

LA DIRECTIVA 2006/123/CE Y SU CONTEXTO

DIMITRY BERBEROFF AYUDA

SUMARIO: I. UNAS IDEAS PRELIMINARES.– II. GÉNESIS DE SU ADOPCIÓN III.– CINCO IDEAS-FUERZA A MODO DE REFLEXIÓN DE CONJUNTO: 1. Una decisión democrática y de consenso. 2. La constatación de la ausencia de un verdadero mercado interior de servicios. 3. Una regulación general (no sectorial) vinculante. 4. ¿Legislar mejor? 5. Algo más que unas meras modificaciones normativas.– IV. LA ACTUAL REGULACIÓN DEL MERCADO DE SERVICIOS DESDE EL DERECHO ORIGINARIO Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.– V. RESTRICCIONES A LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS.– VI. HACIA UNA NOCIÓN UNITARIA DE LOS SERVICIOS FRENTE A LA DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE LIBERTAD DE SERVICIOS Y DERECHO DE ESTABLECIMIENTO.– VII. EL CONCEPTO DE SERVICIOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIRECTIVA 2006/123.– VIII. APORTACIONES DE LA DIRECTIVA 2006/123.– IX. UN EPÍLOGO CRÍTICO.– X. BIBLIOGRAFÍA CITADA.

RESUMEN: La controversia suscitada por la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, ha abierto un gran debate sobre su oportunidad y contenido en el seno de las Instituciones de la Unión Europea, despertando el interés, desde perspectivas muy variadas, de grupos sociales y de la opinión pública en general, de la mayoría de los Estados miembros, con una intensidad hasta la fecha inusitada, para tratarse de una norma derecho derivado. Comprender esta polémica requiere situar la Directiva 2006/123 en el contexto de una Europa que reclama el efectivo establecimiento del mercado interior de servicios y que, al mismo tiempo, está llamada a arbitrar un debido equilibrio entre la apertura de los mercados, la preservación de los servicios públicos, los derechos sociales y los derechos de los destinatarios de los servicios. La complejidad de la consecución de este objetivo a través de una Directiva de marcado carácter horizontal y con vocación de erigirse en marco jurídico general para todos los servicios, se puso ya de manifiesto en el periodo de su gestación, trascurrido el cual, el nuevo producto normativo refleja el apasionado debate que lo impulsó y acredita bajas importantes en el conjunto de las propuestas iniciales, como acaece con el denominado principio del país de origen. Aspectos tales como la técnica legislativa empleada, el ámbito de aplicación y el amplio catálogo de excepciones que incorpora concitan la atención desde distintos ángulos, y, en especial, sobre la base de una distinción entre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios, pese a que la Directiva parece difuminar las tenues fronteras entre ambas libertades al otorgar protagonismo a la noción de prestador de los servicios. La eventual tensión entre libertades de circulación y derechos

fundamentales merece cierta reflexión al hilo de las relaciones de la Directiva con otras disposiciones del Derecho de la Unión y, en particular, con la Carta de los derechos fundamentales surgida en Niza, y que, tras Lisboa, goza del mismo valor jurídico que los Tratados.

Por último, habida cuenta de que la Directiva acomete una codificación de los principios que animan las libertades de establecimiento y de prestación de servicios, así como de los límites a sus restricciones, según se infiere de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, desarrollada a lo largo de más de 50 años, resulta conveniente acometer un análisis sobre sus verdaderas aportaciones.

Palabras clave: Directiva 2006/123; contexto; génesis; derechos fundamentales; libertad de establecimiento; libertad de prestación de servicios; delimitación; restricciones; noción de servicio; régimen de autorización; aportaciones.

ABSTRACT: The controversy raised by the Directive 2006/123/EC of the European Parliament and the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, has opened a great debate over its timing and content within the Institutions of the European Union, attracting interest from a variety of perspectives, social groups and the general public, from the majority of the States Members, with an intensity so far unused, in the case of a standard legislation. Understanding this debate requires places it (Directive 2006/123) in the context of a Europe that calls for the effective implementation of internal market for services and at the same time is called upon to arbitrate a proper balance between open markets, the preservation of public services, social rights and the rights of recipients of services. The complexity of achieving this goal through a distinctly horizontal directive and a vocation to be general legal framework for all services was already manifest in the period of gestation, after which the new product policy reflects the passionate debate that prompted him and proves important players in the set of initial proposals, as happens with so-called principle of country of origin. Issues such as the legislative technique, the scope and the wide range of exceptions that includes focus the attention from different angles, and in particular on the basis of a distinction between the right of establishment and freedom to provide services, although that the directive seems to blur the fine line between the two freedoms by giving prominence to the notion of providing the services. The possible tension between freedom of movement and rights deserve some thought to the thread of the relationship of the Directive with other provisions of Union law and in particular the Charter of fundamental rights emerged in Nice, and that after Lisbon, has the same value as the Treaties.

Finally, given that the Directive undertakes a codification of the principles that encourage the freedom of establishment and provision of services and the limits to restrictions, as inferred from the Court of Justice, developed for over 50 years, making it suitable for an analysis of actual contributions.

Key words: Directive 2006/123; context; genesis; fundamental rights; freedom of establishment; freedom to provide services; definition; restrictions; concept service; authorisation schemes; contributions.

I. UNAS IDEAS PRELIMINARES

Desde épocas tempranas la jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconoció el efecto directo de las disposiciones del Tratado relativas a las libertades, al ser claras, precisas y suficientemente incondicionales para poder ser invocadas ante los órganos jurisdiccionales nacionales por una persona física o jurídica sin necesidad de disposiciones de adaptación (1).

No obstante, la implementación efectiva de esas libertades precisaba de la adopción de medidas de derecho derivado para extraer el potencial que cada una de ellas proyecta, finalidad a la que se adscribe la flamante y polémica Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en lo sucesivo, «Directiva 2006/123» o «Directiva Servicios») (2).

Ahora bien, no deja de sorprender el hecho de que la Directiva de servicios ha visto la luz en un escenario muy distinto al primigenio que animó la conformación de la entonces Comunidad Económica Europea, pues, transcurridos tres decenios de hegemonía de la competencia como principio rector del mercado interior y de una visión anclada en el liberalismo económico moderado, a partir del Acta Única Europea (1986) y del Tratado de Maastricht (1992) nuevos actores entraron en escena adquiriendo un protagonismo que obligó a todas las Instituciones comunitarias a acometer una profunda revisión de sus políticas y de sus prioridades.

Así, el operador económico deja de ser el centro de imputación de la pretendida integración jurídica, pues, al lado de él, aparece ya una figura distinta que viene a sustituirlo: la representada por el ciudadano que, con una considerable carga de obligaciones y, al mismo tiempo, con una no menos despreciable batería de derechos, circula dentro la Unión, como de forma ilustrativa ha reconocido el artículo 3, apartado 2 TUE, surgido tras Lisboa: «La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores», logrando, así, una simbiosis entre ciudadanía y mercado, un verdadero *market citizens*.

Por tanto, la evolución experimentada ha sido considerable. Por un lado, el mercado común concebido en sus orígenes como una mera puesta en relación

(1) Véase, por ejemplo, la sentencia de 19 de diciembre de 1968, Salgoil (13/68, Rec. p. 661), con respecto al artículo 28 TCE, libre circulación de mercancías; sentencia de 4 de diciembre de 1974, Van Duyn (41/74, Rec. p. 1337), con relación al artículo 39 TCE, libre circulación de trabajadores; sentencia de 21 de junio de 1974, Reyners (2/74, Rec. p. 631), con respecto al artículo 43, libre establecimiento; y la sentencia de 3 de diciembre de 1974, Van Binsbergen (33/74, Rec. p. 1299), sobre la libre prestación de servicios.

(2) DO L 376, p. 36.

recíproca de mercados locales (3), se aglutinó y adquirió vida propia para permitir el flujo transfronterizo y los intercambios intracomunitarios, cuya consecución exigía eliminar las barreras que los obstaculizaban con el objetivo último de fusionar esos mercados nacionales en un mercado único dotado de las condiciones necesarias para convertirse en un verdadero mercado interior (4).

Por otro lado, se constata que el territorio de la Unión ya no se concibe sólo como una realidad económica y física basada en las rivalidades propias de un mercado abierto a la competencia, sino más bien como un espacio político y social, lugar de expresión, de movilización, y de participación de los ciudadanos de la Unión (5).

En suma, si de manera gráfica podría sostenerse que ha acontecido un tránsito de un «constitucionalismo de mercado» a un «constitucionalismo del ciudadano» (6), cabe preguntarse sobre el por qué ahora con la Directiva 2006/123 se recuperan con una intensidad inusitada viejos aspectos y valores que parecían ya fuera de discusión.

Estas breves líneas intentarán despejar algunas incógnitas sobre la base de indagar la caracterización y naturaleza de esta norma, así como sus aportaciones con relación a la situación precedente.

Basta para concluir esta pequeña introducción que, aunque las conclusiones del abogado general Mazák, presentadas el 18 de mayo de 2010 en el asunto *Société fiduciaire nationale d'expertise comptable* (7), reivindican (ya en el punto primero) la circunstancia de erigirse, en cierto modo, en el primer pronunciamiento efectuado desde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea con relación a la Directiva 2006/123/CE, un año antes, la sentencia de 19 de junio de 2008 (8) señaló que la Directiva 2006/123 no sustituye a la Directiva 96/71 (9), la cual, en caso de conflicto, prevalece sobre la mencionada en primer lugar.

