa y que se veía, así, puesto en peligro. Por otro lado se encuentran quienes sostienen que, en efecto, el fuego es dios de nada, que la aparición de la Directiva no es más que «el estruendo del parto de los montes» (4) y que, por lo tanto, ni las novedades son tantas ni han de llamar a escándalo.

Probablemente, ambas posturas son conciliables o, por expresarlo de otro modo, en ambas existen argumentos fundados que pueden coexistir sin desajustes. Lanzaré, por tanto, desde este momento dos hipótesis de trabajo. En primer lugar, entiendo que, en efecto, la Directiva *Bolkestein* (5) y, con ella,

(1) Blanca Andréu, *Elphistone*, Visor, Madrid, 1988, p. 36 [«Cinerario. II»].

(2) Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, DO L 376/36, de 27 de diciembre de 2006. En adelante, Directiva de Servicios (DS) o Directiva *Bolkestein*.

(3) Sin embargo, hay autores que han reprochado, con razón, la escasa atención que han dedicado a esta cuestión los medios de comunicación. Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (2007: p. 190). Más adelante, la cobertura mediática aumentó con la tramitación parlamentaria de las normas españolas de transposición de la Directiva y, en concreto, con la popularmente conocida como «Ley Ómnibus», es decir, la que operaba las modificaciones correspondientes en las leyes afectadas (Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio). Algunos colectivos, como el de taxistas, se movilizaron con intensidad para tratar de evitar la introducción de la reforma.

(4) Cfr. LAGUNA DE PAZ (2009). En esta misma línea se pronuncian otros autores, como GONZÁLEZ GARCÍA (2009), que califica la Directiva de «disposición conservadora, poco innovativa [en muchos aspectos]» (p. 472).

(5) En general, sobre la gestación y las características generales de la Directiva, v. BARNARD (2008); FLOWER (2007); HATZOPOULOS (2008).

las normas españolas de transposición, han generado un cambio que no debe menospreciarse. Sin embargo, y en segundo lugar, habrá de verse, cuáles son las características reales de ese cambio, hasta qué punto se concilia con el contexto jurídico en el que se ha gestado y ha de plantearse, en fin, si resulta coherente con un proyecto europeo que de forma paulatina se ha pretendido más sensible a derechos e intereses distintos de los meramente económicos. (6) El modelo social europeo es, por tanto, un elemento necesario que ha de ser introducido en el debate.

En las líneas que siguen se profundiza en dichas hipótesis de trabajo, desde la perspectiva concreta del ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, o «Ley Paraguas». Se tomará como parámetro la Ley y la Directiva de la que trae causa, para analizar también hasta qué punto la norma española es respetuosa con el texto comunitario. En primer lugar, se realizará una aproximación general a la cuestión, contextualizando el criterio técnico de la definición de «servicio» en lo que puede considerarse un «cambio de paradigma» (7) o una «nueva cultura administrativa» (8). Con carácter previo se ubicará este debate en otro de contenido más general, sobre la dimensión constitucional de todo el proceso. A continuación, se abordará el concepto de servicio, así como el listado de servicios excluidos, abundando en las razones que han justificado su exclusión. Aquí se realizarán algunas consideraciones sobre la relación entre los servicios comprendidos en la nueva norma y otros conceptos, como los de servicio de interés económico general o servicio público. Adelanto ya que, en mi opinión, no es inadecuado rescatar algunas teorías establecidas hace largo tiempo y que resultan pertinentes para el análisis de los «nuevos» fenómenos. Ahora bien, entiendo que no se ha de perder de

(6) He tenido especial cuidado en utilizar expresiones que pongan de manifiesto que el impacto al que me refiero es un impacto jurídico, pero sobra decir que los especialistas de otras áreas, como es la Ciencia de la Administración, tienen ante sí idénticas preguntas de investigación a abordar desde otras perspectivas. Sus debates entiendo que no habrían de pasar desapercibidos entre los administrativistas, dado que la eficacia del Derecho no puede prescindir de su contexto y en este ámbito nos encontramos con un excelente banco de pruebas, toda vez que puede presumirse que la nueva regulación procede de una cultura (jurídica) distinta y que, por tanto, puede encontrar problemas en su exportación a otras coordenadas.

(7) Cfr. MUÑOZ MACHADO (2009: p. 3). Este autor incluso llega a utilizar la expresión de «revolución administrativa» (p. 1); PADRÓS REIG (2010: p. 42).

(8) En este sentido puede entenderse que se sitúa, entre otros, PAREJO ALFONSO, (2009a). Lamenta el autor que en la doctrina española no se haya «planteado, con todas sus consecuencias, la necesidad [...] de una verdadera reconstrucción del Derecho administrativo y la Administración pública como condición de la operatividad de la policía administrativa de supervisión o *ex post*, ajena esencialmente a nuestra cultura administrativa práctica» [pp. 441-442]. V. también PAREJO ALFONSO, (2009b).

vista el hecho de que es probable que con la nueva norma no se esté sino importando una determinada cultura de los servicios de interés general y que, por lo tanto, dichas teorías pueden ser aplicadas, pero sólo mediante una adecuada modulación. En fin, en el texto se abundará también en la cuestión del modelo social europeo, para valorar hasta qué punto el nuevo statu quo jurídico responde a las expectativas que había generado un modelo de desarrollo teóricamente más amable.

II. LA CONSTITUCIÓN ECONÓMICA EUROPEA Y LOS SERVICIOS

1. La evolución de la Constitución Económica Europea: hacia una convergencia de las libertades de circulación y la libre competencia

Más allá de otras cuestiones concretas, entiendo que —en relación con la cita que iniciaba este artículo— la Directiva recoge el «aire alemán» que desde hace tiempo inspira la deriva del Derecho de la Unión Europea y, en concreto, de su modelo de Constitución Económica (9). Así, la Constitución Económica de la Unión ha modificado sus perfiles en la medida en que el concepto de mercado interior ha sufrido algunas mutaciones.

En primer lugar, dichas mutaciones se plasman en la plasticidad de las libertades de circulación, cuyas fronteras parece que desaparecen de forma paulatina, de modo que las convergencias entre las mismas van aumentando (10). Ello se aprecia, como se desarrollará por extenso en las páginas siguientes, en el tándem libre circulación de servicios y libre circulación de personas, en especial en la variante de libertad de establecimiento. El proceso de convergencia es todavía más ambicioso, dado que afecta también a la relación entre las normas del mercado interior y las normas de la libre competencia. En principio, y sintetizando, las normas del mercado interior, es decir, las relativas a las libertades de circulación, resultan de aplicación en las

(9) Cabe referirse a una obra pionera en este ámbito: POIARES MADURO (1998). En castellano me remito, por todos, a BAQUERO CRUZ (2002); DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2004) y DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2008).

(10) A ello se ha referido, entre otros, BAQUERO CRUZ (2002: pp. 161-168), quien debate la convergencia en la interpretación de las normas reguladoras de las cuatro libertades. El autor concluye su argumentación afirmando de modo rotundo que «[e]s indudable que el hecho de clasificar una situación bajo las libertades de mercancías, capitales, servicios o establecimiento es cada vez más irrelevante en cuanto a las consecuencias jurídicas, que serán casi idénticas» (p. 168). Es justo afirmar también que en estas páginas Baquero hace referencia —para justificar una opinión contraria— a quienes estiman que las diferencias perviven y que una lectura cuidadosa de la jurisprudencia pertinente así lo demuestra.

relaciones entre los poderes públicos y la ciudadanía. Por su parte, el régimen jurídico de la libre competencia es un régimen jurídico-público que persigue garantizar la posición jurídica de los particulares en el mercado y proteger las características de dicho mercado. Se aplica, en su versión primigenia, a las relaciones entre los particulares. Sin embargo, también desde hace unos años se aprecia un acercamiento entre los ámbitos de aplicación de las normas de mercado interior y de libre competencia (11).

En segundo lugar, las mutaciones del mercado interior obedecen también a la inclusión en el mismo de un contenido más social. Así, desde 1992, con el Tratado de Maastricht, se incluye en el Derecho comunitario un elenco de políticas que rebasan los límites estrictamente económicos y se introduce el concepto de ciudadanía, llamado a dotar de un nuevo enfoque al proyecto europeo y a las distintas esferas de actividad (12). De hecho, el propio concepto de ciudadanía se ha desarrollado de tal modo que a día de hoy puede encontrarse incluso adjetivado, para dar cuenta de su impronta en sectores concretos del ordenamiento. Es el caso, por ejemplo, de la noción de «ciudadanía sanitaria» (13). Así, la asistencia sanitaria es una prestación que en un primer momento se ubicaba en la normativa reguladora de la seguridad social. De forma paulatina también en este (delicado) sector se fue admitiendo la posibilidad de abordarlo desde el prisma de la libre prestación de servicios. Esto último ha tenido lugar, en esencia, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, quien ha admitido que las prestaciones sanitarias son servicios en el sentido del Tratado y que, por lo tanto, cabe aplicar las disposiciones sobre libre circulación. Ello ha tenido como consecuencia —como afirma CANTERO MARTÍNEZ (14)— la penetración de la noción de mercado también en este ámbito. Debido a las incoherencias que esta situación producía, así como a la dispersión jurídica existente, las instituciones europeas han lanzado una propuesta de Directiva relativa a los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza. (15) La historia resulta familiar. Más todavía cuando, como recuerda la autora citada, el objetivo de la Directiva es también reforzar los sistemas de cooperación entre los Estados, clave de bóveda para un adecuado funcionamiento del «mercado» y, en

(11) Esta es la tesis principal de BAQUERO CRUZ (2002).

(12) Cfr. FRAILE ORTIZ (2003). Véase, en concreto sobre el tema que nos ocupa, SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUDERO (2007).

(13) Sobre este atractivo concepto véase CANTERO MARTÍNEZ (2011). He manejado el manuscrito original por cortesía de la autora.

(14) Op.cit.

(15) Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, COM (2008) 414 final, 2 de julio de 2008.

particular, para luchar contra los eventuales fraudes. Sin embargo, y pese a las coincidencias de planteamiento y contenidos, los servicios sanitarios no se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios, tal y como se desarrollará más adelante.

Por lo tanto, y recapitulando, la Constitución Económica de la Unión se ha modificado debido a varias dinámicas: a la sinergia paulatina de los elementos que la componen (libertades de circulación y libre competencia, así como las primeras entre sí) y a la inclusión de objetivos de contenido social que matizan el ideario económico del proyecto europeo. Ello no obstante, la finalidad esencial de todo el proceso sigue siendo la integración, aunque, como es lógico, la definición de dicha integración se ha visto modificada por los anteriores elementos. En la doctrina se alude, en este contexto, al fenómeno de integración negativa junto al de integración positiva (16). El primero implicaría la eliminación de aquellos obstáculos que impidan el desarrollo del mercado interno, mientras que el segundo perseguiría la adopción de medidas y de políticas comunes —siempre dentro de una lógica económica— para evitar cualquier tipo de discriminación (17). Resulta interesante comprobar que algunos autores proponen una distinción de rango normativo entre un tipo de integración y otro. Así, BAQUERO CRUZ entiende que la integración negativa es un elemento constitucional y que, por lo tanto, sus perfiles jurídicos se contienen en normas de ese rango. Las normas básicas de la integración negativa (donde las libertades de circulación desempeñan el papel esencial) constituirían el Derecho Constitucional Económico (18). Por su parte, las normas referidas a la integración positiva se encontrarían subordinadas a las anteriores y compondrían el Derecho Administrativo Económico de la Unión. Continúa el autor señalando que los procesos de desregulación (nacional) y consiguiente regulación comunitaria se observarían desde un prisma constitucional, mientras que el desarrollo legislativo y administrativo de dicha regulación dirigido a armonizar las normas relativas a los mercados se insertaría en la categoría de Derecho Administrativo Económico (19). En este sentido, entiendo que la Directiva de Servicios tendría cabida en este último compartimento, dado que vendría a concretar el ejercicio de una concreta libertad (de dos, en realidad) para, de este modo, afianzar el proceso de consolidación del mercado interior. No obstante, dada su impronta en la definición de las libertades que comprende, tal y como se expondrá, podría llegar a defenderse su carácter constitucional.

