

EL COMPLEJO PROCESO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

*Helena Villarejo Galende
María Amparo Salvador Armendáriz*

La Directiva de Servicios: Antecedentes y Contenido

Reflexión general: contexto y objetivos

Son tantas las cuestiones que suscita la Directiva de Servicios que resulta difícil decidir por dónde empezar. Quizá una breve explicación de las circunstancias que condujeron a aprobar una norma tan relevante como ésta pueda servir como punto de partida. Una de las piedras angulares de la Unión Europea es el principio de que los bienes, los servicios, los capitales y los trabajadores pueden moverse libremente de un Estado miembro a otro. Dos de las libertades fundamentales, cruciales para el desarrollo del mercado interior, son tanto la libertad de las empresas para establecerse en otros Estados miembros como la libre prestación de servicios en el territorio de otro Estado diferente de aquél en el que están establecidas. Ambas, naturalmente, fueron garantizadas en el Tratado (arts. 43 y 49 TCE). A lo largo de los años, los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios dentro de la Unión Europea han sido clarificados y desarrollados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE). Al mismo tiempo, se han ido produciendo importantes desarrollos y progresos en el ámbito de los servicios a través de legislación específica en materias como los servicios financieros, las telecomunicaciones, radiodifusión o reconocimiento de cualificaciones profesionales. Sin embargo, a pesar de los avances en determinados sectores de servicios, para las instituciones comunitarias, el mercado interior de servicios «no funciona como debería». De acuerdo con la Comisión, la mayoría de los beneficios del mercado interior han tenido lugar en el mercado de bienes y se hacía necesario mejorar el funcionamiento del mercado interior de servicios.¹ Destacadamente, en la Cumbre de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000, el Consejo Europeo invitó a la Comisión y a los Estados miembros a elaborar una estrategia para eliminar las barreras transfronterizas a la libre circulación de servicios². En el año 2002 la Comisión

1. Así puede leerse en el sitio de la Comisión Europea sobre el Mercado Único: [http:// ec.europa.eu/internal_market/top_layer/index_19_en.htm](http://ec.europa.eu/internal_market/top_layer/index_19_en.htm). Vid. también, Kox, H., Lejour, A. y Montizaan, R., «The free movement of services within the UE», CPB Bureau for Economic Policy Analysis, The Hague, núm. 69, 2004-2005, p. 9 [www.cpb.nl] y Vogt, L., «The EU's Single Market: At your service?», OECD Economics Department Working Papers, núm. 449, 2005, p. 2.

2. Véase el apartado 17 de las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de

Europea presentó un informe en el que se concluía que los prestadores de servicios se encontraban con grandes obstáculos cuando quieren exportar sus servicios a otros Estados miembros, que se deben en un alto grado a la heterogeneidad de las regulaciones nacionales para los prestadores de servicios.³ Poco después, a comienzos del 2004, la Comisión Europea presentó una propuesta de Directiva para reducir los impedimentos al comercio de servicios.⁴

Finalmente, tras una tramitación de casi tres años, el 27 de diciembre de 2006 se publicaba en el *Diario Oficial de la Unión Europea* el texto final de 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, más conocida como Directiva de Servicios o Directiva *Bolkestein*.

El Parlamento Europeo terminó aprobando en diciembre de 2006 una versión suavizada del controvertido borrador presentado en enero de 2004 por el entonces comisario de mercado interior, el liberal holandés Frits Bolkestein; un borrador que provocó una gran contestación social, que movilizó a la opinión pública europea, especialmente en Francia, Bélgica y Alemania.⁵ Merced al rechazo y la resistencia generada, su proceso de aprobación se vio interrumpido en varias ocasiones.⁶ La Propuesta de Directiva –y, en particular, su elemento central (el principio del «país de origen»)– se convirtió en el foco de la iras de todos aquellos que denuncian la naturaleza antisocial del mercado y la deriva neoliberal de la Unión Europea. Llegó a ser uno de los principales símbolos del «non» francés y del «nee» holandés en los respectivos referenda sobre la Constitución europea. La presión fue tal y tan exitosa que, finalmente, las enmiendas introducidas por el Parlamento Europeo transformaron la propuesta inicial de la Directiva Bolkestein en un «queso suizo», con más agujeros que sustancia.⁷ Desde el punto de

Lisboa en http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_es.htm. En el campo de los servicios, esto se tradujo de manera casi inmediata en la elaboración de la Comunicación de la Comisión «Una estrategia para el mercado interior de servicios» [COM (2000) 888 final, de 29 de diciembre]. Sobre Esta última, MORILLAS GÓMEZ, J., «Una estrategia para el mercado interior de servicios», *Boletín Económico del ICE*, núm. 2684 del 5 al 18 de marzo de 2001, pp. 11-15.

3. Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre «*El estado del mercado interior de servicios*» [COM (2002) 441 final, de 30 de julio].

4. «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior» [COM (2004) 2 final, de 13 de junio de 2004]. Un exhaustivo examen de esta propuesta, vid. D'ACUNTO, S., «La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur», *Revue du Droit de l'Union européenne*, núm. 2, 2004, pp. 201-248.

5. No deja de ser sorprendente la escasa repercusión que tuvo entre nosotros. Vid. TAIBO, C., «El fiasco Bolkestein», *El Periódico*, 15 de abril de 2005.

6. Para un conocimiento exhaustivo de los detalles de la prolongada y compleja tramitación de esta norma, puede leerse la entrada «Histoire de la directive Bolkestein» (17 de noviembre de 2006) en el Blog del eurodiputado Alain LIPIETZ (<http://lipietz.net/>). Entre la doctrina, BARNARD, C., «Unravelling the Services Directive», *Common Market Law Review*, 45, 2008, pp. 325-331 y PEGLOW, K., «La libre prestation de services dans la Directive núm. 2006/123/CE», *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, núm. 44 (1), janv.-mars 2008, pp. 75 y ss.

7. Como se subraya en el comentario editorial titulado «The services directive proposal: Striking a balance between the promotion of the internal market and preserving the European social model?» del núm. 43 (2006) de la *Common Market Law Review*, pp. 308-309. Algunos autores han utilizado otra expresión muy gráfica para describir el proceso de «descafeina-

vista técnico, las enmiendas finales a la propuesta inicial han dado lugar a un texto defectuoso, con numerosas contradicciones y ciertas ambigüedades.⁸ La inseguridad jurídica que la defectuosa técnica jurídica genera termina confirmando un notable poder al Tribunal de Luxemburgo que está llamado necesariamente a interpretar la norma.⁹

La Directiva de Servicios (en adelante, DS) se enmarca en el contexto de la denominada «Estrategia de Lisboa», impulsada por el Consejo Europeo a partir de 2000, cuando en su reunión de marzo de ese año se marcó el ambicioso objetivo estratégico de convertir la economía de la Unión en «la economía del conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, antes del 2010, capaz de un crecimiento económico duradero acompañado por una mejora cuantitativa y cualitativa del empleo y una mayor cohesión social».¹⁰ Este objetivo, que se manifestó en otras muchas medidas políticas y jurídicas, se materializa, en el caso de los servicios, a través de esta norma comunitaria. Para conseguir un auténtico mercado interior de servicios en el año 2010, la DS se propone: facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en otros Estados miembros 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; y establecer una cooperación administrativa efectiva entre los Estados miembros.

Conviene hacer notar que las conclusiones del Consejo Europeo de Lisboa no hacían referencia a una Directiva «general» de servicios, únicamente requerían «una estrategia para remover las barreras a los servicios». De hecho, pedían que se continuara con el enfoque de liberalizar sectores específicos, centrándose en concreto en tres áreas: el comercio electrónico, los servicios económicos de interés general (gas, electricidad, servicios postales y transportes) y los servicios financieros.¹¹ La idea de una Directiva general, de enfoque horizontal, aparece por primera vez en el documento «Estrategia para un mercado interior de los servicios», presentado por la Comisión el 29 de diciembre de 2000 [COM (2000) 888]. Con ello, la Comisión propone un programa regulatorio aplicable a toda clase de servicios, sin un intento de enumerar esos servicios (como sucede, por ejemplo, en el contexto del GATS).¹²

miento» de la norma comunitaria: «*Started as a tiger but ended as a bedside carpet*» (HATJE, A., «Services Directive. A Legal Analysis», en *Services Liberalisation in the Internal Market*, F. Breuss, G. Fink and S. Griller (eds.), Springer Vienna, 2008, fragmentos disponibles en <http://www.springerlink.com/content/w6315047632707k2/>).