(3) REUTER, P. (1953): «La Communauté Européenne du charbon et de l'acier», LGDJ, Paris.

(4) Véase, a este respecto, la sentencia de 5 de mayo de 1982, Schul, 15/81, Rec. p. 1409, apartado 33

(5) WERNICKE, S. (2007): «Au nom de qui? The European Court of Justice between Member States, Civil Society and Union Citizens», *European Law Journal*, 380.

(6) REICH, N.: «A European Constitution for Citizens: Reflections on the Rethinking of Union and Community Law», *European Law Journal*, Vol. 3, p. 131.

(7) Asunto, C-119/09, derivado de una petición de decisión prejudicial planteada por el Conseil d'État (Francia).

(8) Comisión/Luxemburgo (C-319/06, Rec. p. 04323).

(9) Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DO 1997, L 18, p. 1).

Cierto es que del artículo 3, apartado 1, letra a) de la Directiva 2006/123 se infiere con claridad semejante aserto, mas, no deja de sorprender que el Tribunal de Justicia, de entrada, en un momento en el que el plazo de la transposición de la Directiva servicios no se había agotado y, además, en un asunto que no requería su consideración frontal, se expresara *obiter dicta* en términos tan contundentes para rebatir la argumentación del Gobierno del Gran Ducado que, a los efectos de apoyar la interpretación que propugnaba de la Directiva 96/71, invocó el procedimiento legislativo que culminó con la adopción de la Directiva 2006/123.

Obviamente, el matiz (si se quiere calificar así) resulta oportuno y comporta una carga simbólica de primer orden para dejar meridianamente clara, a modo de aviso a navegantes, la posición del supremo intérprete del Derecho de la Unión sobre uno de los aspectos más controvertidos durante la gestación de la Directiva Servicios: el de evitar su posible interferencia con aspectos específicos del modelo de bienestar, cuya consecución se ha de procurar mediante el equilibrio de los postulados de una Europa que, sin despojarse de su sentido liberal, está llamada a asumir y a compartir criterios tuitivos de carácter social, sobre todo tras el Tratado de Lisboa (10).

II. LA GÉNESIS DE SU ADOPCIÓN

En el Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000, los Jefes de Estado y de Gobierno decidieron transformar la Unión Europea, con el horizonte del año 2010, en «la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer de manera sostenible con más y mejores empleos y con mayor cohesión social» (11), haciendo del mercado interior de servicios un objetivo de la máxima prioridad.

(10) No pasa desapercibida para el abogado general Cruz Villalón, en sus conclusiones de 5 de mayo de 2010, Santos Palhota y otros, C-515/08, punto 51, la consideración de que, a partir del 1 de diciembre de 2009, fecha en la que entró en vigor el Tratado de Lisboa, han de tenerse en cuenta varias disposiciones de Derecho social originario que afectan al marco de las libertades. En concreto, el desplazamiento de trabajadores, en la medida en que puede modular la intensidad de la libre prestación de servicios, ha de interpretarse a la luz de las disposiciones sociales introducidas por el citado Tratado. En efecto, el artículo 9 TFUE ha previsto una cláusula transversal de protección social que obliga a las instituciones a tener en cuenta «las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana». Esta exigencia se formula tras haber declarado, en el artículo 3 TUE, apartado 3, que la construcción del mercado interior se materializa mediante políticas basadas en «una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social».

(11) Como refiere la Quinta de las conclusiones del Consejo y reproduce el considerando cuarto de la Directiva 2006/123.

Ahora bien, su consecución requería de una planificación global que se materializó en la estrategia de la Comisión para el mercado interior de servicios (12), desde la que se abogaba por su consolidación y mejora.

Como en toda diagnosis certera la implementación de cualquier tratamiento precisa de un exhaustivo conocimiento de las patologías que afligen al objeto analizado, en este caso, el mercado interior. Pues bien, hasta ese momento se conocía que eran múltiples los obstáculos y barreras que impedían su plenitud, aunque la etiología de esas anomalías quedaba difuminada según el sector y el Estado miembro afectados, por lo que la propia Comisión formuló a mediados del año 2002 su Informe sobre el Estado del mercado interior de servicios (13), desvelando una serie de obstáculos que —ya según el considerando tercero de la propia Directiva 2006/123—, afectan a una amplia gama de actividades de servicios, así como a la totalidad de las etapas de la actividad del prestador, y presentan numerosos puntos en común, incluido el hecho de tener su origen con frecuencia en un exceso de trámites administrativos, en la inseguridad jurídica que rodea a las actividades transfronterizas y en la falta de confianza recíproca entre los Estados miembros.

La metodología elegida, consistente en acometer una actuación de carácter horizontal y general, y tras dos años de *legislative turbulences* (14) desde que la Comisión presentara el primer proyecto de la Directiva servicios (15), desembocó formalmente en la aprobación de la Directiva 2006/123, primero, por el Parlamento Europeo el 15 de noviembre de 2006 y luego por el Consejo, el 12 de diciembre de 2006, casi 50 años después del Tratado de Roma y transcurridos más de 10 desde la ya mítica fecha de 31 de diciembre de 1992, límite temporal fijado por el artículo 14 TCE para que el establecimiento progresivo del mercado interior fuera ya una realidad.

(12) (2000) 888 final.

(13) COM (2002) 441 final.

(14) Las tribulaciones del alumbramiento de la Directiva 2006/123 son ilustradas con esta expresión por Griller, S (2008), en el General Report del Congreso Fide de 2008, glosado para «The New Services Directive of the European Union – Hopes and Expectations from the Angle of a (further) Completion of the Internal Market», en H. F. KOECK/ M. M. KAROLLUS (Eds.): *Proceedings of the FIDE Congress Linz 2008*, vol. 4, Viena, 2009, p. 381

(15) Propuesta de 5 de marzo de 2004 COM (2004) 2final/3.

III. CINCO IDEAS-FUERZA A MODO DE REFLEXIÓN DE CONJUNTO

1. Una decisión democrática y de consenso

La Directiva servicios, basada principalmente en el artículo 47, apartado 2 TCE (16), y adoptada en el marco del procedimiento de codecisión del artículo 251 TCE, refleja, por la intervención de casi todas las instituciones de la Unión, así como por la riqueza y amplitud de las discusiones suscitadas —que recorrieron un amplio espectro, desde la preocupación por evitar el dumping social hasta las veleidades de una mayor liberalización— el espíritu democrático que acompañó constantemente al debate de su elaboración (17).

Distinta de su concepción original (18), la Directiva 2006/123 representa un compromiso laborioso para intentar satisfacer todos los intereses en conflicto, esgrimidos y hechos valer tanto por los Estados miembros como por los demás actores jurídicos y sociales, resultando significativo que, pese a los acalorados debates que siguieron a su adopción, esta norma no ha sido objeto hasta la fecha de un recurso de anulación interpuesto por un Estado miembro (19).

2. La constatación de la ausencia de un verdadero mercado interior de servicios

El abierto reconocimiento en el considerando tercero de la Directiva 2006/123, sobre la base del informe de la Comisión sobre el estado del mercado interior de servicios, de que, diez años después de lo que debería haber sido la realización del mercado interior, existe todavía un gran desfase entre la existencia de una economía integrada para la Unión Europea y la realidad vivida por los ciudadanos y los prestadores de servicios europeos, representa a mi juicio el *deadline* de una crónica sobre la incapacidad de las políticas acometidas hasta esa fecha para alcanzar y afianzar uno de

(16) El artículo 47.2 TCE exige al Consejo que, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, adopte directivas para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas.

(17) FALLON, M. y SIMON A.-C. (2007), *La directive services: quelle contribution au marché intérieur ?*, JTDE febrero, p. 1

(18) Sobre la discordancia de la actual Directiva con el proyecto inicial, HATZOPOULOS, V., (2007) *Que reste-t-il de la directive sur les services?*, RESEARCH PAPERS IN LAW. College of Europe

(19) A diferencia de otras Directivas aprobadas también por el Parlamento Europeo y por Consejo, como por ejemplo, la Directiva 2003/33/CE, de 26 de mayo de 2003, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad y de patrocinio de los productos del tabaco (DO L 152, p. 16).

los designios primigenios de la Comunidad: la libre circulación de servicios, postulada ya desde sus orígenes por el Tratado de Roma [artículos 3 c), 52 y 60] y que debía culminar, como ya he referido, a final del año 1992.

Ante este panorama «desolador», que de una manera abstracta pero perfectamente medida la Directiva 2006/123 se empeña en relatar, es cuando en un intento de justificarse a sí misma enuncia en su considerando sexto que *un instrumento legislativo comunitario permitiría crear un auténtico mercado interior de servicios*, en la medida que la supresión de estos obstáculos no puede hacerse únicamente mediante la aplicación directa de los artículos 43 y 49 del Tratado, ya que, por un lado, resolver caso por caso mediante procedimientos de infracción contra los correspondientes Estados miembros sería, especialmente a raíz de las ampliaciones, una forma de actuar extremadamente complicada para las instituciones nacionales y comunitarias y, por otro, la eliminación de numerosos obstáculos requiere una coordinación previa de las legislaciones nacionales, coordinación que también es necesaria para instaurar un sistema de cooperación administrativa.