(16) Sobre los procesos de integración positiva y de integración negativa, que han sido objeto de abundante tratamiento en la doctrina especializada, con una dimensión más actual y vinculada al proceso político europeo, véase SCHARPF (1996).

(17) Cfr. BAQUERO CRUZ (2002: p. 124), que se remite en este aspecto a Bieber.

(18) Cfr. BAQUERO CRUZ (2002: p. 124).

(19) *Ibidem*, p. 125.

Es posible que los Tratados, tan genéricos y ambiguos en este aspecto como en otros, no contengan reparos a una operación de estas características. Sin embargo, entiendo que ello habría de dar pie a una discusión sobre el papel de la Constitución Europea en el momento actual, sobre los peligros de contar con una Constitución (Económica) material (20) y sobre el fraude que, en realidad, ello supone en todo el proceso. La Directiva de Servicios ha conllevado una transformación profunda de la cultura administrativa, como se ha puesto ya de manifiesto, pero esencialmente debido a que se ha producido un desarrollo constitucional de primera magnitud (21).

2. Las consecuencias de la convergencia en la Constitución Económica Europea para la noción de servicio

La Directiva de Servicios, por lo tanto, se situaría en la senda de una nueva visión constitucional de las libertades de circulación y de la libre competencia (22). Los problemas que abordan las Instituciones europeas en esta norma son variados y las respuestas a los mismos, en principio, se articulan desde distintas ópticas. Son muchas las dificultades que desde hace tiempo con-

(20) Sobre las características de la Constitución Económica europea, en el contexto de las reflexiones sobre la Europa Social, vid. ORTEGA ÁLVAREZ/ARROYO JIMÉNEZ (2007).

(21) En este sentido puede entenderse que se pronuncia también DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2007). Este autor, sin embargo, centra su argumentación en otros elementos, como son la incompetencia comunitaria para dictar una Directiva que es, en realidad, innovadora y no meramente armonizadora, o el sometimiento de determinadas regulaciones de los Estados sobre actividades relacionadas con el objeto de la Directiva al principio de proporcionalidad. La dimensión constitucional viene dada, también, por el papel tradicional que se ha otorgado a los jueces españoles en materias relacionadas con la Constitución Económica, debido a la neutralidad relativa atribuida a la misma (véase especialmente pp. 274-275, nota 64), una posición —la de los jueces— que se vería alterada por la necesidad de realizar un control basado en el principio de proporcionalidad, más exigente —a juicio de De la Quadra— que el de la razonabilidad. En general, sobre este tipo de controles me remito a ORTEGA/DE LA SIERRA (2009).

(22) En la doctrina se ha señalado que la Directiva no es sino «la continuación natural del mercado único, que en el caso de los servicios ya se había preconizado a mediados de los ochenta y se ha ido gestando desde entonces (...)». Cfr. VILLAREJO GALENDE, *Nota Preliminar* al volumen dirigido por ella misma «La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo», Comares, Granada, 2009, p. XIV. La autora continúa aludiendo al efecto codificador que, respecto de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia tiene la Directiva y al hecho de que constituye «un paso más en la lógica de la integración europea» (p. XV). Insistiendo en que no se trata tanto de una liberalización cuanto de una desregulación y, pese al efecto codificador del texto, Villarejo sostiene —en línea por tanto con las hipótesis que se mantienen en este trabajo— que «[l]a regulación contenida en la DS pretende configurar un marco jurídico general [enfático en el original] que facilite la consecución de un mercado interior de los servicios, y en particular la efectividad de las libertades reconocidas en los arts. 43 y 45 TCCE». Se pretende, por tanto, «configurar» y no sólo «codificar» un marco jurídico general.

dicionan la identificación de criterios satisfactorios para abordar las nociones de servicio de interés general, servicio de interés económico general, servicio público, obligaciones de servicio público y otras como el ejercicio de funciones de autoridad (en tanto que criterio de exclusión para la realización de una determinada actividad en función de la nacionalidad). Dichas dificultades se entienden en este contexto de confusión constitucional, de aproximación lenta entre bases constitucionales diferentes, concebidas para constelaciones jurídico-fácticas asimismo diferentes.

Existen muchos (e ilustrativos) ensayos en la doctrina dirigidos a dotar de contenido a estas nociones (23). Las categorías clásicas entiendo que mantienen su utilidad, por cuanto conllevan un régimen jurídico labrado durante largo tiempo y que responde a preocupaciones casi idénticas (24), a saber: (1) qué hacer cuando determinados recursos son limitados; (2) cómo articular la prestación de un servicio para que todas las personas puedan acceder al mismo en igualdad de condiciones, por entender que ello responde a un mandato constitucional derivado, entre otros, de principios como los de igualdad o solidaridad (25); (3) cómo responder a los mandatos del Estado Social que de forma paulatina han ido encontrando cabida, también, en el Derecho de la Unión, bien mediante una plasmación expresa en los Tratados bien mediante el desarrollo jurisprudencial (26); o, entre otros, (4) cómo dotar de calidad a los servicios que se prestan (27).

Ello no obstante, e insistiendo pese a todo en la utilidad de no jubilar de forma prematura las categorías clásicas, es cierto que los conceptos tra-

(23) Especialmente interesante es el trabajo de MALARET I GARCÍA (1998), en el que la autora hace un repaso de la teoría y el concepto del servicio público en Francia, desentrañando algunos de los lugares comunes que no responden a la realidad de tan compleja institución. Con carácter más general, cabe remitirse al volumen MALARET I GARCÍA (coord.) (1996).

(24) Ello no puede llevar a perder de vista, evidentemente, que el debate carece de neutralidad ideológica. Cfr. BELTRÁN DE FELIPE (1999).

(25) Cfr. en este sentido, CANTERO MARTÍNEZ (2001). Cabría realizar el mismo planteamiento respecto de otros servicios, como el de la educación, sin perder de vista su naturaleza iusfundamental derivada del art. 27 de la Constitución. Desde esta última perspectiva iusfundamental me remito, por todos, a MARTÍN-RETORTILLO BAQUER (2008). Sobre un tema no menor en relación con la política educativa, el régimen jurídico del personal docente, v. recientemente MEIX CERECEDA (2010).

(26) Sobre esta materia, véase el trabajo reciente de VAQUER CABALLERÍA (2010). Este autor afirma que el Derecho Público del siglo XX no se entiende sin los conceptos de Estado Social, servicio público y seguridad social en un sentido amplio (p. 3). En nota a pie de página (núm. 7) afirma que la doctrina moderna se ha desentendido del tercero de los elementos, el de la seguridad social, pero sin duda alguna, al menos en un sentido más estricto, continúa desempeñando una función importante en la evolución jurídica de algunos servicios, como son, notablemente, los sanitarios.

(27) Esta es, al menos en teoría, una de las preocupaciones esenciales de la Directiva de Servicios. V., entre otros, GONZÁLEZ IGLESIAS (2009); VIDA FERNÁNDEZ (2009: pp. 218-239).

dicionales llevan consigo unos contenidos y un bagaje cultural que conviene estudiar de forma crítica y no transportar de manera automática en otros contextos. De hecho, lejos de existir un consenso doctrinal sobre la noción de servicio público en el seno de los ordenamientos jurídicos nacionales, las posturas son variadas, así como variadas son también las interpretaciones sobre la adecuación de situar en planos paralelos teorías surgidas en distintos contextos jurídicos nacionales (28). Es el caso, por ejemplo, de la teoría del servicio público en Francia (si es que cabe referirse a *una* teoría del servicio público en ese país) o la teoría de la procura existencial elaborada por Ernst FORSTHOFF. Este autor parte, como es sabido, de la siguiente constatación: en un contexto histórico concreto, aquél en el que tienen lugar las profundas transformaciones políticas, económicas y sociales de la primera mitad del siglo XX, se produce un distanciamiento del ser humano respecto de los bienes que necesita para vivir. Ello genera una dependencia respecto de quienes producen y distribuyen dichos bienes y comporta un nuevo modelo social y económico caracterizado, precisamente, por la interdependencia y la no autonomía. En segundo lugar, el incremento poblacional impulsa una competencia por los recursos desconocida (en estas dimensiones) hasta dicha fecha. Además, en tercer lugar, los procesos de urbanización, la consolidación de la ciudad en el sentido moderno y, de nuevo, la dependencia que ello supone, sitúan a los ciudadanos en una delicada situación ignota hasta esa fecha. En fin, en cuarto lugar, el desarrollo tecnológico genera desamparo en todos aquellos que no pueden acceder a los beneficios del mismo y que serán perjudicados por el nuevo sistema en el ámbito laboral. Se produce, aquí, un desfase entre lo que FORSTHOFF denomina «espacio vital efectivo» (*effektiver Lebensraum*) y «espacio vital dominado» (*beherrschter Lebensraum*) (29).

Con todo lo anterior, cabe concluir que la Directiva de Servicios consolida una trayectoria constitucional que venía anunciándose desde hace tiempo. Esta dimensión constitucional se concreta en un régimen jurídico-administrativo que modifica el paradigma clásico de intervención administrativa en las actividades

(28) Cfr. un volumen colectivo que, a mi juicio, continúa teniendo actualidad: FREEDLAND/SCIARRA (1998).

(29) Cfr. MAGALDI (2007: fundamentalmente pp. 71-72). La dependencia que tiene esta teoría, como otras, del contexto histórico en el que surge, lleva a la autora a plantearse si resulta conveniente referirse a dos concepciones distintas de la noción de «procura existencial» en función de los dos periodos de la vida académica que el autor dedicó a esta materia. Sin embargo, Magaldi considera que es adecuado entender que la teoría es única y coherente, aun cuando la situación política, económica y social de cada momento haya de ser tenida en consideración (p. 71). Esta postura corroboraría la posición indicada por quien escribe en el texto principal, a saber: que las teorías clásicas, que pretenden responder a interrogantes o problemas que perviven hoy en día, pueden continuar siendo útiles en nuevos contextos —como el de la Unión Europea— siempre y cuando se actúe con la debida cautela en el trasvase de categorías.

económicas. El nuevo régimen jurídico-administrativo se reconduce a la sustitución de controles preventivos por un modelo general de control *ex post* (30), por una llamada a la simplificación administrativa y a la cooperación entre Administraciones Públicas (31). Cuestión distinta es cómo resulta, en la práctica, la aplicación de un sistema tal en las diversas culturas administrativas. En cualquier caso, el punto del partida es la definición de qué ha de entenderse por «servicio» a los efectos de la aplicación del nuevo régimen. Si bien el contexto constitucional que acaba de exponerse resulta, desde mi punto de vista, imprescindible para aprehender el sentido de la noción de «servicio» y de otras que la acompañan, a continuación se realizará un recorrido sistemático y más detallado por dicha noción.

III. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS Y DE LA LEY 17/2009

Una de las cuestiones clave en el análisis jurídico de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009 es, naturalmente, la identificación de qué ha de considerarse «servicio» a efectos de aplicar el nuevo régimen (32). En principio, la Directiva y, con ella, la Ley parten de una definición amplia, en línea con la recogida en el texto del ahora Tratado de la Unión Europea, heredero en

(30) La traslación del momento de intervención pública desde un momento anterior a uno posterior es el proceso inverso al que ha constatado —críticamente— la doctrina en otros ámbitos del Derecho, como es el Derecho Penal. Cfr., dentro de una línea de pensamiento relativamente prolífica, SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ/ DEMETRIO CRESPO (2008), donde se adelantan las hipótesis principales que se desgranar en el libro coordinado por dichos autores SERRANO-PIEDCASAS FERNÁNDEZ/DEMETRIO CRESPO (2010).

(31) Este aspecto es coherente con el nuevo marco jurídico, dado que el Tratado de Lisboa, en línea con la propuesta avanzada por el Tratado Constitucional, hace de la cooperación administrativa uno de sus baluartes. A ello me referí en DE LA SIERRA (2005).

(32) Es una cuestión, como trato de plasmar en todo el texto, que no es nueva, en la medida en que se consolida en una norma escrita una trayectoria jurídica que había ido labrándose en el diálogo entre jurisprudencia y doctrina, así como mediante diversos actos normativos y no normativos de otras Instituciones distintas del Tribunal de Justicia. Esta circunstancia puede justificar que el interés doctrinal por este debate haya sido menor en comparación con otros aspectos que se deducen del texto comunitario. De hecho, algunos autores consideran que la cuestión relativa a los servicios afectados por la Directiva de Servicios es la más sencilla. Cfr. GONZÁLEZ GARCÍA (2009: p. 483). Otros autores, como Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, recuerdan, sin embargo, que la distinción entre servicios de interés general y servicios de interés económico general, a efectos de su inclusión o exclusión en el ámbito de aplicación de la Directiva, se situó en el centro del debate político durante la elaboración de la norma. Cfr. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2007: p. 239, nota 2). En general, sobre la incorporación al Derecho español de la Directiva de Servicios, v. JIMÉNEZ ASENSIO (2010). V. también CÍRCULO DE EMPRESARIOS (2009). Existe ya alguna recopilación normativa sobre la normativa de transposición de la Directiva, como es la preparada por Julio González García en Aranzadi, Pamplona, 2010. En fin, como elemento de Derecho Comparado, para conocer cuál ha sido el proceso de transposición en diversos Estados, v. KLAMERT (2010).

este y otros aspectos, de los Tratados que le precedieron (33). Así, la Directiva indica, en su art. 1, que el texto normativo se aplicará «a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro», y define «servicio» en su art. 4 como «cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado». Se remite, por lo tanto, a la definición que, en similares términos, se encuentra hoy en el art. 57 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y que, como se ha señalado oportunamente, ni es un concepto únicamente económico, relacionado con el sector terciario, ni es un concepto que se pueda reconducir de forma directa al concepto de servicio público que se maneja en la doctrina administrativista (34).

Se acrecienta, por otro lado, el acercamiento entre los ámbitos de aplicación de la libertad de circulación de servicios y de la libertad de circulación de personas, en su variante de libertad de establecimiento. Ello confirma el ya mencionado fenómeno creciente de interrelación de las distintas libertades, un fenómeno que, insisto, no ha de sorprender, toda vez que el concepto integrador de mercado interior lleva a esa consecuencia de manera casi necesaria. Es cierto que, en principio, es importante deslindar el ámbito de aplicación de cada una de las libertades, dado que la base jurídica del Tratado para su desarrollo es diferente y puede incluir todavía algunas diferencias. En cualquier caso, en la medida en que el legislador europeo procede a conectar las esferas, parece que esas diferencias iniciales de base jurídica irán superándose.

Además de lo anterior, conviene señalar que hay quien considera, con argumentos convincentes, que la Directiva se excede en sus contenidos, por cuanto no sólo profundiza en la construcción del mercado interior a través de la eliminación de trabas para el adecuado funcionamiento de las libertades. Más allá de esto, la Directiva se adentraría en una cuestión, en principio reservada a la competencia de los Estados: la libertad de empresa (35). En efecto, el libre acceso a

(33) Sobre el ámbito de aplicación de la Directiva v. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009a: en particular, pp. 102-120).

(34) Vid. al respecto VELASCO RETAMOSAS (2011).

(35) En este sentido, vid. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2007), así como DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009a: pp. 124-127 [«Libertad de empresa, libertad de prestación de servicios y libertad de establecimiento»]). De este último cabe referirse también a *La Directiva de Servicios y la libertad de empresa*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 7, 2009, pp. 46-61. Véase, además, SALVADOR ARMENDÁRIZ (2009); RIVERO ORTEGA (2010: en concreto, pp. 33-41, aun cuando se realizan otras referencias a lo largo de todo el texto). Puede entenderse que este autor comparte una visión algo diferente de las dos primeras citadas en esta nota, toda vez que asume como coincidentes las distintas dimensiones de las que se está dando cuenta [«*La libertad de comercio, en sus proyecciones de libertad de establecimiento y libertad de servicios (...)*», p. 33]. Ello se realiza amparándose, entre otros elementos argumentativos, en contribuciones doctrinales publicadas poco después de la adhesión de España a las Comunidades Europeas, donde ya se

los servicios se pretende garantizar con independencia del dato de la discriminación, y para ello se configuran los sistemas que garanticen la simplificación y coordinación administrativas, así como la calidad de los servicios. Ello implica, a juicio de algunos autores, una mutación constitucional en España —más allá del problema ya mencionado de la legitimidad de la Unión Europea para abordar esta cuestión—, en la medida en que queda condicionada la interpretación del art. 38 de la Constitución (36). Esta circunstancia se une al hecho de que la libertad de empresa, tal y como ha sido oportunamente subrayado en nuestra doctrina, puede concebirse como dos tipos distintos de normas, a saber: como una regla y como un principio (37). Así, la libertad de empresa contenida en el art. 38 de la Constitución sería también un principio, es decir, un tipo de norma que admite una gradualidad en su cumplimiento y que será sometido a un juicio de ponderación, caso de entrar en conflicto con otros principios. (38) Sin necesidad, de abundar en la teoría de la ponderación (39), sí conviene insistir en este aspecto, dado que las ponderaciones que cabría realizar con principios constitucionales de naturaleza económica y, fundamentalmente, social, van a quedar mediatizadas por la mutación constitucional a la que se ha hecho referencia, dado que los operadores jurídicos nacionales van a tener vedada la posibilidad de reabrir las ponderaciones. De hecho, puede considerarse que las categorías de «servicios excluidos» son fruto de ponderaciones más concretas todavía ya realizadas por el legislador entre la libertad de empresa —como elemento garantizador del mercado y, por lo tanto, de la libre competencia— y otros principios europeos (40), reduciendo por tanto el margen de apreciación de los Estados (41).

anticipaba el efecto liberalizador que tendrían las libertades de circulación respecto de la libertad de empresa en contextos estrictamente nacionales [Sebastián Martín-Retortillo Baquer, *Derecho Administrativo Económico*, La Ley, Madrid, 1988, p. 203]. Ahora bien, una cosa es que sea un «efecto» de las libertades y otra que sea una «imposición» de las Instituciones europeas.

(36) En este sentido, además de otros autores ya citados en este aparato de notas, TORNOS MAS (2010: pp. 34-35).

(37) Cfr. ARROYO JIMÉNEZ (2004) y ARROYO JIMÉNEZ (2010).

(38) *Ibidem*.

(39) Me remito a ORTEGA/DE LA SIERRA (2009). V., además, en relación con el discurso que se plantea en el texto principal, ALEX Y OTROS (2007).

(40) A juicio de Luciano Parejo, la Directiva asume la libre competencia como un «valor o bien capaz de imponerse, asimismo genéricamente en los términos del ‘marco jurídico general’ que se establece, en cualesquiera ponderaciones que pudieran demandar cualesquiera otros valores o bienes con presencia en los diversos subsectores de servicios». Cfr. PAREJO ALFONSO (2009a: p. 437, nota 7). Se trata de una afirmación que apunta al régimen general de la Directiva y no a sus excepciones. Sin embargo, entiendo —por los motivos que desgrano en el texto— que la misma lógica se aplica con matices en todos los ámbitos.

(41) El margen de apreciación pervive en la medida en que son los Estados quienes definen los servicios de interés económico general, aun cuando ello haya de realizarse en el marco del Derecho de la Unión.

1. Libre circulación de servicios y libertad de establecimiento: ¿qué relación?

La Ley 17/2009 conecta las libertades de circulación de servicios y de establecimiento de una manera más pronunciada (42). Así, la definición europea de servicio que se ha transcrito es una definición en el sentido estricto, sin conexión formal con la libertad de establecimiento. De hecho, la Directiva es cuidadosa en este aspecto y reenvía el bloque normativo correspondiente a esta última libertad al Capítulo III (arts. 9 a 15), relativo precisamente a la libertad de establecimiento de los prestadores. Sin embargo, la aproximación conciliadora (cuando no integradora) de ambas libertades se lleva a la propia descripción del objeto de la norma, toda vez que ya desde el art. 1 se indica que se pretende facilitar tanto la libertad de establecimiento de los prestadores (en primer lugar) como la libre prestación de servicios. Para ello se establece un régimen jurídico-administrativo del acceso y el ejercicio de los servicios que se sitúa en una línea ya existente de reforma de la concepción clásica del Derecho Administrativo.

La conexión puede entenderse que matiza el carácter subsidiario de la libre circulación de servicios que han consagrado los Tratados y que hoy permanece en el art. 57 TFUE (43). Así, si bien es cierto que se consideran los servicios como las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, ello es así *sólo en la medida* en que no se rijan por las dispo-

(42) Entiendo que esta es la aproximación, entre otros, de FORTES MARTÍN (2009). Así, este autor propone un epígrafe sobre «[l]a libertad de establecimiento y libre prestación de servicios: dos realidades próximas pero perfecta y necesariamente diferenciables», donde pasa revista de manera minuciosa a la evolución de ambas libertades en el Derecho comunitario y, en especial, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Si bien es cierto que, de manera estructural, dichas libertades permanecen diferenciadas (y podría admitirse, siguiendo al autor citado, que son «perfectamente diferenciables» en el plano teórico), me quedaría con la afirmación de Fortes, para quien «[c]iertamente y conforme a lo hasta aquí apuntado, derecho de establecimiento y libre prestación de servicios constituyen las dos caras de una misma moneda en la estrategia de desarrollo seguida en un momento dado por un prestador de servicios» (p. 135).

(43) Art. 57 TFUE: «Con arreglo a los Tratados, se considerarán como 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.

Los servicios comprenderán, en particular:

- a) actividades de carácter industrial;
- b) actividades de carácter mercantil;
- c) actividades artesanales;
- d) actividades propias de las profesiones liberales.

Sin perjuicio de las disposiciones del capítulo relativo al derecho de establecimiento, el prestador de un servicio podrá, con objeto de realizar dicha prestación, ejercer temporalmente su actividad en el Estado miembro donde se lleve a cabo la prestación, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales».

siciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Si una norma comunitaria conecta ambas categorías y ambas regulaciones (aunque se cuide de distinguir ambos aspectos en su texto), cabe pensar que la interacción entre los distintos ámbitos de aplicación de las libertades fundamentales se está viendo acentuada. Si se tiene en cuenta que este modelo de regulación del libre acceso a los servicios y de su ejercicio tiene como elemento necesario una intervención normativa también en la libertad de establecimiento, entonces parece claro que las fronteras se difuminan o, por expresarlo de un modo a mi juicio más correcto, continúan su proceso de difuminación. Desde mi punto de vista, además, y en otro plano, esta visión casi indistinta de ambas libertades y su inclusión en un programa político-económico (44) común es uno de los elementos que se encuentran en la base de la confusión que presidió el debate público en torno a la Directiva *Bolkestein* en sus inicios y que resultaron determinantes, a juzgar por los análisis que se realizaron, en el fallido proceso de ratificación del Tratado Constitucional (45). En cualquier caso, puede entenderse que esta conciliación de libertades aumenta las posibilidades interpretativas del Tratado en aspectos concretos, como, por ejemplo, el contenido en el último párrafo del art. 57 TFUE, donde se afirma de forma expresa que un prestador establecido en un concreto Estado Miembro podrá ejercer *temporalmente* su actividad en otro Estado Miembro, en el que se lleve a cabo una prestación concreta, en las mismas condiciones que imponga ese Estado a sus propios nacionales. El mismo precepto remite a las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento. Con la reforma se reescribe la referencia a la temporalidad, dado que la Directiva no restringe el ámbito temporal de realización de las actividades que abarca.

(44) Se trataría de un programa político-económico más ambicioso que el inicialmente previsto para el funcionamiento de las libertades. Así, se ha sostenido que con este nuevo modelo se pretende instaurar la doctrina de acceso al mercado, para así preservar la libertad de comercio en general, mientras que las libertades de circulación habrían sido originalmente concebidas para evitar medidas de «simple» proteccionismo económico. Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI (2007: pp. 248-249, si bien es una hipótesis que desarrolla a lo largo de todo el trabajo).