3. Una regulación general (no sectorial) vinculante

Se presenta como excepcional el hecho de que las instituciones comunitarias procedan a adoptar una declaración jurídica general de carácter vinculante para el conjunto de los aspectos relacionados con una de las cuatro libertades fundamentales de circulación que no se encuentren ya disciplinados por una Directiva sectorial.

No obstante, tampoco es inédito, como atestiguan antecedentes con cierta solera, referidos al ámbito de la libre circulación de personas [Reglamento (CEE) nº 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad (20)], de capitales [la Directiva 88/361/CEE del Consejo de 24 de junio de 1988 para la aplicación del artículo 67 del Tratado (21)] o de mercancías [Directiva Nº 70/50/CEE, de 22 de diciembre de 1969 (22)].

Sin embargo, hasta la Directiva 2006/123 la libertad de prestación de servicios se había desarrollado, desde una perspectiva general, a través de

(20) DO L 257, p. 2, Edición especial en español: Capítulo 05, Tomo 1, p. 77. Este Reglamento fue modificado por la *Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros* (DO L 158 de 30.4.2004, p. 77).

(21) DO L 178 de 8.7.1988, p. 5.

(22) DO L 13, p. 29.

instrumentos no vinculantes (23), destilado una obligatoriedad jurídica únicamente los textos de carácter sectorial. Modernas orientaciones parecen confirmar, no obstante, la tendencia hacia una legislación horizontal en lo que se refiere al fin perseguido aunque incidiendo de forma fraccionada sobre los sectores concernidos, como ocurre, por ejemplo, con las denominadas Directivas antidiscriminación (24).

Me pregunto, sin embargo, cómo es posible establecer un marco jurídico general que beneficie a una amplia gama de servicios sin descuidar, al mismo tiempo, las peculiaridades de cada tipo de actividad o de profesión y sus respectivos sistemas de regulación, tal y como afirma, en mi opinión con cierta ingenuidad, el considerando séptimo de la Directiva 2006/123.

Da la impresión de encontrarnos ante un espasmo jurídico, una especie de «ultima oportunidad» ante el fracaso de lo hecho hasta ese momento para arrumbar las barreras que tradicionalmente han impedido la consolidación del mercado interior de servicios.

Desde esta perspectiva es legítimo preguntarse sobre la elección metodológica y política que supone aprobar una Directiva de las características de la 2006/123.

Parece que el camino se ha recorrido de modo inverso a la trayectoria discurrida en otros sectores, como por ejemplo, el de las telecomunicaciones, un ámbito (excluido de la Directiva 2006/123) en el que los monopolios estatales campaban a sus anchas, justificando a partir de un momento dado una reacción fuerte, un tratamiento de choque que, a medida que la liberalización se hiciera presente, debería modificarse y relajarse, desapareciendo paulatinamente el marco reglamentario *ex ante* (25). En cambio, la Directiva 2006/123 supone

(23) Como por ejemplo, el programa general para la supresión de las restricciones a la libre prestación de servicios, adoptado el 18 de diciembre 1961 por el Consejo sobre la base del artículo 63 del Tratado

(24) Entre ellas, la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico (DO L 180, p. 22); la Directiva 2000/78/CE del Consejo, de 27 de noviembre de 2000, relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación (DO L 303, p. 16); la Directiva del Consejo 2004/113/CE, de 13 de diciembre de 2004, por la que se aplica el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres al acceso a bienes y servicios y su suministro (DO L 373 p. 37/43); o la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) (DO L 204, p. 23).

(25) Como el que propician las cuatro Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo de 2002/19/CE, sobre el acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados y su interconexión (Directiva acceso); la 2002/20/CE, atinente a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva autorización); la 2002/21/CE, sobre un marco regulador

una inmisión legislativa en un momento en el que los operadores jurídicos del mercado interior y los Gobiernos nacionales deberían haber aprendido la lección mostrando ya sus capacidades en aras de una gestión responsable de la competencia en el seno del mismo.

4. ¿Legislar mejor?

Sorprende que los 46 artículos que integran la Directiva 2006/123 se vean precedidos por 118 considerandos, que ocupan más de las tres cuartas partes del texto final, lo que constituye una desproporción ciertamente curiosa e inquietante, que viene a reflejar los temores a la incompreensión que los autores del texto percibieron a medida que el mismo se daba a conocer y calaba en la opinión pública.

En efecto, este continuo «salir al paso» a las críticas ha condicionado claramente un producto legislativo que casa mal con el Acuerdo interinstitucional «Legislar mejor» (26) y que, como viene siendo habitual, la propia Directiva recuerda la necesidad de su observancia (27).

Como ejemplo basta caer en la cuenta de que hay que esperar al considerando quinto para que se exprese la procedencia de eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros, lo que se reitera casi en los mismos términos en el sexagésimo cuarto cuando se habla de que es necesario que se supriman las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios que aún persisten en las legislaciones de algunos Estados miembros y que son incompatibles con los artículos 43 y 49, respectivamente, del Tratado.

Resulta claro que el objeto de la Directiva es el de establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios (28), manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad

común de las redes y de los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco); y la 2002/22/CE, que aborda el servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva servicio universal), todas ellas de 7 de marzo de 2002 y publicadas el 24 de abril siguiente (DO L 108, pp. 7, 21, 33 y 51.)

(26) DO C 321 de 31.12.2003, p. 1.

(27) Paradojicamente algún sector doctrinal habla «anti-législation» para referirse a la sistemática de la Directiva 2006/123, MANIN, P. H. (6/2007), *Conclusions sur la Directive 2006/123/CE*, Europe, p. 29-30.

(28) Según las conclusiones del abogado general Mazák, presentadas el 18 de mayo de 2010, ya citadas, punto 30, *la finalidad de la Directiva 2006/123, debe señalarse, en base a sus*

en los servicios (artículo 1.1). Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la doctrina, (29) llama la atención que se hayan anticipado al mismísimo artículo primero, que, como pórtico define el objeto de su regulación, los aspectos de los que no trata la Directiva así como aquellos a los que no afecta la misma, lo que, además de reflejar cierta alarma, genera ciertos equívocos si se repara en el hecho de que ese precepto junto con el siguiente emplean indistintamente los términos de *no tratar*, *no afectar*, *no aplicar*.

5. Algo más que unas meras modificaciones normativas

Para terminar estas reflexiones enunciadas bajo el formato de ideas-fuerza, estimo oportuno señalar que la aprobación de la Directiva 2006/123 no solamente implica la necesidad de acometer en los ordenamientos nacionales las correspondientes adaptaciones para su transposición sino que, además, reclama un cambio de mentalidad o una nueva visión que debe proyectarse sobre algunos sistemas embridados por una cultura jurídica determinada que, sin duda, se hacen acreedores de transformaciones de hondo calado.

Como letrado del Tribunal de Justicia de la Unión Europea he constatado «desde dentro» que el Derecho comunitario (30) no responde, siempre y en todos los casos, a esquemas monolíticos o lineales. En efecto, observo con perplejidad que, con cierto automatismo —no exento de temeridad—, se intentan asimilar conceptos cuya adecuada comprensión requiere situarse en el contexto del que proceden, ajenos en ocasiones, a los que imperan en un sistema de derecho dado.

Por citar un ejemplo, así ocurre con el acceso a los documentos, erigido en derecho fundamental por la influencia de ciertos países nórdicos, tal y como ha mostrado la reciente Sentencia del Tribunal de Justicia de 29 de junio de 2010, *Bavarian Lager* (31), precedida por las conclusiones de la abogada general Sharpston de 15 de octubre de 2009, en las que se hacía eco de que

considerandos segundo y quinto, que consiste en la eliminación de los obstáculos a dos libertades fundamentales del Tratado: la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios. Así es como esta Directiva contribuye a la realización del mercado interior.

(29) DE LA QUADRA-SALCEDO, T., «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios en el mercado interior» en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123 relativa a los servicios del mercado interior*, Marcial Pons, 2009, p. 91.

(30) Aunque no sea del todo «políticamente correcto», pese a la nueva denominación que se ha generalizado de Derecho de la Unión Europea, entiendo que debe reivindicarse también el término de Derecho comunitario, salvo en aquellos casos en que queramos deslindar los actos y fuentes que se inscribían en la fenecida distinción entre los «tres pilares», al no poder desconocer la fuerza y virtualidad aglutinadora que esa expresión ha proporcionado durante más de 50 años.

(31) C-28/08P, aún no publicada en la recopilación.

el ordenamiento comunitario reconoce como derechos fundamentales el acceso a los documentos públicos y la protección de la privacidad, situándolos en pie de igualdad, circunstancia ésta que no acontece en todos los Estados miembros, habida cuenta de que en algunos ese acceso no pasa de ser un principio, reflejo del de transparencia, rector del procedimiento administrativo.