(45) Cfr. en este sentido, entre otros, un artículo aparecido en prensa durante el periodo abierto para la ratificación del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa: MEDINA/BARÓN (2005). En el texto los autores lamentan que el debate en torno a la directiva Bolkestein haya afectado negativamente el proceso de ratificación del Tratado Constitucional y afirman que «[l]a apertura de la discusión sobre la liberalización de los servicios no sólo no es mala para la consecución de los objetivos integradores de la Unión, sino que es esencial para este fin».

2. UNA APROXIMACIÓN INICIAL Y CONTEXTUAL AL CONCEPTO DE SERVICIO

La definición de «servicio» contenida en el art. 57 TFUE, a la que me he referido más arriba, es una definición clásica y genérica, al mismo tiempo que subsidiaria, toda vez —insisto— que la prestación se considerará «servicio», siempre y cuando no se rija por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. El texto de la Directiva se remite directamente a este precepto (46) para la concreción del término «servicio» y la Ley española acoge esa definición, ampliándola, para incorporar esa perspectiva que interrelaciona las libertades fundamentales (47).

Se ha de recordar que el art. 57 TFUE, en su apartado segundo, remite a un conjunto de categorías que se encuentran comprendidas, en todo caso, en la definición de los servicios, a saber: las actividades de carácter industrial y mercantil (48), las actividades artesanales y las actividades propias de las profesiones liberales. La lista no representa un *numerus clausus*, en la medida en que el texto indica que «en particular» se comprenderán las mencionadas actividades, pero sí se ha de destacar que no incluye excepciones. Es relevante destacarlo porque la Directiva sí incorpora determinadas excepciones, fruto, en realidad, del desarrollo del Derecho comunitario y de las ponderaciones a que he hecho mención más arriba. De dichas excepciones se dará cuenta más adelante y parece que la aproximación al concepto de servicio habrá de realizarse de una manera negativa, por exclusión de los sectores no abarcados por la Directiva.

Esta curiosa fórmula de aprehensión del objeto esencial de la norma da buena cuenta de las dificultades de su gestación, caracterizadas por las tensiones existentes entre distintas culturas políticas y jurídicas, así como entre las diversas fuerzas sociales en Europa y los grupos políticos encargados de diseñar la Directiva. Buena prueba de ello es, por ejemplo, la referencia al elevado nivel de calidad de los servicios, una referencia que no se contenía en

(46) En su versión anterior, como ha quedado dicho, esto es, el art. 50 del Tratado de la Comunidad Europea (TCE).

(47) Así, insiste el art. 2.1 de la Ley que la misma se aplica a los servicios ofrecidos o prestados «por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro». La Directiva se limita a aludir a los prestadores establecidos en un Estado miembro (asimismo, art. 2.1). El sentido es el mismo, pero la forma de expresarlo es significativa.

(48) Es el supuesto típico, en el que, además, la modificación del régimen administrativo está previsto que opere las transformaciones más relevantes. V. DESCALZO GONZÁLEZ (2010); PADRÓS REIG (2010). Desde una perspectiva medioambiental y referida a la Unión en su conjunto, v. también VERANNEMAN (2008).

la versión inicial (49). Como indica De la Quadra-Salcedo, el hecho de llevar la calidad al frontispicio de la Directiva (Art. 1.1) da cuenta de la voluntad de la Comunidad Europea para conciliar el mercado interior y la calidad de los servicios en igualdad de condiciones (50). Más aún, entiendo que podría sostenerse que el objetivo de la calidad implica que la misma es un elemento inescindible de la noción de servicio. Sería, así, un elemento jurídico, controlable por los medios oportunos, que habría de coheretarse en su caso con las medidas adoptadas para «facilitar» (51), en expresión de la Directiva, el mercado interior. Curiosamente, la transposición española no se refiere a la necesidad de «mantener» un nivel elevado de calidad de los servicios (art. 1 de la Directiva), sino al «fomento» de dicho nivel. Parece que se consolida un mandato más exigente que podría servir de pauta interpretativa del texto en su conjunto.

El concepto de servicio en el contexto de la Directiva es, por tanto, un concepto confuso, dada la remisión al listado de excepciones, pero es en cualquier caso un concepto dotado de unas características cualitativas, debido a la remisión que se realiza a la calidad. Dadas las pretensiones liberalizadoras del texto comunitario, parece por tanto que se incluye una salvaguarda del contenido del servicio aun en ese contexto liberalizador, partiendo de una cierta premisa de calidad en los servicios cubiertos. En el siguiente apartado se desgranarán las distintas categorías de servicios excluidos. Llama la atención el hecho de que convivan categorías sumamente genéricas, como los servicios no económicos de interés general, con otras muy específicas, como los servicios de empresas de trabajo temporal. Además, se ha de tener en consideración que existen excepciones específicas al régimen general, previstas, eso sí, en el apartado correspondiente a las normas concretas relativas a la libre circulación de servicios, esto es, en aquellos supuestos en los que el prestador no se encuentra establecido en el Estado de referencia, esto es, en el Estado en el que se discute la posibilidad de prestar dicho servicio. Esta particularidad entiendo que no contradice el marco general que ha sido expuesto, según el cual libertad de establecimiento y libre circulación de servicios no son sino dos caras de la misma moneda. En mi opinión, el sentido de este artículo es introducir un requisito adicional a determinados servicios, respecto de los cuales es necesario que quien quiera prestar el servicio se encuentre establecido en el Estado en el que se ha de llevar a cabo la prestación. Como precisamente se trata de

(49) Cfr. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009a: p. 90). La calidad desde otra óptica, la de la propia normativa reguladora del libre acceso a los servicios, ha sido abordada por PONCE SOLÉ (2009).

(50) *Ibidem*.

(51) Al carácter expresivo del término «facilitar» se refiere también DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009a: p. 89).

una previsión excepcional respecto del régimen general, el propio legislador europeo lo ha regulado como tal. Así, la sección primera del Capítulo IV de la Directiva se titula «libre prestación de servicios y excepciones», indicando por tanto esta naturaleza extraordinaria que refería. Esa excepcionalidad, sin embargo, no ha sido reflejada en el título por el legislador español.

Por último, la Directiva señala que, en caso de conflicto con otras normas más especiales, prevalecerán éstas (52). No se trata más que de una positivación del principio general de especialidad que rige en los supuestos de conflictos normativos. No obstante, da buena cuenta de la disparidad de regímenes jurídicos que, en definitiva, existe en el ámbito de los servicios y que se pone de manifiesto, también, en la existencia de las categorías de servicios excluidos que se exponen a continuación.

IV. LA DEFINICIÓN DE SERVICIO EN NEGATIVO: LOS SERVICIOS EXCLUIDOS

1. Consideraciones generales

La definición de servicio que sustenta el régimen jurídico de la Directiva es, por tanto, una definición en negativo, en la medida en que depende del contenido de que se dote a las excepciones (53). Resulta, en cualquier caso, complejo referir la noción de servicio, aun centrándose en las expresiones en negativo, por cuanto las exclusiones que se realizan a la aplicación del régimen jurídico general lo son tanto de su objeto como de la finalidad que persigue la norma (54). De hecho, en algún supuesto coinciden ambos objetivos en un mismo enunciado. Es el caso, a título de ejemplo, del apartado 2 del art. 1, que, haciendo frente a las críticas sociales más extendidas, anuncia que la Directiva «no trata la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios». Sin discutir ahora el acierto de

(52) Art. 3 de la Directiva, que regula esta cuestión por extenso, indicando a título de ejemplo algunas normas que prevalecen en todo caso. Vid. asimismo art. 2.4 de la Ley 17/2009.

(53) Enrique Linde también afirma que la definición de servicio en positivo puede considerarse residual. Cfr. LINDE PANIAGUA (2008: p. 38).

(54) Al respecto, en idéntico sentido, la referencia en nota anterior. Esta confusión ha sido puesta de manifiesto asimismo por Tomás de la Quadra-Salcedo, que ha estudiado con detenimiento las categorías de servicios a los que «no se aplica» la Directiva y los sectores o ámbitos del ordenamiento (finalidades, en definitiva) de los que «no trata» la norma o que «no se ven afectados» por la misma. En cualquier caso, el autor da cuenta de la imprecisión de todas estas expresiones, que se mezclan en el texto normativo y que no resultan siempre fácilmente deslindables. Cfr. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009a).

esta afirmación (55), cabe señalar que la Directiva no sólo indica una finalidad, en negativo, sino que también apunta a una categoría de servicios que sí se encuentra contemplada con carácter general en el ámbito de aplicación de la misma.

Las razones que han justificado la elaboración de categorías de servicios excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva son político-constitucionales y varían en función de cada uno de los sectores afectados. Así, en algunos supuestos podría afirmarse que se concretan mandatos equivalentes a los contenidos en las cláusulas de Estado Social (56), como pudiera ser el caso de los servicios sanitarios. En otros supuestos, la dimensión cultural de la actividad justificaría la exclusión de determinados servicios del régimen general. Es el caso, por ejemplo, al menos en teoría, de los servicios audiovisuales. La cultura aparece en la Directiva dotada de un papel singular, como más adelante se explicará con detalle. A las líneas siguientes me remito, por tanto, para el estudio con más detenimiento de cada una de estas categorías de servicios excluidos.

Por último se ha de señalar que, dado que no existe un único régimen jurídico desde el punto de vista del prestador de los servicios, existe también una pluralidad de estatutos jurídicos de quien recibe dichos servicios. La definición mosaico del concepto de servicio, elaborada en negativo atendiendo a diversas categorías excepcionadas, comporta consecuencias para el Derecho del Consumo en el sentido señalado y cabría preguntarse, por lo tanto, hasta qué punto no resultaría también más conveniente desde esta óptica contar con un estatuto jurídico unitario, al menos respecto de unos principios comunes.

(55) Me remito a la abundante literatura —citada en este aparato de notas— que se ha ocupado de la naturaleza de la Directiva, esto es, si es una norma liberalizadora, desreguladora o meramente continuista.

(56) L. Ortega y L. Arroyo afirmaban en 2007 que «no sería correcto afirmar la vigencia del principio de Estado social en tanto nota definitoria de la Unión Europea», entre otras razones porque la Constitución Económica europea estaba caracterizada en aquel momento, a juicio de los autores, por la nota de la asimetría y la ausencia de una dimensión social suficiente. Cfr. ORTEGA ÁLVAREZ/ARROYO JIMÉNEZ (2007: pp. 349-350). Sin embargo, el (fracasado) Tratado Constitucional (cuyas cenizas rescata el vigente Tratado de Lisboa) habría dotado de vigor a la perspectiva social y ello habría implicado un giro en la deriva constitucional europea [p. 350]. Sobre la dimensión social del proyecto europeo y la Directiva de Servicios, v. NEERGARD/NIELSEN/ROSEBERRY (eds.) (2008).

2. Los servicios de interés económico general. Monopolio de la definición y margen de apreciación

A) Una aproximación al concepto

La categoría que, sin duda, presenta mayor interés en el análisis de la noción de servicio es la de servicio de interés general, en especial en tanto que el interés puede adjetivarse y referirse, por tanto, a un interés económico general. La doctrina ha puesto de manifiesto hace tiempo la confusión generada en el Derecho comunitario por la convivencia de dos expresiones, servicio económico de interés general y servicio de interés económico general, parecidas pero que presentan matices (57). La noción «económico» definiría el interés, es decir, el tipo de acción pública que se persigue, pero no el servicio, que es un instrumento para la consecución de dicho fin. Ello no obstante, las propias Instituciones europeas son imprecisas en el uso que realizan de estos términos y parece que el término «económico» suele acompañar al interés, cuando se utiliza la expresión en positivo [servicios de interés económico general] mientras que se sitúa junto al servicio cuando la expresión lo es en negativo [servicios no económicos de interés general] (58). De hecho, la Directiva de Servicios, en el art. 2.2, establece que la misma no se aplicará a los «servicios no económicos de interés general», idéntica expresión que empleará el legislador español en el art. 2.2 de la Ley 17/2009.