Por otro lado, hay materias e instituciones que hasta la fecha no han podido ser objeto de armonización por la ausencia de un sustrato jurídico común en todos los Estados miembros para su aceptación. Así lo ha relatado el abogado general Ruiz-Jarabo en sus conclusiones de 2 de junio de 2009, leídas en el asunto Acoset (32), en las que al hilo de la Colaboración Público Privada (CPP) (33), se hacía eco del relativismo que empaña a ciertas categorías jurídicas, lo que se proyecta sobre los intentos de *clasificar la actividad de la administración en policía, fomento y servicio público*, a lo que se añade que, *en una Comunidad jurídica globalizada, cada uno de estos componentes refleja percepciones distintas según los países* (punto 59). Apuntaba que, específicamente, en el servicio público *la heterogeneidad se manifiesta con vigor, pues, si en algunos sistemas esta noción se erige en piedra angular de sus ordenamientos administrativos, en otros no sustenta el andamiaje del «régime administratif» ni la «publicatio» adquiere el protagonismo* (punto 60). Según Ruiz-Jarabo, una de las causas de la dispersión en la constelación de las CPP es la de que *el legislador comunitario ha armonizado la contratación pública, pero no la maraña de las concesiones ni la de los servicios públicos, por lo que, al estar latentes estas categorías en no pocas CPP, la orfandad normativa que las rodea no responde al azar* (punto 61).

En suma, si la noción de servicio público no responde a idénticos esquemas en toda la Unión (34), como se infiere del dictamen del Comité Económico y Social, de 22 de mayo de 2003, sobre el Libro Verde de los servicios de interés general (35), difícilmente cabe desplegar una regulación general sobre los mismos, bien directamente, bien de manera indirecta, como ocurre cuando, por ejemplo, constituyen el objeto de una concesión.

El arquetipo de la dispersión conceptual que sobre el servicio público nos brindan las conclusiones de Ruiz-Jarabo sirve también como catalizador de una reflexión semejante respecto de la Directiva 2006/123, ya que si parece

(32) C-196/08.

(33) Partenariat public privat (en francés) o Public private partnership (en inglés).

(34) En ocasiones la terminología difiere, aunque el sustrato y la esencia del servicio público se aproximan en los distintos ordenamientos jurídicos en opinión de GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *El derecho administrativo privado*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1996, p. 398.

(35) COM (2003) 270 final (DO C 76).

que ésta excluye de su campo de aplicación a los servicios públicos (36), —por ejemplo, cuando de forma ilustrativa su considerando cuarto tercia en pos de su preservación— cabe preguntarse sobre cómo abordar con éxito la delimitación negativa de su objeto si el Derecho de la Unión no proporciona una noción general y unitaria de servicio público.

Otro tanto ocurre cuando las particularidades domésticas emergen desde otros puntos de vista. Así, en aquéllos sistema públicos como el español, vertebrados tradicionalmente en torno a la intervención administrativa de policía sobre la base del acto administrativo, ¿es posible invertir, en un breve periodo de tiempo, una arquitectura jurídica que ha pivotado sobre la noción de licencia, para cimentarla ahora sobre bases distintas más próximas a la autorregulación?

La respuesta afirmativa al anterior interrogante ha de ser contundente: no sólo es posible sino que, además, deriva como imperativo de la Directiva 2006/123, lo que no obsta a que desde todas las instancias responsables se hagan esfuerzos para comprender el nuevo marco general —si quiera sea en contraposición al precedente— como un resorte o mecanismo para facilitar su asimilación, nunca, claro está, como excusa perversa para evitar su observancia.

Habida cuenta de que la licencia constituye una intervención de las autoridades públicas cuyo objeto es regular el ejercicio de una actividad económica, creo firmemente que, a estas alturas, a nadie se le escapaba que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ya se había cuidado de proclamar que para que un régimen de autorización (que suponga la excepción de una libertad fundamental) pueda ser justificado, habría de cumplirse una importante batería de garantías.

Por tanto, existían restricciones en los sistemas de autorización, sobre los que se ya se habían venido aplicando con suma naturalidad, tanto por el Tribunal de Justicia como por los jueces nacionales el canon de la proporcionalidad (37). Sin embargo, todo apunta ahora a que, en muchos casos, la declaración responsable y la comunicación previa se han erigido en sustitutos de las licencias. Bien es cierto que esta técnica no debería de advertirse como novedosa en ningún Estado miembro, tal y como acredita, por citar un sólo ejemplo, la experiencia que les debería haber proporcionado la Directiva

(36) Eludo adentrarme en la distinción entre servicios de interés general y servicios económicos de interés general.

(37) Como recuerda la reciente sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de octubre de 2010, *Elchinov*, C-173/09, aún no publicada en la Recopilación, apartado 44, «el Derecho de la Unión, no se opone en principio a un sistema de autorización previa, es necesario, sin embargo, que los requisitos para la concesión de dicha autorización se justifiquen a la luz de las razones imperiosas antes referidas, que no vayan más allá de lo objetivamente necesario para conseguir su propósito y que no pueda conseguirse el mismo resultado mediante normas menos rigurosas».

96/61/CE, del Consejo, de 24 de septiembre de 1996 relativa a la prevención y al control integrados de la contaminación (38); no obstante, el trasunto de esta última figura no deja de constituir un mecanismo puntual, y su generalización con una intensidad tal como la preconizada por la Directiva servicios se desconocía hasta la fecha en algunos ordenamientos nacionales.

Se dibuja, de esta manera, al derivar directamente de la Ley, la posibilidad inmediata de iniciar una actividad o de ejercer un derecho sin un previo título jurídico habilitante individual, lo que corresponsabiliza al particular de los efectos de sus actos, otorgándole un protagonismo inédito hasta el momento que, como regla, sólo puede modularse mediante una intervención administrativa *ex post*, susceptible, por lo demás, de mediatizar la configuración del régimen jurídico de impugnación contencioso de aquéllos sistemas que giran en torno a la noción de acto administrativo (39). No faltan, por tanto, razones para hablar incluso de un nuevo Derecho Administrativo para los sectores concernidos por la Directiva servicios (40).

IV. LA ACTUAL REGULACIÓN DEL MERCADO DE SERVICIOS DESDE EL DERECHO ORIGINARIO Y SU RELACIÓN CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

El artículo 26 TFUE (antiguo artículo 14 TCE) viene a confirmar la impresión que he destacado anteriormente sobre la inoperancia de acotar temporalmente la realización del mercado interior. Se ha demostrado que la fecha límite de 31 de diciembre de 1992 no ha sido suficiente para implementar ese espacio sin fronteras interiores. Quizás, por este motivo, el artículo 26 TFUE parece concebirlo como una realidad necesitada siempre de atención y, sin «poner puertas al campo», en su apartado primero encomienda a la Unión la adopción de las medidas destinadas a establecer el mercado interior o a garantizar su funcionamiento, de conformidad con las disposiciones pertinentes de los Tratados.

Al fin y al cabo, los vectores que animan el mercado y, en particular, al de servicios, no son estáticos, por lo que, obviamente, tarde o temprano esos intercambios requerirán ciertas modulaciones según la épocas y circunstancias.

(38) DO L 257, p. 26.

(39) Expone con claridad todos estos efectos reflejos de la Directiva 2006/123 RODRÍGUEZ FONT, M. (2009), en «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local. La Directiva de Servicios: Contratación local y crisis económica. Nuevos desarrollos estatutarios», en *Anuario del Gobierno Local*, Dir. por Tomás FONT I LLOVET y por Alfredo GALÁN GALÁN, IDP, Institut de Dret Públic.

(40) FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. (2007), «Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior europeo», en *Revista española de Derecho Europeo*, nº 22, Civitas

Al hilo de lo anterior, no puedo dejar de preguntarme si los rimbombantes e inmodestos términos sobre la transformación de la economía europea *en la más competitiva y dinámica del mundo* que se emplearon en el Consejo de Lisboa de 2000 y en la propia Directiva servicios —hasta el punto de que ésta fue concebida, precisamente, con un instrumento para la consecución de ese diseño—, se hubiesen mantenido ante un pronóstico certero basado en indicadores reales (y no meramente intuitivos) de la grave crisis económica que azota en estos momentos a Europa ¿realmente fallaron los resortes y los mecanismos de alerta? o ¿más bien, (no es mi intención caer en la política-ficción) ante la deceleración económica que ya se vislumbraba en ciertos segmentos del mercado, la Directiva se esgrimió como acicate para la reactivación? Confieso que ignoro las respuestas a estos dilemas siendo el tiempo el que proporcionará cierta luz al respecto, mas, hasta que la misma se abra paso esos interrogantes seguirán alimentando las dudas sobre la oportunidad de la Directiva 2006/123.

El artículo 49 TFUE (antiguo artículo 43 TCE) regula «en el marco de las disposiciones siguientes» el derecho de establecimiento de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro, prohibiendo sus restricciones, extendiendo esa interdicción a las restricciones relativas a la apertura de agencias, sucursales o filiales por los nacionales de un Estado miembro establecidos en el territorio de otro Estado miembro, comprendiendo la libertad de establecimiento «el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio, así como la constitución y gestión de empresas y, especialmente, de sociedades, tal como se definen en el párrafo segundo del artículo 54, en las condiciones fijadas por la legislación del país de establecimiento para sus propios nacionales...».

Por su parte, el artículo 56 TFUE (antiguo artículo 49 TCE), también «en el marco de las disposiciones siguientes», proclama la prohibición de las restricciones de la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación.

Y si hablamos de derecho originario, no sólo interesa destacar la regulación que contiene el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, habida cuenta del cambio cualitativo que, bastante antes, representó la Carta de derechos fundamentales de la Unión Europea (41).

(41) Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, proclamada en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO C 364, p. 1), tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo (DO C 303, p. 1), que ha de ser completada con la declaración incorporada por el Tratado de Lisboa, de 13 de diciembre de 2007, en el artículo 6 UE: «La Unión reconoce los derechos, libertades y principios enunciados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000, tal como fue adaptada el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo, la cual tendrá el mismo valor jurídico que los Tratados».

En este sentido, aunque ha pasado en cierta medida inadvertido, la Directiva 2006/123 contiene en su considerando decimoquinto una inquietante proclama: *La presente Directiva respeta el ejercicio de los derechos fundamentales aplicables en los Estados miembros y reconocidos por la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y las explicaciones concomitantes que los reconcilian con las libertades fundamentales establecidas en los artículos 43 y 49 del Tratado*. Estos derechos fundamentales incluyen el derecho a emprender una acción sindical, de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales que respetan el Derecho comunitario (42).

¿Que quiere decir la Directiva servicios cuando hace uso del término *reconciliación*? ¿Acaso la lectura hasta entonces mantenida de las libertades de establecimiento y de prestación de servicios poseían ciertos visos de incompatibilidad con los derechos fundamentales?

Sorprende la previsión, pues, lejos de una lectura en clave de confrontación, recientes desarrollos jurisprudenciales (43) ya enfatizan, por ejemplo, la vertiente social de la Unión Europea (que es a la que parece aludir el considerando decimoquinto), rechazando que su acción se centre en exclusiva en la implementación de un mercado interior caracterizado por la supresión, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, al tener que atender también una política en el ámbito social, cuyos designios constituyen el prisma adecuado para sopesar los derechos derivados de esas libertades fundamentales.

Además, no hay que olvidar que libertades clásicas como la circulación de trabajadores, el establecimiento o la libre prestación de servicios adquieren una nueva dimensión al quedar incorporadas a la Carta, haciendo gala de una doble funcionalidad situada en pie de igualdad jurídica: además de constituir garantes insoslayables para la realización del mercado interior, conforman unos derechos individuales que se atisban básicos para el estatuto de la ciudadanía europea, expresando, específicamente, el apartado segundo del artículo 15 de la Carta que «todo ciudadano de la Unión tiene la libertad de buscar un empleo, de trabajar, de establecerse o de prestar servicios en cualquier Estado miembro».

(42) Por citar la expresión en algunas de las versiones lingüísticas de la Directiva: *les concilie* (versión francesa); *reconciling them* (versión inglesa); no obstante, la versión alemana trasluce una idea de vinculación *und bringt sie mit den in den Artikeln 43 und 49 des Vertrags festgelegten Grundfreiheiten in Einklang*.

(43) Véanse, las sentencias del Tribunal de Justicia de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union* (C-438/05, Rec. p. I-10779), apartados 78 y 79; y de 18 de diciembre de 2007, *Laval un Partneri Ltd* (C-341/05 Rec. p. I-11767), apartados 104 y 105.

V. LAS RESTRICCIONES A LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

La Directiva 2006/123 es consciente de que en un escenario de ausencia de armonización de las normas aplicables a los servicios, los obstáculos al artículo 49 TCE derivan, en ocasiones, de la vocación de las legislaciones nacionales de imponerse a cualquier persona que se encuentre en el territorio nacional, aplicándose, también, a los prestadores de servicios que, establecidos en otros Estados miembros, se encuentren coyunturalmente en su territorio.

Tal como ya he anticipado, el Tribunal de Justicia maneja una noción de restricción ciertamente generosa, que discurre desde la interdicción de la actividad a la mera pérdida de su atractivo, hasta el punto que ha equiparado la prestación intracomunitaria a la puramente interna (44), siguiendo las pautas del artículo 57 TFUE (anterior artículo 50 TCE) (45).

Cuando la limitación a la libertad de circulación de los servicios o al establecimiento deriva de la presencia de régimen jurídicos diferentes —por lo demás, principal obstáculo al correcto desarrollo del mercado interior— y el ordenamiento del país de acogida no resulte aplicable indistintamente a las prestaciones de servicios, cualquiera que sea su origen, someter automáticamente a sus dictados a los empresarios extranjeros resulta incompatible con el artículo 49 TFUE y con el artículo 56 TFUE salvo que una disposición expresa lo permita por razones de orden público, seguridad y salud públicas, en los términos del artículo 52 TFUE (46).

Sin embargo estas excepciones no poseen un valor autónomo sino que la hermenéutica adecuada ha de acometerse desde la órbita de la Unión. Es suficiente, por ejemplo, con acudir al orden público, pues, sin perjuicio de que son los Estados los encargados de definir, en lo esencial, a tenor de sus necesidades nacionales, las exigencias de orden público en el contexto de la Unión Europea y, en particular, como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre prestación de servicios, dicho concepto debe interpretarse en sentido estricto, de manera que cada Estado miembro

(44) Según la sentencia del Tribunal de 5 de octubre de 1994, Comisión/Francia (C-381/93, Rec. p. I-5145), apartado 17, desde la perspectiva de un mercado único y para alcanzar sus objetivos, la libre prestación de servicios se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la prestación de servicios puramente interna en un Estado miembro.

(45) Declara el artículo 57 TFUE que, 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

(46) Sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I 2925), apartado 24; de 21 de marzo de 2002, Cura Anlagen (C-451/99, Rec. p. I 3193), apartado 31; y de 18 de julio de 2007, Comisión/Alemania (C-490/04), apartado 86.

no pueda determinar unilateralmente su alcance sin control por parte de las instituciones de la Comunidad Europea.

VI. HACIA UNA NOCIÓN UNITARIA DE LOS SERVICIOS FRENTE A LA DELIMITACIÓN JURISPRUDENCIAL ENTRE LIBERTAD DE SERVICIOS Y DERECHO DE ESTABLECIMIENTO

El Tribunal de Justicia ha expresado algunos criterios que se advernan esenciales a los efectos de distinguir, las difusas fronteras entre las libertades de «prestación de servicios» y de «establecimiento» (47).

De un lado, la continuidad en la prestación y, en suma, la estabilidad, conducen a la idea de que el concepto de establecimiento supone la posibilidad de que un nacional comunitario participe, de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro distinto de su Estado de origen, y de que se beneficie de ello, favoreciendo así la interpenetración económica y social en el interior de la Comunidad en el ámbito de las actividades por cuenta propia (48).

De otro lado, el carácter «temporal» del ejercicio de la actividad (49) permitirá calificar la actividad económica de que se trate como de «prestación de servicios».

Sin embargo, la virtualidad de esos criterios de distinción se ha visto, en cierta medida, difuminada dado que, por primera vez, un texto jurídico horizontal como la Directiva 123/2006 incorpora —en el capítulo III, artículos 9

(47) Alertan las sentencias de 11 de diciembre de 2003, Schnitzer (C-215/01, Rec. p. I-14847), apartados 30 y 31; de 29 de abril de 2004, Comisión/Portugal (C-171/02, Rec. p. I-5645), apartado 26 y de 16 julio de 2009, von Chamier-Glisczinski (C-208/07, Rec. 2009 p. I-6095) apartado 74, sobre la circunstancia de que «ninguna disposición del Tratado permite determinar, de manera abstracta, la duración o la frecuencia a partir de la cual la prestación de un servicio o de un determinado tipo de servicio en otro Estado miembro no puede considerarse ya una prestación de servicios en el sentido del Tratado. Así, el concepto de «servicio» en el sentido del Tratado puede incluir servicios de naturaleza muy distinta, incluidos los servicios cuya prestación se realiza durante un período prolongado, incluso durante varios años».

(48) En este sentido, sentencias del Tribunal de Justicia de 21 de junio de 1974, Reyners (2/74, Rec. p. 631), apartado 21, de 30 de noviembre de 1995, Gebhard (C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 25 y de 14 de septiembre de 2006, Centro di Musicologia Walter Stauffer (C-386/04, Rec. p. I-8203), apartado 18.

(49) Temporalidad que para la sentencia Gebhard, ya citada, apartados 25 a 28, debe determinarse no sólo en función de la duración de la prestación, sino también en función de su frecuencia, periodicidad o continuidad, de manera que si la participación del interesado en la vida económica del Estado miembro de acogida no tiene un carácter estable y continuo cabe acudir a la libre circulación de servicios en lugar de al derecho de establecimiento.

a 15, referidos a la libertad de establecimiento de los prestadores— aspectos y situaciones que bajo la lógica del antiguo artículo 50 TCE quedarían ubicados en el derecho de establecimiento. Esta expansión de la noción de servicio se ha visto posibilitada al desplazar la Directiva 2006/123 el centro de gravedad a otra noción distinta, la de «prestador», como confirma sin ambages el considerando trigésimo sexto: *el concepto de «prestador» no se limita únicamente a los casos en que el servicio se presta a través de las fronteras en el marco de la libre circulación de servicios, sino que también incluye los casos en que un operador se establece en un Estado miembro para desarrollar en él actividades de servicios (50).*

Bien es cierto que el Tribunal de Justicia había ya contribuido a una unificación del régimen jurídico de todas las libertades de circulación (51), pero, por un lado, no parece que la Directiva 2006/123 se inserte en esa línea y, por otro lado, el propio Tribunal de Justicia, si bien relativiza la distinción entre las libertades —por ejemplo, la de circulación de mercancías y la de prestación de servicios— desde un análisis global no admite, sin embargo, una elección, a la carta entre ambas (52).