B) Servicios de interés económico general, servicios públicos y funciones de autoridad

Los servicios de interés económico general —a diferencia de los servicios no económicos de interés general— son los abarcados con carácter general por la Directiva de Servicios (59). La relevancia que presenta esta categoría obedece —fundamentalmente— a sus vínculos con la noción clásica en los Estados Miembros de la órbita jurídica francesa de servicio público. Ello ha llevado a la doctrina a preguntarse desde los primeros momentos sobre la adecuación de reconducir la expresión «servicios de interés general» a la categoría de servicio público y, por tanto, la de «servicios de interés económico general» a algunas

(57) Cfr. VAQUER CABALLERÍA (2005).

(58) Cfr. VAQUER CABALLERÍA (2010: p. 8, nota 16).

(59) Así, como se ha indicado ya, el art. 2.2 a) establece que la Directiva no se aplicará a los servicios no económicos de interés general, entendiéndose que, a contrario, sí se encuentran afectados los servicios de interés económico general. Por su parte, el también citado art. 1.2 señala que la Directiva no trata la liberalización de los servicios de interés económico general, entendiéndose, también a contrario, que su objeto sí son dichos servicios, aun cuando no se persiga la finalidad enunciada en el precepto.

manifestaciones de este concepto clásico. Podría entenderse, sin pretensión conclusiva, que el concepto de servicio público es una construcción de honda raigambre francesa que el Derecho de la Unión ha sustituido por una terminología propia para referirse a *algunas*, sólo algunas, de sus manifestaciones. En cualquier caso, tampoco ha de olvidarse que, como recordaba MALARET en 1998, «estamos asistiendo a una nueva mutación de un concepto —el de servicio público— precisamente caracterizado por su plasticidad» (60).

No es aventurado concluir que el conjunto de derechos y obligaciones que derivan de la categoría nacional de «servicio público» se articula en Derecho de la Unión en muchas ocasiones en torno a la institución de los «servicios de interés económico general», institución que presenta unos perfiles un tanto diversos, por cuanto esta última categoría, en principio, sólo tiene en consideración las actividades de contenido económico, mientras que el servicio público admite referencias a otro tipo de actividades (61). En este sentido, «servicio público» sería la categoría general referida a las actividades prestacionales realizadas por una entidad pública que persigue un interés general, siendo el «servicio económico de interés general» una subcategoría dentro de la anterior. Así, los servicios públicos de relevancia económica (en el sentido de la jurisprudencia comunitaria) serían los mentados servicios económicos de interés general.

El concepto de servicio público continuaría teniendo relevancia, en la medida en que las Instituciones europeas lo usan, en especial en lo que respecta a determinados regímenes extraordinarios o exorbitantes del Derecho común. Así, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de realizar algunas precisiones al respecto en su análisis de las ayudas de Estado consideradas conformes con el Derecho comunitario. La jurisprudencia es ya amplia y, entre las sentencias pronunciadas, destaca una que ha terminado por convertirse en parámetro de control para los asuntos posteriores: la sentencia *Altmark Trans*, de 24 de julio de 2003 (62). Dicha sentencia, como es conocido, precisa los requisitos a considerar para admitir como conformes a Derecho las ayudas públicas dirigidas a cubrir los costes de los servicios públicos (63), línea interpretativa que ya se había abierto en una sentencia anterior, la sentencia *Ferring*, de 22 de noviembre de 2001 (64). La sentencia *Altmark* probablemente no

(60) MALARET I GARCÍA (1998: p. 53).

(61) Sobre esta cuestión véase, en detalle, PAREJO ALFONSO (2003: pp. 658 ss.).

(62) As. C-280/00.

(63) Se trata, como es sabido, de un análisis del concepto del servicio público más allá del estrecho margen de los «servicios de interés económico general». Aquí, el concepto de servicio público aparece en el marco de las ayudas de Estado, aquéllas concedidas, precisamente, para sufragar los gastos de gestión de dicho servicio. En cualquier caso, el Tribunal no define qué se considera servicio público, sino que se ofrece un margen de apreciación a los Estados.

(64) As. C-53/00.

ofrece todas las respuestas posibles a la cuestión que es objeto de estudio y el Tribunal habrá de precisar con posterioridad alguno de sus aspectos, pero sí contiene algunas pautas que han de ser tenidas en consideración. (65) El litigio se suscita a raíz de una concesión a la entidad *Nahverkehrsgesellschaft* de licencias de servicios regulares de transporte por autocar en el distrito (*Landkreis*) Stendal, de Alemania, así como de subvenciones públicas para la ejecución de dichos servicios.

El Tribunal, en su sentencia, se remitió a los requisitos que, con carácter general, permiten determinar que se trata o no de una ayuda de Estado y que son, de forma resumida, en línea con lo establecido por el antiguo art. 87.1 TCE [actual art. 107.1 TFUE], los siguientes:

- La existencia de una intervención del Estado o mediante fondos estatales.
- La posible afectación a los intercambios entre Estados Miembros.
- La existencia de una ventaja para un beneficiario.
- Y el falseamiento o la amenaza de falseamiento de la competencia.

En el asunto concreto se había de determinar si, en la medida en que se trataba de un servicio público de carácter local, podía considerarse que dicha ayuda afectaría a los intercambios entre Estados Miembros. El Tribunal de Justicia consideró que, en efecto, así era, dado que es posible que empresas procedentes de otros Estados Miembros tengan interés en prestar los servicios públicos afectados en el caso concreto. Por otro lado, el órgano jurisdiccional analizó si se producía o no una ventaja para la empresa beneficiaria en relación con otras empresas, tal y como venía exigido por el art. 87.1 del Tratado de la Comunidad Europea para considerar que concurre una ayuda de Estado. Con ese fin, también aquí estableció una serie de requisitos que se reproducen a continuación, por cuanto muestran el sentido que el Tribunal de Justicia ofrece del concepto de servicio público:

- a) La empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas.
- b) Los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto a las empresas competidoras. Así, constituye una intervención financiera incluida en el concepto de ayuda de Estado en el sentido del artículo [87], apartado 1, del Tratado, la compen-

(65) Sobre esta sentencia véase el comentario de ACIERNO/BAQUERO CRUZ (2004).

sación por parte de un Estado miembro de las pérdidas sufridas por una empresa sin que se hayan establecido previamente los parámetros de tal compensación, cuando, a posteriori, se comprueba que la explotación de determinados servicios en el marco de la ejecución de obligaciones de servicio público no ha sido económicamente viable.

- c) La compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. El cumplimiento de este requisito es indispensable para garantizar que no se otorga a la empresa beneficiaria ninguna ventaja que falsee o amenace falsear la competencia al reforzar su posición competitiva.
- d) Cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública que permita seleccionar al candidato capaz de prestar estos servicios originando el menor coste para la colectividad, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada en medios de transporte para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones.

En conclusión, «si las subvenciones públicas concedidas a empresas encargadas explícitamente de obligaciones de servicio público para compensar los costes ocasionados por la ejecución de estas obligaciones responden a los requisitos indicados en los apartados 89 a 93 de la presente sentencia, tales subvenciones no están sujetas al artículo [87], apartado 1, del Tratado. Por el contrario, la intervención estatal que no cumpla uno o varios de estos requisitos deberá considerarse una ayuda de Estado en el sentido de esta disposición» (66).

Algunas sentencias posteriores han completado la doctrina establecida por el Tribunal de Justicia en la sentencia *Altmark*. Así, el Tribunal retomó la materia en la sentencia de 30 de marzo de 2006, *Calafiori* (67), sentencia en

(66) Sobre los problemas que se plantean en el ámbito local respecto de los servicios de interés económico general, como era el supuesto de la sentencia, véase CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, (2004); MALARET I GARCÍA (2003).

(67) As. C-451/03.

la que se debió pronunciar sobre la aplicación de las normas sobre competencia a determinadas prestaciones de asesoramiento y asistencia fiscal. En el caso de autos se ponía en cuestión la normativa italiana que atribuía en exclusiva a los denominados «Centros de Asesoramiento Fiscal» (CAF) el derecho a ejercer ciertas actividades de asesoramiento y asistencia en temas tributarios, entre ellas las actividades relativas a la declaración anual de la renta de los trabajadores por cuenta ajena y asimilados. Los CAF, en el momento en el que surge la controversia, ejercían su actividad con la autorización del Ministerio de Hacienda y para ello se habían de constituir en forma de sociedades anónimas. Solamente podían optar a dicha situación determinadas entidades que la ley precisaba (a título de ejemplo, las organizaciones sindicales), e incluso en algún apartado de la normativa reguladora se insistía en que determinadas entidades sólo podrían crear CAF si se encontraban domiciliadas en Italia. Por otro lado, los CAF designaban uno o más responsables del asesoramiento fiscal entre los miembros del colegio de auditores o del colegio de contables. Para todo ello, los CAF recibían una ayuda con cargo a los presupuestos generales del Estado.

El Tribunal analiza diversas cuestiones, si bien respecto de algunas de las enunciadas en la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Apelación de Milán, considera que no tiene elementos de juicio suficientes para pronunciarse (68). En la materia objeto de estudio en este momento, se ha de destacar que el órgano jurisdiccional considera que *«la atribución a los CAF de una competencia exclusiva de prestar determinados servicios de asesoramiento y asistencia en materia tributaria constituye una restricción a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, prohibida, en principio, por los artículos 43 CE y 49 CE»*. Las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios pueden ser justificadas, si se aplican a cualquier persona o empresa, independientemente de su nacionalidad, si concurren *«razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo»* (69). En el caso concreto, el Tribunal no aprecia que exista un interés general de las características mencionadas, toda vez que se trata de actividades que, por lo general, tienen *«un carácter*

(68) *«Debe señalarse que, con independencia de si la normativa nacional ha concedido tales derechos especiales o exclusivos a los CAF, ni la resolución de remisión ni las observaciones escritas aportan al Tribunal de Justicia los elementos de hecho y de Derecho que le permitan determinar si se cumplen los requisitos para la existencia de una posición dominante o de un comportamiento abusivo, en el sentido del artículo 82 CE»*. Véase el apart. 25 de la sentencia citada.

(69) Véase el párrafo 37 de la sentencia, que se remite a la de 17 de octubre de 2002, *Payroll y otros*, as. C-79/01.

simple y no requieren cualificaciones profesionales específicas». (70) Por ello, no es necesario recurrir a un tipo determinado de profesionales y, en cualquier caso, no se justifica que dichos profesionales (en este caso, los miembros del colegio de auditores o del colegio de contables) puedan únicamente prestar este tipo de servicios a través de las entidades mencionadas, no pudiendo hacerlo a título propio (71).

Dado que no se estima el argumento anterior, el Tribunal estudia si la normativa italiana puede justificarse atendiendo a los arts. 45.1 y 55 TCE (72). Para ello ha de analizar si las actividades afectadas constituyen ejercicio del poder público, análisis que, en consonancia con la propia jurisprudencia del Tribunal, ha de realizarse de forma estricta (73). Este dato presenta relevancia en el discurso relativo a la vigencia de conceptos «servicio público» o «ejercicio de poder público». Conviene reproducir, además, el apartado 47 del razonamiento del Tribunal donde se sostiene que *«la comprobación de la conformidad de los datos indicados en la declaración tributaria con su documentación anexa, aun cuando rara vez es cuestionada por la administración tributaria, no está relacionada directa y específicamente con el ejercicio del poder público sino que es una medida destinada a preparar o facilitar la realización de tareas que corresponden a la administración tributaria»*. Se parte de la base de que una «administración», la tributaria en este caso, tiene encomendado el ejercicio del poder público, aun cuando se admite que en dicho ejercicio puede ser ayudado por otro tipo de sujetos. En cualquier caso, de las líneas reproducidas se extrae también la conclusión de que la «administración» mantiene siempre un poder de control de ese ejercicio, por cuanto se menciona una determinada «comprobación». Dicha comprobación, se entiende *a contrario*, habría de implicar un control del ejercicio del poder, si dicho ejercicio hubiera estado realmente encomendado a las CAF. Tampoco son ejercicio de poder, en fin, *«la entrega al contribuyente de una copia de la declaración cumplimentada y de la liquidación del impuesto, así como la comunicación del resultado de las declaraciones tributarias a los empresarios obligados a practicar la retención*

(70) Vid. apart. 39.

(71) Apart. 40 a 43.