Además, frente a la consideración empírica de servicios, desarrollada a partir del citado artículo 50 TCE (hoy artículo 57 TFUE) la definición que proporciona el artículo 3.1) de la Directiva 123/2006 se vertebró esencialmente por el contenido económico, de modo que será «servicio» cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, de lo que coherentemente se colige que la norma se aplicará, salvo excepciones (por ejemplo, la de los transportes y los servicios postales) a los servicios de interés económico general (en cuyo seno ese elemento económico está presente) mas no, en cambio (dada la ausencia de ese componente) a los servicios de interés general (considerando decimoséptimo).

(50) No obstante, el considerando quinto sigue escenificando las diferencias entre ambas libertades, dado que los obstáculos que entorpecen el mercado interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otros Estados miembros como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse en él: procede permitir que el prestador desarrolle sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya sea estableciéndose en un Estado miembro, ya sea acogiéndose a la libre circulación de servicios. Los prestadores deben disponer de la posibilidad de elegir entre estas dos libertades en función de su estrategia de desarrollo en cada Estado miembro.

(51) IDOT, L, Régime du principe de libre circulation : principe d'interdiction et Libre circulation : dérogation au principe de libre circulation : Lamy Procédures communautaires, t. 1, études 150 et 152 et J.-G. HUGLO, «Droit d'établissement et libre prestation de services: J.-Cl», *Europe Traité*, Fasc. 710, spéc. n° 6.

(52) Sentencia de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital (C-390/99, Rec. p. I-607).

Por lo tanto, aunque se mantiene la diferencia entre los servicios que no requieren ningún desplazamiento de personas o que son ofrecidos a título ocasional (Capítulo IV) y aquéllos ofrecidos por quienes se encuentran establecidos sobre el territorio de otro Estado miembro (Capítulo III) la aproximación del régimen jurídico de ambos aspectos se decanta como evidente a partir de la lectura de la Directiva 2006/123.

VII. EL CONCEPTO DE SERVICIOS DESDE LA PERSPECTIVA DE LA DIRECTIVA 2006/123

Una primera aproximación ha de abordarse desde los tres primeros artículos de la Directiva, de forma que servicios serán los prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro —criterio de delimitación positivo— (artículo 2.1) siempre que —a partir de aquí se abre paso la delimitación negativa— no se encuentren expresamente excluidos de su órbita de aplicación (artículo 2. apartado 2) (53).

La propia Directiva 2006/123 puntualiza, por otro lado, que no trata de la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas ni de la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios (apartado 2 del artículo 1); tampoco de la abolición de monopolios prestadores de servicios ni de las ayudas concedidas por los Estados miembros amparadas por normas comunitarias sobre competencia (apartado 3 del artículo 1). Asimismo no afecta a la libertad de los Estados

(53) Están excluidos a) los servicios no económicos de interés general; b) los servicios financieros, como los bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión, incluidos los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE; c) los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE y 2002/58/CE; d) los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios, que entren dentro del ámbito de aplicación del título V del Tratado; e) los servicios de las empresas de trabajo temporal; f) los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado; g) los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión, y la radiodifusión; h) las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas; i) las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado; j) los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado; k) los servicios de seguridad privados; l) los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración. Debido a su propia configuración y naturaleza, la Directiva no se aplica a la fiscalidad (artículo 2, apartado 3).

miembros para definir, organizar y financiar lo que consideran servicios de interés económico general (apartado 3 del artículo 1), a las medidas adoptadas para fomentar la diversidad cultural y lingüística y garantizar la defensa del pluralismo de los medios de comunicación (apartado 4 del artículo 1), a la normativa de los Estados miembros en materia de Derecho penal (apartado 5 del artículo 1) al Derecho laboral (apartado 6 del artículo 1), a las normas de Derecho internacional privado (apartado 2 del artículo 3) ni, como ya he anticipado, al ejercicio de los derechos fundamentales (apartado 7 del artículo 1).

Por otro lado, de forma coherente con su naturaleza de regulación general transversal (que implica ser el cajón de sastre de los servicios no regulados sectorialmente), el apartado 1 de su artículo 3 previene sobre la circunstancia de que si surge un conflicto entre una disposición de la presente Directiva y una disposición de otro acto comunitario relativo a aspectos concretos relacionados con el acceso a la actividad de un servicio o su ejercicio en sectores concretos o en relación con profesiones concretas, estas otras normas primarán y se aplicarán a esos sectores o profesiones concretas, figurando entre dichos actos:

a) la Directiva 96/71/CE (54);

b) el Reglamento (CEE) no 1408/71 (55);

c) la Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (56);

d) la Directiva 2005/36/CE (57):

VIII. LAS APORTACIONES DE LA DIRECTIVA 2006/123

La Directiva 2006/123 fija cuatro objetivos principales para conseguir un mercado interior de servicios:

(54) Ver nota 9.

(55) Reglamento (CEE) nº 1408/71 del Consejo, de 14 de junio de 1971, relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan dentro de la Comunidad (DO L 149 de 5.7.1971, p. 2).

(56) Directiva del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (DO L 298, p. 23), modificada por la Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 202, p. 60).

(57) Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DO L 255, p. 22).

- facilitar la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios en la UE;
- reforzar los derechos de los destinatarios de los servicios en su calidad de usuarios de dichos servicios;
- fomentar la calidad de los servicios (58);
- establecer una cooperación administrativa efectiva entre los Estados miembros.

Sin embargo, el Tribunal de Justicia había ya desarrollado un conjunto de principios con el fin de restringir la discrecionalidad de las autoridades nacionales respecto de las personas que desean instalarse en su territorio, jurisprudencia que cabría sinterizar del siguiente modo:

Cuando un operador quiera ejercer su libertad de establecimiento debe, en principio, conformarse con la Ley del Estado de acogida, siempre que no sea discriminatoria y no convierta el ejercicio de esa libertad en incómoda o no atractiva. En el caso de que existan ciertos requisitos adicionales, derivados directamente de la norma del Estado de acogida corresponde a éste demostrar que esas medidas entran dentro de las excepciones previstas por el Tratado o se encuentran justificadas por razones imperiosas de interés general.

Desde la perspectiva de la libertad de servicios, dada su dimensión temporal, es, en principio, la ley del país de origen la que resulta aplicable para solicitar el acceso y obtener el disfrute de la actividad, sin perjuicio de que el Estado miembro de origen, conserve la capacidad de imponer requisitos específicos en las mismas condiciones expuestas: siempre que demuestre estar comprendidos en las excepciones previstas por el tratado o se justifiquen por razones imperiosas de interés general.

Estos principios son esencialmente los que se vislumbran en la Directiva de servicios, que sin perjuicio de la introducción de excepciones y matices, confirma en gran medida, la extensión y expansión creciente de las prohibiciones asumidas a nivel jurisprudencial, que, en esencia pivotan sobre el hecho de que las restricciones del acceso al mercado sean significativas para estar comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 43 TCE. Basta recordar que en el asunto *CaixaBank France* (59), el Tribunal aludió a

(58) Impulsando la certificación voluntaria de las actividades o la elaboración de cartas de calidad o a través de la elaboración de códigos de conducta europeos, en particular por organismos o asociaciones profesionales.

(59) Sentencia de 5 de octubre de 2004 (C-442/02, Rec. p. I-8961), apartados 12 a 14. En este asunto, asunto el Tribunal de Justicia se enfrentó a determinar si la vulneración de una libertad se perpetra sólo cuando se limita el acceso a la misma o también cuando de forma más general perturba el satisfactorio ejercicio económico que se deriva de la misma. La sentencia entendió que *el artículo*

un obstáculo «importante» para «competir de forma más eficaz» o adoptar «uno de los métodos más eficaces para competir» o que en el asunto Comisión/Italia (60), habló de «injerencia sustancial» o de «importantes cargas adicionales», y de una necesidad de «replantearse» su política y su estrategia comerciales, «ampliando considerablemente» el espectro de su oferta de servicios, acarreando «adaptaciones y costes de tal magnitud» que afectasen al acceso al mercado.

Pero lo que hace la Directiva 2006/123 es establecer un inventario de estos principios, sistematizarlos y ampliar su alcance, codificando la jurisprudencia.

Así ocurre con el reconocimiento de las medidas prohibidas desde las vertientes del derecho de establecimiento (artículos 14 y 15) y de la libre prestación de servicios (artículo 16).

Para facilitar la libertad de establecimiento, la Directiva 2006/123 prohíbe a los Estados miembros, como regla general, que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios a requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad, así como exigir el establecimiento previo o la inscripción en registros, limitar la elección del prestador entre el establecimiento en forma de agencia, de sucursal o de filial, la aplicación, caso por caso, de una prueba económica, la intervención directa o indirecta de competidores o la constitución de un aval financiero (artículo 14).

Impone también que los Estados miembros examinen si en su ordenamiento jurídico están previstos ciertos requisitos restrictivos (61), que, no obstante, admite previa comprobación por el Estado de que no son discriminatorios, y que sean necesarios y proporcionales a los fines que persigan (artículo 15).

43 TCE se opone a la normativa de un Estado miembro que prohíbe a una entidad de crédito, filial de una sociedad de otro Estado miembro, remunerar las cuentas corrientes denominadas en euros, abiertas por residentes del primer Estado miembro, aceptando de esta forma, en cierta medida, que esa restricción constituía una injerencia en el ejercicio eficaz y rentable de la actividad de crédito.

(60) Sentencia de 28 de abril de 2009 (C-518/06, Rec. p. I-3491), apartados 66 a 70.

(61) Los previstos en el artículo 15, apartado segundo: a) límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores; b) requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una forma jurídica particular; c) requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad; d) requisitos distintos de los relativos a las materias contempladas en la Directiva 2005/36/CE o de los previstos en otros instrumentos comunitarios y que sirven para reservar el acceso a la correspondiente actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad; e) prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional; f) requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados; g) tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar; h) obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos.

Respecto de la prestación de servicios se sustituye el polémico principio del país de origen en cuya virtud los prestadores de servicios en otros Estados miembros quedaban sujetos únicamente al ordenamiento del Estado del que procedían. (62) En efecto, ahora se renuncia a enunciar como tal ese principio, pero a fin de facilitar la libre prestación temporal de los servicios transfronterizos, la Directiva 2006/123 exhorta a los Estados miembros a garantizar en su territorio el libre acceso a la actividad de servicios y su libre ejercicio, de forma que al prestador de servicios que se desplace a su territorio, sólo podrán imponerle el respeto de sus propios requisitos (63) a condición de que sean no discriminatorios, resulten proporcionados y estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente (artículo 16).

Autorizaciones administrativas

En lo que se refiere al derecho de establecimiento, el artículo 9.1 de la Directiva 2006/123 apunta que los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones: a) el régimen de autorización no es discriminatorio para el prestador de que se trata; b) la necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general; c) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

(62) Como ha alertado ENTRENA RUIZ, D. en «La génesis de la directiva sobre liberalización de servicios», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123 relativa a los servicios del mercado interior*, Marcial Pons, 2009, pp. 68 y 69, este principio propiciaba la aminoración de costes empresariales de todo tipo, incluidos los generados por la legislación de corte social de un Estado de bienestar, siendo susceptible de provocar una deslocalización de industrias y un descenso de los umbrales tuitivos de exigencia, contribuyendo al dumping social.

(63) Aunque en ningún caso podrán imponer, de acuerdo con el apartado segundo del artículo 16, los siguientes: a) obligación de que el prestador esté establecido en el territorio nacional; b) obligación de que el prestador obtenga una autorización concedida por las autoridades competentes nacionales, incluida la inscripción en un registro o en un colegio o asociación profesional que exista en el territorio nacional, salvo en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de Derecho comunitario; c) prohibición de que el prestador se procure en el territorio nacional cierta forma o tipo de infraestructura, incluida una oficina o un gabinete, necesaria para llevar a cabo las correspondientes prestaciones; d) aplicación de un régimen contractual particular entre el prestador y el destinatario que impida o limite la prestación de servicios con carácter independiente; e) obligación de que el prestador posea un documento de identidad específico para el ejercicio de una actividad de servicios, expedido por las autoridades competentes; f) requisitos sobre el uso de equipos y material que forman parte integrante de la prestación de servicios, con excepción de los necesarios para la salud y la seguridad en el trabajo; g) las restricciones de la libre circulación de servicios contempladas en el artículo 19.

Sin embargo, en lo atinente a las autorizaciones administrativas con relación a la libre prestación de servicios hay que reseñar que la Directiva 2006/123 las hace pasar a la clandestinidad jurídica, como se infiere del artículo 16, apartado 2, letra b).

La jurisprudencia había modulado las posibilidades de su utilización subordinándolas a la observancia de una serie de requisitos: así, deben basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de modo que establezcan los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades con el fin de que ésta no pueda utilizarse de manera arbitraria (64), y, además, cualquier persona afectada por una medida restrictiva basada en dicha excepción debe poder disponer de un medio de impugnación jurisdiccional (65).

Confirma la Directiva servicios la amplitud de la noción de autorización que el Tribunal de Justicia ha venido manteniendo hasta la fecha (66), al apuntar en su considerando trigésimo noveno que abarca, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional. La concesión de una autorización puede ser resultado no solo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente.

En definitiva, la Directiva 2006/123 aboga expresamente por la supresión del régimen de autorización administrativa previa (considerando 42), que

(64) Por ejemplo, las Sentencias de 17 de julio de 2008, Comisión/Francia, C-389/05, Rec. p. I-5397, apartado 94, y de 10 de marzo de 2009, Hartlauer, C-169/07, Rec. p. I-1721, apartado 64), respecto del derecho de establecimiento.

(65) La sentencia de 20 de febrero de 2001, Anlir y otros, C-205/99, Rec. p. I-1271, apartado 38, respecto de la libertad de prestación de servicios.

(66) En este sentido la reciente sentencia de 7 de octubre de 2010, asunto Santos Palhota, ya citado, cuyo apartado 34 proclama: «Es preciso señalar que el procedimiento descrito en el apartado precedente no puede calificarse de mero procedimiento declaratorio. Como el Abogado General subrayó en el punto 70 de sus conclusiones, la mera transmisión de información a las autoridades del Estado miembro de destino, así como la certificación de la recepción, tienen una capacidad potencial de convertirse en mecanismos de verificación y autorización previos al comienzo de la prestación. En efecto, en la medida en que dicha notificación debe preceder al desplazamiento de los trabajadores por parte de su empleador y sólo se produce una vez que las autoridades nacionales han realizado un control de la conformidad de la declaración previa de desplazamiento, debe considerarse que tal procedimiento reviste el carácter de un procedimiento de autorización administrativa...».

la refiere a los casos en los que el acceso a una actividad de servicios o el ejercicio de la misma por parte de los operadores requiere una decisión de la autoridad competente (considerando 57) si bien la admite cuando resulte indispensable (considerando 43) o cuando dicho acto cumpla los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, de forma que la autorización solo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control *a posteriori*, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar *a posteriori* los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control *a priori* (considerando 43 y 54), autorización que, como regla general, deberá dar al prestador la posibilidad de acceder a la actividad de servicios o de ejercerla en todo el territorio nacional (67) (considerando 59), sin que pueda limitarse su duración (artículo 11), reconociendo también la posibilidad de que los Estados miembros retiren las autorizaciones una vez que dejen de cumplirse las condiciones necesarias para su concesión (considerando 55).

Hay que significar asimismo como innovación, que el hecho de favorecer la implementación efectiva de las libertades de establecimiento y de circulación de servicios no sólo se propugna en provecho de los prestadores sino también en beneficio de los destinatarios, reconociendo nuevos derechos para el conjunto de los actores económicos.

Así, la Directiva 2006/123 acomete una armonización procedimental consagrando un verdadero derecho a la información en favor de todos (artículo 7), otorgando a los prestatarios de servicios unas medidas de simplificación administrativa para facilitar sus movimientos en el seno de la Unión, entre las que destacan las «ventanillas únicas» (68) para garantizar que todo prestador disponga de un interlocutor único al que dirigirse para realizar todos los procedimientos y trámites (artículo 6), instaurando la vía electrónica como cauce de los procedimientos (artículo 8), al tiempo que obliga a los Estados miembros a que verifiquen los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una acti-

(67) Como ya advirtiera el abogado general Poiares Maduro en sus conclusiones de 14 de diciembre de 2006, presentadas en el asunto Comisión/Italia, C-134/05, punto 31, *la limitación del alcance territorial de la licencia constituye en primer lugar, a mi juicio, una restricción injustificada de la libertad de prestación de servicios. Como antes he mantenido, dado que la exigencia general y absoluta de una licencia infringe el principio de libertad de prestación de servicios, también lo infringe a fortiori un sistema que impone al prestador de servicios transfronterizo presentar múltiples solicitudes de autorización según el territorio del Estado miembro de acogida en el que desea operar.*

(68) No obstante, a nivel comunitario se había materializado ya el principio de *ventanilla única*, por ejemplo, en el control de fusiones, aunque limitado al examen de cuestiones de Derecho de la competencia; véanse el artículo 21 y el octavo considerando del Reglamento (CE) nº 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas (DO L 24, p. 1).

vidad de servicios y a su ejercicio, principios que en gran parte habían sido decantados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (69).

En el apartado de deberes la Directiva exige dos aspectos que deben ser colmados por el prestatario de los servicios: por un lado, unas obligaciones de transparencia que se concretan en los artículos 22.1, 22.3 y 27 y, por otro lado, un requisito de garantías previsto en el artículo 23, de forma que los prestadores cuyos servicios presenten un riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero, o para la seguridad financiera del destinatario, suscriban un seguro de responsabilidad profesional adecuado en relación con la naturaleza y el alcance del riesgo u ofrezcan una garantía o acuerdo similar que sea equivalente o comparable en lo esencial en cuanto a su finalidad. Sin embargo, como manifestación del principio de reconocimiento mutuo los Estados miembros no exigirán estas garantías en caso de que dicho prestador ya esté cubierto por una garantía equivalente en otro Estado miembro.