(72) El art. 45.1 TCE (hoy, art. 51 TFUE), como se indicó *supra* en el texto, establece que las disposiciones sobre libertad de establecimiento no se aplicarán respecto de actividades que, en un concreto Estado Miembro, estén relacionadas, aunque sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. El art. 55 TCE (hoy, art. 62 TFUE) extiende esta previsión a la libre prestación de servicios. Como es sabido, en el ámbito de la libre circulación de trabajadores se emplea un criterio orgánico para establecer esta excepción y, así, se indica que las disposiciones sobre dicha libertad no se aplican a «los empleos en la Administración Pública» (art. 45.4 TFUE).

(73) En este sentido, véanse las sentencias de 15 de marzo de 1988, *Comisión c. Grecia*, as. 147/86, apartado 7, y de 29 de octubre de 1998, *Comisión c. España*, C-114/97, apartado 34.

y el envío de las declaraciones a la administración tributaria» (74). Cabe concluir señalando que, como afirmación de principio, el Tribunal indica que «no puede excluirse que un Estado miembro pueda calificar de 'servicio público' los servicios de asesoramiento fiscal prestados por los CAF», dejando por tanto un margen de apreciación a los Estados. Este tipo de consideraciones presentan interés, porque el Tribunal está indicando qué es ejercicio del poder y qué no es ejercicio del poder, cuándo cabe emplear ciertas prerrogativas (excepción a las libertades de la Unión) y cuándo no, cuándo nos encontramos ante categorías clásicas del Derecho Administrativo y cuándo no. Servicio público y ejercicio del poder público aparecen aquí integrados en el Derecho de la Unión y determinan la aplicación de un concreto régimen jurídico.

La noción de servicios de interés económico general, por tanto, guarda relación, o puede hacerlo, con nociones que tradicionalmente se han vinculado en el seno de algunos Estados a la idea de servicio público. Sin embargo, las Instituciones en ocasiones utilizan esta expresión de forma autónoma y diferenciada. En fin, como también se ha señalado, el concepto de servicio público también se pone en conexión en ciertos supuestos con la clásica expresión de ejercicio del poder o función de autoridad, siendo aquí una visión más estricta de dicha construcción jurídica. La remisión a la pluralidad del régimen jurídico del servicio público en Francia y, en definitiva, a la pluralidad de nociones no creo que resulte impertinente aquí. De hecho, la dificultad de aprehender la noción *a priori* se pone de manifiesto en los considerandos de la Directiva. Así, en el núm. 34 se señala que «[c]on arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la evaluación de si determinadas actividades, en especial las que reciben financiación pública y las prestadas por entidades públicas, constituyen un «servicio» debe efectuarse caso por caso y a la vista de todas sus características, en particular la forma en que se prestan, organizan y financian en el Estado miembro de que se trate».

Se ha de recordar que la definición de qué haya de considerarse servicio de interés económico general compete a los Estados Miembros en el marco de las normas de la Unión. En especial, la organización y financiación de dichos servicios ha de respetar las normas sobre competencia y, concretamente, las referidas a las ayudas de Estado (75). Esta excepcionalidad justifica que existan algunas previsiones adicionales en la nueva normativa. Así, si bien la libertad de establecimiento no contiene este tipo de referencias, el bloque de preceptos dedicados de forma expresa a la libre circulación de servicios sí lo hace. El art. 13 de la Ley 17/2009, en línea con lo establecido en el art. 17 de la Directiva, indica que el régimen jurídico general de la libre prestación

(74) Cfr. apart. 48.

(75) Cfr. art. 1.3 de la Directiva.

de servicios no se aplicará a un listado de servicios que son, precisamente, de interés económico general (76): a) Los servicios de recogida, clasificación, transporte y distribución de los envíos postales en el ámbito del Servicio Postal; b) La generación, el transporte, la distribución y el suministro de electricidad; c) El transporte, la distribución, el suministro, el almacenamiento, la regasificación y el aprovisionamiento de gas natural; d) Los servicios de distribución y suministro de agua, y los servicios de aguas residuales; e) El tratamiento de residuos y la vigilancia y control de su traslado. Por último, el apartado segundo del art. 13, en línea también con lo establecido en el art. 17 de la Directiva, excluye la aplicación del régimen general de libertad a un conjunto de materias, reguladas de manera específica en sus propias Directivas. Estas excepciones al régimen general de libre prestación de servicios, en especial el primer bloque, son excepciones que —insisto— no se dan en la libertad de establecimiento. Por ello, podría sostenerse que son las que en realidad justifican que continúe distinguiéndose los ámbitos de aplicación.

3. Categorías de servicios excluidos

Dadas las incertidumbres que presenta el concepto de servicio, se ha indicado ya que los perfiles de su definición se comprenden mejor mediante una aproximación, en negativo, es decir, detallando las categorías de servicios excluidos. Puede realizarse un intento de clasificación neutral de dichas categorías, pero, como es lógico, a nadie se le escapa el contenido político del resultado plasmado en la norma, fruto de las correspondientes negociaciones y fruto también del tenso debate público que tuvo lugar en esta materia (77).

A) Los servicios no económicos de interés general

En primer lugar se encuentran los servicios no económicos de interés general, en expresión tanto de la Directiva como de la Ley 17/2009 (78). Dada la extensión dedicada a esta materia en líneas anteriores, no se añadirá mucho más ahora. Sin embargo, sí se ha subrayar el hecho de que algunos servicios

(76) El art. 17 de la Directiva señala, de forma expresa, que la regulación contenida en el artículo anterior, la referida a la libre prestación de servicios, no se aplicará a los servicios de interés económico general, «entre otros», los que a continuación enumera y que son los que recoge el art. 13 de la norma española, de una manera más sintética en algunos supuestos y más desarrollada en otros. Conviene recordar, en cualquier caso, que las excepciones que admite la Directiva son «entre otras» las allí expresadas, pero que, en principio, podría ampliarse el catálogo (algo que el legislador español no ha previsto de forma expresa).

(77) Véase al respecto, entre otros, FLOWER (2007).

(78) Letra a) del art. 2.2 de la Ley y de la Directiva.

que pudieran considerarse dentro de esta categoría, como los sanitarios, incluidos los servicios farmacéuticos, constituyen una categoría diferenciada (79). Todos estos servicios sanitarios se encuentran excluidos con independencia del tipo de establecimiento, organización, financiación y de su carácter público o privado (80). Se trata, en cualquier caso, de una excepción coherente con el tenor asimismo excepcional que recibe este tipo de actividades en el Tratado. Así, el hoy art. 53.2 TFUE, en el conjunto normativo referido a la libertad de establecimiento, establece que «[e]n cuanto a las profesiones médicas, paramédicas y farmacéuticas, la progresiva supresión de las restricciones quedará subordinada a la coordinación de las condiciones exigidas para su ejercicio en los diferentes Estados miembros». Podría pensarse que los servicios sanitarios encuentran difícil encaje en la Directiva, al menos en la vertiente estricta de libre prestación sin necesidad de establecerse en el Estado en el que se prestan los servicios. Sin embargo, la práctica de la telemedicina, ya regulada en algunos ordenamientos jurídicos (81), muestra una nueva deriva también en este ámbito.

Una lógica parecida a la de los servicios sanitarios (la de pertenecer a la categoría de los servicios no económicos de interés general), aunque con matices que la diferencian, es la que lleva a excluir del ámbito de aplicación de la Ley 17/2009 los servicios sociales relativos a la vivienda social (82), la atención a la infancia y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas provistos directamente por las Administraciones Públicas o por prestadores privados en la medida en que dichos servicios se presten en virtud de acuerdo, concierto o convenio con la referida Administración (83). Existen algunas desviaciones respecto del texto de la Directiva. Así, ésta alude al Estado, mientras que la norma española se refiere a las Administraciones Públicas, consciente también de que este tipo de políticas se prestan de manera preferente desde las Comunidades Autónomas. La norma española, por otra parte, circunscribe el elenco de prestadores del servicio de una manera que pudiera plantear dudas, toda vez que el texto de la

(79) Así, como señala Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, se trataba de una excepción previsible y por ello entiende justificado que se incluyan también las actividades privadas prestadas en este ámbito, toda vez que el modelo general se encuentra, en cualquier caso, dominado por lo público. Cfr. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009a: pp. 109-110).

(80) Cfr. CANTERO MARTÍNEZ (2011).

(81) V. En Francia el reciente Decreto sobre Telemedicina: Decreto núm. 2010-1229, de 19 de octubre de 2010. En general, sobre la regulación de la telemedicina en este país, véase el dossier preparado en la página de Internet «Service public»: <http://www.service-public.fr/actualites/001824.html?xtor=EPR-140> (última entrada: 14 de enero de 2011).

(82) Vid. VAQUER CABALLERÍA (2010).

(83) Letra j) del art. 2.2 de la Ley y también de la Directiva.

Directiva es más general. Así, ésta señala que —para que la excepción sea aplicada— los servicios habrán de ser prestados o bien por el Estado —la norma española añade «directamente» [por las Administraciones Públicas]—, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado. La Ley española reduce estas dos últimas categorías a las actividades realizadas por prestadores privados «en la medida en que dichos servicios se presten en virtud de acuerdo, concierto o convenio con la referida Administración». La Directiva alude a asociaciones de beneficencia «reconocidas como tales», pero en ningún lugar indica que se haya debido utilizar un instrumento de los que exige la norma española. Más allá de esta apreciación y con carácter general, a juicio de la doctrina, lo que se ha pretendido en este apartado no es tanto excluir las actividades de sustento social realizadas por sujetos privados, sino garantizar que las personas destinatarias de esa prestación sean quienes de verdad lo necesitan (84). De ahí que la reformulación que opera la Ley española sea discutible en los términos ya expuestos.

B) Algunos servicios de interés económico general

No es necesario abundar ya aquí en esta categoría. Reiteraré ahora que los Estados Miembros mantienen el monopolio de la definición de los servicios de interés económico general —dentro de los límites ya indicados— e incluso la propia Directiva prevé que un listado de categorías de servicios («entre otros») se encuentran directamente excluidos de uno de los subsectores abordados por la norma comunitaria, a saber: la libre prestación de servicios. Ahora se ha de señalar que el tratamiento de los servicios de interés económico general aumenta su complejidad por el hecho de que algunas categorías se encuentran directamente excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva. Se trata de los servicios y redes de comunicaciones electrónicas (85), los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los portuarios (86), y los servicios financie-

(84) Cfr. DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009a: p. 112).

(85) Letra c) del art. 2.2 de la Ley y de la Directiva.

(86) Letra d) del art. 2.2 de la Ley y de la Directiva. La Ley española es algo más precisa en este aspecto, dado que indica de forma expresa que, se incluirán en el concepto «servicios en el ámbito del transporte, los transportes urbanos, y de la navegación marítima y aérea, incluidos los portuarios y aeroportuarios necesarios para llevar a cabo la actividad de transporte, exceptuando la actividad de las plataformas logísticas de las empresas y de las actividades necesarias para su funcionamiento». De nuevo, cabe plantearse aquí si estas precisiones que realiza el legislador español son conformes con las previsiones generales de la Directiva. Una panorámica actualizada del Derecho de los transportes en Europa, puede verse en GARRIDO CUENCA (2010), en prensa [he manejado el original por cortesía de la autora].

ros (87). Estos tres grupos disponen de regulación específica en el Derecho de la Unión. La ponderación general a la que aludía más arriba se concreta en los regímenes jurídicos específicos de cada uno de estos sectores y cabe señalar que, al menos dos de ellos, los servicios financieros y los transportes, ya desde el Tratado se consideran excepcionales, debido a su carácter instrumental para la economía en general, para el ejercicio de las libertades fundamentales, así como por su conexión —precisamente— con el ejercicio de otras libertades. Es el caso de los servicios financieros, dado que, como señala el art. 58.2 TFUE, «[l]a liberalización de los servicios bancarios y de seguros vinculados a los movimientos de capitales se realizará en armonía con la liberalización de la circulación de capitales». Esta misma lógica, la de controlar los efectos sobre la libre circulación de capitales, entiendo es la subyacente a la exclusión de las actividades de juego, incluidas las loterías, que impliquen apuestas de valor monetario (88). En el caso de los transportes, con toda lógica, el mismo art. 58 TFUE, en su apartado primero, indica que «[l]a libre prestación de servicios, en materia de transportes, se regirá por las disposiciones del título relativo a los transportes». Los transportes son uno de los ámbitos principales de actuación de las competencias compartidas entre la Unión y los Estados Miembros (art. 4.2 g) TFUE) y el título del Tratado que recoge las disposiciones específicas en esta materia es hoy el Título VI.