Asimismo, instaura una cooperación administrativa efectiva entre Estados miembros (artículos 28 a 36) estableciendo una obligación legal vinculante para que cooperen con las autoridades de otros Estados miembros a fin de garantizar un control eficaz de las actividades de servicio en la Unión y, al mismo tiempo, evitar una multiplicación de los controles.

Merece ser destacado que los Estados miembros designarán uno o más puntos de contacto y comunicarán sus datos a los demás Estados miembros y a la Comisión, la cual publicará y actualizará periódicamente la lista de puntos de contacto (artículo 28, apartado 2); también transmitirán a la Comisión información sobre los casos en que otros Estados miembros incumplen su obligación de asistencia recíproca (artículo 28, apartado 8).

Junto con estos puntos de contactos, la Directiva 2006/123 estimula la creación de una red europea de autoridades de los Estados miembros que velará por la puesta en funcionamiento del mecanismo de alerta previsto en el artículo 32, mecanismo que se activará cuando un Estado miembro tenga conocimiento de actos o circunstancias específicos de carácter grave relativos a una actividad de servicios, que puedan ocasionar perjuicios graves para la salud o la seguridad de las personas o el medio ambiente en su territorio o en el de otros Estados miembros, informando al Estado miembro de establecimiento, a los demás Estados miembros afectados y a la Comisión en el plazo más breve posible.

(69) Así, en lo que atinente a certificaciones, véase la sentencia de 21 de marzo de 2002, Comisión/Italia (C-298/99, Rec. p. I-3129.)

Finalmente original es también la previsión de un sistema de evaluación y de una *review clause* de los dictados de la propia Directiva 2006/123 (artículos 39 a 41).

IX. UN EPÍLOGO CRÍTICO

La Directiva 2006/123 parece manifestarse como una última oportunidad para instaurar los valores que alentaron el surgimiento de esa comunidad de Derecho, hoy llamada Unión Europea.

Intencionadamente, he preferido abordar el ámbito de su aplicación de una manera descriptiva y aséptica al erigirse en la temática principal de otros capítulos de esta publicación. Sin embargo, a la vista de las actividades sobre las que la Directiva de servicios posee vocación de proyectarse, cabe afirmar que, pese a las múltiples excepciones, las que caen bajo su órbita son materias heterogéneas entre sí, hasta el punto que el elemento principal pasa a ser el *prestador* en detrimento de lo que ha de ser el objeto de su actividad, esto es, la prestación concreta en que el servicio consiste; quizás, una de las razones por las que la Directiva se preocupe más de definir en negativo (es decir, de apuntar lo *que no trata, no afecta o sobre lo que no se aplica*) que de expresar y caracterizar a los servicios llamados a beneficiarse de sus prescripciones, resida en la increíble heterogeneidad de éstos, de ahí que se pueda entender la dimensión horizontal que adopta la Directiva 2006/123 para su regulación

La combinación entre la falta de homogeneidad y la aproximación horizontal a los diferentes sectores puede determinar una liberalización de los servicios que no responda a las expectativas inicialmente depositadas en el texto, inferiores, desde luego a las que acreditarían unas regulaciones sectoriales que de forma completa e independiente aborasen cada uno de los segmentos de actividad.

Sin embargo, las limitaciones que sobre los derechos nacionales enuncia a modo de requisitos prohibidos, de simplificación de trámites y de cooperación entre Estados miembros dibujan un panorama normativo sin precedentes, pese a que muchos de estos aspectos han sido labrados por la incesante actividad pretoriana del Tribunal de Luxemburgo.

Ahora bien, dejando a un lado la consideración de que algunas de las excepciones que recoge sólo parecen explicarse a la vista de las propuestas iniciales —específicamente bajo la óptica del principio del país de origen—, se presenta complejo intentar descifrar ciertos aspectos crípticos de la Directiva; por poner un ejemplo, la materia de urbanismo y la ordenación del territorio,

ajena, en principio a sus designios (considerando 9), no excluida luego por su articulado que, no obstante, la enuncia como una de las «razones imperiosas de interés general» que pueden habilitar ciertos regímenes autorizatorios (considerandos 40 y 56).

Quizás, una de las claves que permita despejar estas incógnitas consista en fraguar un uso racional (léase introducir un control de proporcionalidad) del concepto jurídico indeterminado de interés público que parece rezumar toda la filosofía de la Directiva 2006/123 y gran parte del ordenamiento jurídico de la Unión, y que alcanza, por supuesto, a materias que quedan extramuros de su entorno, respecto de las cuales, las libertades fundamentales previstas directamente en el Tratado merecen, cuanto menos, una sosegada consideración (70).

X. BIBLIOGRAFÍA CITADA

DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (2009): «Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios en el mercado interior», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123 relativa a los servicios del mercado interior*, Marcial Pons, p. 91.

ENTRENA RUIZ, D. (2009): «La génesis de la directiva sobre liberalización de servicios», en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 2006/123 relativa a los servicios del mercado interior*, Marcial Pons, p. 68.

(70) Respecto de los regímenes de autorización administrativa previa en relación con la oferta de determinados tipos de juegos de azar, véase la sentencia de 6 marzo de 2007, Placanica y otros, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891, apartados 48 y 49, que mantuvo que todo Estado miembro a cuyo territorio vaya dirigida una oferta de apuestas procedente, vía Internet, conserva la facultad de obligar al operador a observar las restricciones que imponga su normativa en la materia, siempre que dichas restricciones se ajusten a las exigencias derivadas del Derecho de la Unión, en particular en cuanto a su carácter no discriminatorio y a su proporcionalidad. Recientes aportaciones sobre la libre prestación de servicios en el ámbito del juego son las arrojadas por la sentencia de 8 de septiembre de 2009, Liga Portuguesa de Futebol Profissional y Bwin International, C-42/07, Rec. p. I-7633, por la sentencia de 8 de septiembre de 2010, Carmen Media Group Ltd contra Land Schleswig-Holstein y Innenminister des Landes Schleswig-Holstein, Asunto C-46/08, aún no publicada en la recopilación, por la sentencia de 8 de septiembre de 2010, Markus Stoß (C-316/07), Avalon Service-Online-Dienste GmbH (C-409/07) y Olaf Amadeus Wilhelm Happel (C-410/07) contra Wetteraukreis y Kulpa AutomatenService Asperg GmbH (C-358/07), SOBO Sport & Entertainment GmbH (C-359/07) y Andreas Kunert (C-360/07) contra Land Baden-Württemberg, aún no publicada en la recopilación. Sobre otros aspectos, como el de la profesión de notario, excluida de la Directiva 2006/123, pueden consultarse las conclusiones del abogado general Cruz Villalón de 14 de septiembre de 2010 en los asuntos Comisión/Bélgica (C-47/08), Comisión/Francia (C-50/08), Comisión/Luxemburgo (C-51/08), Comisión/Austria (C-53/08), Comisión/Alemania (C-54/08) y Comisión/Grecia (C-61/08).

- FALLON, M y SIMON A.-C. (2007): *La directive services: quelle contribution au marché intérieur?*, JTDE febrero, p. 1.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R. (2007): «Un nuevo Derecho administrativo para el mercado interior europeo», en *Revista española de Derecho Europeo*, nº 22, Civitas.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *El derecho administrativo privado*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1996, p. 398.
- GRILLER, S. (2008): en el «General Report del Congreso Fide de 2008, glosado para The New Services Directive of the European Union – Hopes and Expectations from the Angle of a (further) Completion of the Internal Market», en H. F. KOECK/ M. M. KAROLLUS (Eds.): *Proceedings of the FIDE Congress Linz 2008*, vol. 4, Viena, 2009, p. 381.
- HATZOPOULOS V. (2007): *Que reste-t-il de la directive sur les services?*, RESEARCH PAPERS IN LAW. College of Europe.
- IDOT, L.: Régime du principe de libre circulation: principe d'interdiction et Libre circulation: dérogation au principe de libre circulation: Lamy Procédures communautaires, t. 1, études 150 et 152 et J.-G. Huglo, Droit d'établissement et libre prestation de services: J.-Cl. Europe Traité, Fasc. 710, spéc. nº 6.
- MANINN, Ph. (6/2007): *Conclusions sur la Directive 2006/123/CE*, Europe, p. 29-30.
- REICH, N.: *A European Constitution for Citizens: Reflections on the Rethinking of Union and Community Law* *European Law Journal*, Vol. 3, p. 131.
- REUTER, P. (1953): «La Communauté Européenne du charbon et de l'acier», LGDJ, París.
- RODRIGUEZ FONT, M. (2009): en «Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local. La Directiva de Servicios: Contratación local y crisis económica. Nuevos desarrollos estatutarios», *Anuario del Gobierno Local*, Dir. por Tomás FONT I LLOVET y por Alfredo GALÁN GALÁN, IDP, Institut de Dret Públic.
- WERNICKE, S. (2007): «Au nom de qui? The European Court of Justice between Member States, Civil Society and Union Citizens», *European Law Journal*, 380.