C) Funciones de autoridad o ejercicio de poder público

En este apartado he agrupado diversas subcategorías que pueden reconducirse a la rúbrica «funciones de autoridad o ejercicio de poder público», al menos en un sentido lato. Se trata, en primer lugar, de las actividades que supongan el ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el actual art. 51 TFUE, así como los servicios prestados por notarios y agentes judiciales

(87) Letra b) del art. 2.2 de la Ley y de la Directiva. Por motivos de sistematización he incluido los servicios financieros en la categoría de servicios de interés económico general. No obstante, es evidente que los mismos no responden, al menos en todos sus extremos, a una comprensión común de qué haya de considerarse un servicio de interés económico general. Sin embargo, los deberes de supervisión de los mercados financieros que tienen encomendados los poderes públicos y la necesaria protección de los consumidores en estos mercados hacen que la reconducción de algunos de sus aspectos a la noción de servicio de interés económico general no resulte exagerada. V. al respecto, aun cuando no aborda esta cuestión de manera *directa*, la Comunicación de la Comisión Europea de 28 de octubre de 1998: «Servicios financieros. Establecimiento de un marco de actuación», COM (1999) 232 final.

(88) Letra h) del art. 2.2 de la Ley y de la Directiva. A diferencia de otras excepciones, aquí la Ley española ha resultado un poco más escueta que el original comunitario, que excluía «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».

designados mediante un acto oficial de la Administración. Estas dos categorías aparecen en dos apartados diferentes en la Directiva (89), mientras que el legislador español ha optado por contemplarlos de manera conjunta, añadiendo además las figuras de los registradores de la propiedad y mercantiles (90).

En esta categoría, a la que me he referido en sus rasgos generales más arriba, también se ubicaría —por sistematizar todas las categorías— los servicios de seguridad privada (91). Es posible que, en sentido estricto, los servicios de seguridad privada no sean susceptibles de ser reconducidos a las categorías de ejercicio de funciones públicas o poder público. Ello no obstante, el hecho de que en ocasiones resulte complicado deslindar cuándo nos encontramos en presencia de actividades de policía y cuándo es admisible abrir la puerta a la intervención privada (92) hace que su inclusión aquí no resulte extraña.

D) Cultura y pluralismo de los medios de comunicación

Por último, se ha de hacer referencia a un concepto, la cultura, tan recurrido como poco preciso (93). Señala la Directiva en su art. 1.4 que la misma «no afecta a las medidas adoptadas a escala comunitaria o nacional, respetando el Derecho comunitario, para fomentar la diversidad cultural y lingüística y garantizar la defensa del pluralismo de los medios de comunicación». Además, más adelante, en el art. 4 [«Definiciones»], apartado 8, incorpora entre las «razones imperiosas de interés general» —que operan a modo de excepción en la aplicación de los principios generales relativos a la libertad de establecimiento— los «objetivos de la política social y cultural». La cultura, desde el Tratado de Maastricht, ha cobrado carta de naturaleza política y hoy cabría aludir a una Constitución Cultural en Europa (94) —al menos en un estadio incipiente— que condicionaría la puesta en práctica del resto de preceptos constitucionales.

Pese a estas referencias a la cultura y las políticas culturales, que se sitúan por tanto en un lugar privilegiado para realizar las oportunas ponderaciones de

(89) Letra i) del art. 2.2, referida a las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública, y letra l) del art. 2.2, sobre los servicios prestados por notarios y agentes judiciales «designados mediante un acto oficial de la Administración».

(90) Letra i) del art. 2.2 de la Ley.

(91) Letra k) del art. 2.2 de la Directiva y de la Ley.

(92) V. al respecto, por todos, GONZÁLEZ BOTIJA (2002); IZQUIERDO CARRASCO (2004).

(93) A esta cuestión me he referido en publicaciones anteriores, a las que me remito para una contextualización de la materia. Vid. DE LA SIERRA (2010a), (2008), (2007) y (2002).

(94) Sobre este concepto, en relación con el audiovisual, me permito referirme también a otro trabajo de quien escribe: DE LA SIERRA (2010b), en prensa.

principios, los servicios culturales no aparecen como categoría independiente en la lista de servicios excluidos de la aplicación de la Directiva. Cabe pensar que, en principio, dependerá de cada actividad en concreto. Si bien es cierto que la dimensión económica de las industrias culturales —en especial si se tiene en cuenta el sustantivo «industrias»— apenas ofrece ya interrogantes, éstos sí se plantean respecto del tratamiento jurídico de estas actividades, debido precisamente a su dimensión singular, que las distingue de otras actividades industriales. Es posible que en un supuesto concreto la prestación se ubique en el ámbito de aplicación de la Directiva, mientras que en otro caso quepa reconducirla a la categoría de servicios no económicos de interés general (por ejemplo, la organización de un certamen de música tradicional).

En el contexto cultural cabe ubicar también el audiovisual, no porque se trate de una preferencia personal, sino porque así lo han estimado oportuno hasta la fecha las Instituciones europeas (95). La Ley española reproduce casi en sus términos exactos el dictado de la Directiva, añadiendo que se encuentran excluidas de la excepción las actividades de comercio al por menor de los productos audiovisuales.

En el tratamiento jurídico de los servicios culturales y audiovisuales, en fin, no puede obviarse la referencia a un texto, la Convención de la UNESCO sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de las Expresiones Culturales, que fue ratificada por España, pero también por la Comunidad Europea (96), y que entró en vigor el 18 de marzo de 2007. La Directiva de Servicios de medios audiovisuales sin fronteras (97), que ha sido transpuesta recientemente en España mediante la Ley General de Comunicación Audiovisual (98), hace referencia a la Convención de la UNESCO en su quinto considerando. Así, en éste se menciona la Resolución del Parlamento Europeo de 27 de abril de 2006, en la que se pone de manifiesto el apoyo de esta Institución a la Convención. La Directiva de Servicios no menciona la Convención de la UNESCO, algo lógico, por otra parte, dado que en la fecha de adopción de

(95) Cfr. DE LA SIERRA (2010a) y (2010b),

(96) Decisión 2006/515/CE del Consejo, de 18 de mayo de 2006, relativa a la celebración de la Convención sobre la protección y promoción de la diversidad de las expresiones culturales.

(97) Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Más adelante, el Derecho vigente ha sido codificado en la Directiva 2010/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de marzo de 2010, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas a la prestación de servicios de comunicación audiovisual (Directiva de servicios de comunicación audiovisual), DO L 95/1, de 15 de abril de 2010.

(98) Ley 7/2010, de 31 de marzo.

la Directiva la Convención todavía no había entrado en vigor. Sin embargo, el papel futuro de la Convención no se ha de desdeñar y, de hecho, el Tribunal de Justicia ya la ha utilizado en alguna ocasión para construir su argumentación jurídica (99).

Con esta categoría se da por concluido el recorrido de las excepciones que establece la Directiva respecto a su ámbito objetivo de aplicación. Queda por mencionar simplemente los servicios de las empresas de trabajo temporal (100), una excepción que se entiende mejor en la versión primigenia del texto comunitario y en el contexto del debate sobre la prestación de servicios en un determinado Estado sometida al Derecho del país de origen (101).

V. CONCLUSIONES

La Directiva de Servicios y, con ella, la Ley 17/2009 han conmocionado las bases del Derecho Administrativo español. En el presente artículo se ha partido de dos hipótesis de trabajo: en primer lugar, se acepta que los cambios producidos en el ordenamiento jurídico-administrativo español son de tal calado que justifican las opiniones de quienes aluden a un cambio de paradigma. En segundo lugar, este fenómeno revolucionario queda matizado por lo que constituye la segunda hipótesis, a saber: que la Directiva no es sino una plasmación de un proceso de mutación constitucional labrado durante varios años en el Derecho de la Unión Europea. Tanto las libertades de circulación entre sí, como estas en relación con la libre competencia, se están acercando en el Derecho positivo y, fundamentalmente, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Alguna de las confusiones que en su momento generó la Directiva puede verse debida, precisamente, al hecho de que libertad de circulación de servicios y libertad de establecimiento se abordan como dos elementos de una misma realidad. Si bien es cierto que la norma incorpora algunas diferencias de régimen jurídico entre uno y otro ámbito, parece que las fronteras, en cualquier caso, se van desdibujando. A ello se une el argumento de que la Directiva condiciona el ejercicio y la interpretación de la libertad de empresa, abundando por lo tanto en cuestiones vinculadas a la libre competencia y no tanto a las libertades de circulación. La mutación constitucional ofrece aquí uno de sus frutos, en el que el régimen jurídico del acceso y la prestación de los servicios queda plasmado como una ponderación de principios constitucionales, de modo que a los operadores jurídicos nacionales les quedaría vedada

(99) V. Sentencia de 5 de marzo de 2009, C-222/07, *Unión de Televisiones Comerciales Asociadas (UTECA) y Administración General del Estado*.

(100) Cfr. letra e) del art. 2.2 de la Ley y de la Directiva.

(101) Cfr. en este sentido DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (2009a: p. 119).

la posibilidad de abrir de nuevo dichas ponderaciones. La existencia de un amplio elenco de servicios excluidos, además, indica que se han realizado ponderaciones específicas para constelaciones jurídico-fácticas asimismo específicas. Estos debates son los que han servido de contexto para ir desgranando el concepto de servicio que sirve de criterio para determinar la aplicación o no de la Directiva de Servicios.

El debate presenta relevancia también, tal y como se ha expuesto en las líneas precedentes, para la teorización y aplicación práctica de la Europa Social. Los objetivos del Derecho Constitucional europeo más allá de los estrictamente económicos (102), incluido el de igualdad entre mujeres y hombres (103), encontrarían también cabida aquí. Veremos qué ocurre cuando estos anhelos de la Directiva-fuego, inspirados por el aire alemán, toquen suelo.

(102) En este ámbito cabe remitir a los Dictámenes del Consejo Económico y Social 2/2008 [sobre el Anteproyecto de Ley sobre el Libre acceso y ejercicio de las actividades y servicios] y 2/2009 [sobre el Anteproyecto de Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio]. Estos documentos, que habrían de arrojar luz sobre las cuestiones enunciadas en el texto, no son más que mera reproducción de los preceptos afectados, o bien de las memorias que los acompañan. Cabe preguntarse, más allá del tema concreto objeto de este trabajo, cuál es el sentido de dedicar recursos públicos a este tipo de documentos.

(103) Como es sabido, la Ley 30/2003, de 13 de octubre, sobre medidas para incorporar la valoración del impacto de género en las disposiciones normativas que elabore el Gobierno, modificó los arts. 22.2 y 24.1b) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno. Así, incorporó la necesidad de acompañar tanto los anteproyectos de ley como los reglamentos de un informe sobre el impacto por razón de género. En los primeros momentos se instauró una cómoda costumbre de emplear fórmulas rituales para indicar, de forma sistemática, que la norma en cuestión no presentaba ningún elemento que hubiera de enjuiciarse desde este punto de vista. De hecho, en alguna ocasión, normas importantes, como las de Presupuestos, hicieron caso omiso de este mandato legal. Fruto de esta omisión fue un recurso planteado frente al Proyecto de Ley de Presupuestos para el año 2008, aprobado por el Consejo de Ministros el 21 de septiembre de 2007. La Audiencia Nacional, en su sentencia de 28 de abril de 2010 (rec. 278/2008) no se adentró en el fondo del asunto por entender que el recurso era inadmisibile, toda vez que se trataba de un acto del Gobierno en tanto que participe del proceso legislativo. Este proceso judicial que rescata la categoría de acto del Gobierno tuvo, sin embargo, consecuencias, toda vez que, desde que se supo de la interposición del recurso y en años sucesivos las Leyes de Presupuestos han venido acompañadas de (extensas) memorias de impacto por razón de género. El Real Decreto 1083/2009, de 3 de julio, por el que se regula la memoria del análisis de impacto normativo, establece que se unifiquen en un único texto todas las memorias que han de acompañar tanto los anteproyectos de ley como los reglamentos, sin plantearse si una norma de rango reglamentario puede modificar el mandato legislativo ya referido. En fin, y en lo que ahora respecta, la memoria presentada el 4 de junio de 2009, referida al Proyecto de Ley «Ómnibus», afirma que el nuevo régimen jurídico tendrá como «efecto principal» el de «coadyuvar a la mejora de la presencia laboral de las mujeres en el conjunto de la economía».

BIBLIOGRAFÍA

- ACIERNO, Silvia/ BAQUERO Cruz, Julio (2004): *La sentencia Altmark sobre ayudas de Estado y servicios públicos*, REDE núm. 9, pp. 169-190.
- ALEXY, Robert y otros (2007): *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid.
- ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2004): *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid.
- (2010): *Sobre la estructura normativa de la libertad de empresa*, Comunicación presentada en el V Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en San Fernando (Cádiz) los días 5 y 6 de febrero de 2010.
- BAQUERO CRUZ, Julio (2002): *Entre Competencia y libre circulación. El Derecho Constitucional Económico de la Comunidad Europea*, Civitas, Madrid.
- BARNARD, Catherine (2008): *Unravelling the Services Directive*, *Common Market Law Review*, núm. 45/2, pp. 323-394.
- BELTRÁN DE FELIPE, Miguel (1999): *Reflexiones sobre el estado actual de algunas políticas públicas y de las formas clásicas de intervención administrativa en la economía*, Esperia, Londres.
- CAMPOS SÁNCHEZ-BORDONA, Manuel (2004): «Los servicios de interés económico general y las corporaciones locales (una aproximación a los problemas que en el ámbito local plantea la prestación de los servicios de interés económico general)», *Cuadernos de Derecho Local*, núm. 6, pp. 65-80.
- CANTERO MARTÍNEZ, Josefa (2011): «La asistencia sanitaria transfronteriza en la Unión Europea: Entre ciudadanía sanitaria y reglas de mercado», en Marina GASCÓN ABELLÁN/Josefa CANTERO MARTÍNEZ/Carmen GONZÁLEZ CARRASCO (coords.), *Cuestiones de Derecho Sanitario y Bioética*, Tirant lo blanch, Valencia, en prensa.
- CÍRCULO DE EMPRESARIOS (2009): Libro Marrón: *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid [disponible en <http://www.circulodeempresarios.org/wp-content/uploads/2009/10/LIBRO-MARRON-2009.pdf>, última entrada: 14 de enero de 2011].
- DE LA CUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (2009a): «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado interior», en Tomás DE LA CUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea*, Marcial Pons, Madrid, pp. 83-127.
- (2009b): «La Directiva de Servicios y la libertad de empresa», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, pp. 46-61.

- DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2004): *Unidad económica y descentralización política: Libre circulación de mercancías y control judicial en EEUU y en la Unión Europea*, Tirant lo blanch, Valencia.
- (2007): *¿Quo vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?*, REDE, núm. 22, pp. 237-280.
- (2008): *Mercado nacional único y Constitución*, CEPC, Madrid.
- DE LA SIERRA, Susana (2002): «Estado Constitucional, Comunidad Cultural y Espacio Público en Europa. Una aproximación al ensayo de Peter Häberle, "Gibt es eine europäische Öffentlichkeit?"», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 64, pp. 323-333.
- (2005): *The Constitutional Bases of European Administrative Law*, EUI Working Papers («What's New in European Administrative Law», dir. Jacques Ziller) 10/2005, pp. 29-41.
- (2007): «La adaptación de las instituciones culturales españolas a la globalización», en Carlos FERNÁNDEZ LIESA/Jesús PRIETO DE PEDRO (eds.), *Cultura y comercio en la Comunidad Internacional*, Escuela Diplomática, Madrid, pp. 479 ss.
- (2008): «Principios y objetivos relacionados con el reforzamiento de la identidad cultural de la Comunidad», en F. BALAGUER CALLEJÓN (ed.), *Reformas estatutarias y declaraciones de derechos*, Tirant lo blanch/Instituto Andaluz de Administración Pública, Valencia, pp. 789-811.
- (2010a): *Derecho del Cine: Administración Cultural y Mercado*, Iustel, Madrid.
- (2010b): «Cinematografía y Audiovisual», en Santiago MUÑOZ MACHADO (dir.), *La regulación del audiovisual*, en prensa.
- DESCALZO GONZÁLEZ, Antonio (2010): «La incidencia de la Directiva de servicios en el ámbito empresarial. En particular, sobre la actividad industrial», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 807, pp. 1-6.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2007): *Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo*, REDE, núm. 22, pp. 189-197.
- FLOWER, Joanna (2007): «Negotiating European Legislation: The Services Directive», en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 9, pp. 217-238.
- FORTES MARTÍN, Antonio (2009): «La libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en el mercado interior bajo el nuevo régimen de la Directiva 2006/123 de 12 de diciembre», en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, pp. 129-171.

- FRAILE ORTIZ, María (2003): *El significado de la ciudadanía europea*, CEPC, Madrid.
- FREDLAND, Mark/SCIARRA, Silvana (1998): *Public Services and Citizenship in European Law – Public and Labour Law Perspectives*, Oxford University Press, Oxford.
- GARRIDO CUENCA, Nuria (2010): «Política común de transportes y redes transeuropeas. Orígenes y retos. Hacia un renovado modelo de la política de infraestructuras para la Europa del Tratado de Lisboa», en André SADDY (dir.), *Direito das infraestruturas: um estudo dos distintos mercados regulados*, lumen iuris, Brasil, en prensa.
- GONZÁLEZ BOTIJA, Fernando (2002): *Distribución de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas a la luz de los conceptos de seguridad pública y policía contenidos en el artículo 149.1.29 de la CE: comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 235/2001, de 13 de diciembre*, REDA núm. 114, pp. 275-304.
- GONZÁLEZ GARCÍA, Julio V. (2009): *La transposición de la Directiva de servicios: Aspectos normativos y organizativos en el Derecho español*, REDE núm. 32, pp. 469-506.
- GONZÁLEZ IGLESIAS, Miguel (2009): «Política de calidad de los servicios y derechos de los consumidores en la Directiva de Servicios», en Ricardo RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, pp. 249-291.
- HATZOPOULOS, Vassilis (2008): «Assessing the Services Directive (2006/123/EC)», en *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, núm. 10/1, pp. 215-262.
- IZQUIERDO CARRASCO, Manuel (2004): *La seguridad privada, régimen jurídico-administrativo*, Lex Nova, Valladolid.
- JIMÉNEZ ASENSIO, Rafael (2010): *La incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno: Los primeros pasos de un largo proceso*, IVAP, Bilbao.
- KLAMERT, Marcus (2010): «On Empty Glasses and Double Burdens: Approaches to Regulating the Services Market à propos the Implementation of the Services Directive», en *Legal Issues of Economic Integration*, núm. 37/2, pp. 111-132.
- LAGUNA DE PAZ, José Carlos (2009): *Directiva de Servicios: El estruendo del parto de los montes*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, núm. 6, pp. 42-52.

- LINDE PANIAGUA, Enrique (2008): «Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, pp. 35-46.
- MAGALDI, Nuria (2007): *Procura existencial, Estado de Derecho y Estado Social*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- MALARET I GARCÍA, Elisenda (2003), *Servicio público, actividad económica y competencia: ¿presenta especificidades la esfera local?*, REALA, núm. 291, pp. 567-608.
- (coord.) (1996): «Régimen jurídico de los servicios públicos», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 28.
- (1998): *Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos: perennidad de las necesidades, transformación del contexto*, RAP núm. 145, pp. 49-88.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo (2008): «Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos» (*Un estudio de jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*), El Justicia de Aragón, Zaragoza.
- MEDINA, Manuel/BARÓN, Enrique (2005): «La "directiva Bolkestein" y la libre prestación de servicios en la UE», en *El País*, 4 de abril de 2005.
- MEIX CERECEDA, Pablo (2010): «Sobre la situación de los docentes y la disciplina en la escuela», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 12, pp. 66-73.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (2009): *Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios*, RGDA núm. 21.
- NEERGARD, Ulla B./NIELSEN, Ruth/ROSEBERRY, Lynn (eds.) (2008): *The Services Directive: Consequences for the Welfare State and the European Social Model*, DJOEF Publishing, Copenhague.
- ORTEGA ÁLVAREZ, Luis/ARROYO JIMÉNEZ, Luis (2007): *Constitucionalismo europeo y Europa Social*, REDE, núm. 23, pp. 339-370.
- ORTEGA, Luis/DE LA SIERRA, Susana (2009): *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid.
- PADRÓS REIG, Carlos (2010): *La Directiva de Servicios en el Mercado Interior (DSMI) y la seguridad industrial*, RGDA núm. 24, p. 42.
- PAREJO ALFONSO, Luciano (2003): *Derecho Administrativo*, Ariel, Barcelona.
- (2009a): *La Directiva Bolkestein y la Ley paraguas: ¿Legítima el fin cualesquiera medios para la reconversión del Estado «autoritativo»?*, REDE núm. 32, pp. 431-467.

- (2009b): «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein. La interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, pp. 34-41.
- POIARES MADURO, Miguel (1998): *We the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution: A critical reading of article 30 of the EC Treaty*, Hart, Oxford.
- PONCE SOLÉ, Juli (2009): *¿Mejores normas?: Directiva 2006/213/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial*, RAP núm. 180, pp. 201-243.
- RIVERO ORTEGA, Ricardo (2010): *La libertad de comercio*, ponencia presentada en el V Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en San Fernando (Cádiz) los días 5 y 6 de febrero de 2010.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M^º Amparo (2009): «La Directiva de Servicios y su transposición: ¿Una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?», en Ricardo RIVERO ORTEGA (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas-Thomson Reuters, Madrid, pp. 89-149.
- SARMIENTO RAMÍREZ-ESCUADERO, Daniel (2007): «La ciudadanía europea: una nueva dimensión para la libertad de circulación de personas», en *Libre circulación de personas en el ámbito comunitario*, Estudios de Derecho Judicial, núm. 132, pp. 15-39.
- SCHARPF, Fritz (1996): *Negative and Positive Integration in the Political Economy of European Welfare States*, en Gary Marks/Fritz W. Scharpf/Philippe C. Schmitter/Wolfgang Streeck, «Governance in the European Union», Sage, Londres, pp. 15-39.
- SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, José Ramón/DEMETRIO CRESPO, Eduardo (2008): «Del Estado de Derecho al Estado preventivo», en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 8, pp. 24-35.
- (2010): *Terrorismo y Estado de Derecho*, Iustel, Madrid.
- TORNOS MAS, Joaquín (2010): *El principio de libertad de comercio en el constitucionalismo español. De la Constitución de Cádiz a la de 1978*, ponencia presentada en el V Congreso de la Asociación de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en San Fernando (Cádiz) los días 5 y 6 de febrero de 2010.
- VAQUER CABALLERÍA, Marcos (2005): *Los problemas de la contraposición entre económico y social en la doctrina europea de los servicios de interés general*, RGDA núm. 8.

- (2010): *De nuevo sobre la doctrina europea de los servicios de interés general: Los problemas para definir la familia de los «servicios sociales» y su aplicación en materia de vivienda*, RGDA núm. 25.
- VELASCO RETAMOSA, José Manuel (2011): «Libre circulación de servicios», en Luis ORTEGA/Susana DE LA SIERRA, *Estudios sobre la Unión Europea*, Publicaciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, en prensa.
- VERANNEMAN, Barbara (2008): «Environmental Services, Permits and the Bolkestein Directive», en *European Energy and Environmental Law Review*, núm. 17/3, pp. 156-164.
- VIDA FERNÁNDEZ, José (2009): «Estrategias para alcanzar un verdadero mercado interior de servicios», en Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, pp. 201-249.
- VILLAREJO GALENDE, Helena (dir.) (2009): *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Comares, Granada.