8. DE WITTE, B., «Setting the scene: How did Services get to Bolkestein and why?», *EUI Working Paper Law*, núm. 20, 2007, pp. 10-11, disponible en www.eui.eu. La inseguridad jurídica que la defectuosa técnica jurídica genera termina confirmando un notable poder al Tribunal de Luxemburgo que está llamado necesariamente a interpretar la norma.

9. Así, UYEN DO, T., «La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur... définitivement hors service ? *Revue du droit de l'Union Européenne*, núm. 1, 2006, p. 130.

10. Vid. *Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Lisboa* en http://www.europarl.europa.eu/summits/lis1_es.htm

11. DE WITTE, B., «Setting the scene...», cit., p. 2.

12. Esta comparación con el *General Agreement on Trade in Services* es realizada por DE WITTE, B., cit., p. 8. La *Services Sectoral Classification List* de la WTO (Organización

El principal objetivo de la DS es crear un marco jurídico general que suprima los obstáculos que se oponen a la libre circulación de los servicios y a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y mejorar la calidad de los servicios. El considerando primero de la norma concreta tal objetivo en los siguientes términos: «la eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros», dado que se trata de un «medio esencial de reforzar la integración entre los pueblos de Europa y de fomentar el progreso económico y social, equilibrado y sostenible». La DS recuerda que el artículo 14.2 del Tratado se refiere al mercado interior como un espacio sin fronteras interiores en el que la «libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada». En materia de servicios, estas libertades se concretan en los artículos 43 TCCE, que garantiza la libertad de establecimiento, y 49 TCCE, que establece la libertad de prestación de servicios.¹³

Con todo ello se pretende fomentar el crecimiento económico y la creación de empleo. Elemento clave para la consecución de tal objetivo es la competitividad. Una competitividad que en la actualidad se ve debilitada, a juicio del legislador europeo, por el gran número de barreras en el mercado interior que impiden a los prestadores, en particular a las pequeñas y medianas empresas (PYME), extender sus operaciones más allá de sus fronteras nacionales y beneficiarse plenamente del mercado interior (considerando 2). Estas barreras tienen 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» (considerando 3). El Parlamento Europeo y el Consejo entienden que «procede 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 y garantizar tanto a los destinatarios como a los prestadores de servicios la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio efectivo de estas dos libertades fundamentales» (considerando 4).¹⁴ La realización del mercado interior de servicios habrá de llevarse a cabo con «el debido equilibrio entre la apertura de los mercados y la preservación de los servicios públicos, los derechos sociales y los derechos de los consumidores» (considerando 5).

Dado que la eliminación de estas barreras no puede hacerse sólo mediante la aplicación directa de los artículos 43 y 49 del Tratado, la DS promueve la necesaria *coordinación previa de las legislaciones nacionales*. A ello añade la instauración de un sistema de *cooperación administrativa* entre los Estados miembros, que favorezca la *mejora de la calidad de los servicios* y la *simplificación administrativa*, como medidas complementarias.

Mundial del Comercio) puede consultarse en http://www.wto.org/english/tratop_c/serv_c/mtn_gns_w_120_c.doc

13. Sobre el particular, puede consultarse el temprano trabajo de BORRAJO INIESTA, I., «Las libertades de establecimiento y de servicios en el Tratado de Roma», en GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J.D. Y MUÑOZ MACHADO, S., *Tratado de Derecho Comunitario Europeo. Estudio sistemático desde el Derecho español*, (vol. II), Civitas, Madrid, 1986, pp. 149-260.

14. La supresión de las barreras para la circulación transfronteriza de servicios «es prioritaria para conseguir el objetivo fijado por el Consejo Europeo de Lisboa, de 23 y 24 de marzo de 2000, de mejorar el empleo y la cohesión social y alcanzar un crecimiento económico sos-

La polémica sobre «el principio del país de origen» y el ámbito de aplicación de la Directiva

A) ¿Qué fue de Bolkestein? Del «principio del país de origen» a la propuesta McCreedy pasando por el «fontanero polaco» y el compromiso Gebhardt

Aunque el contenido de la DS se extiende a otras cuestiones, fue sin duda la mención al «principio del país de origen», dentro del tratamiento que la propuesta original del comisario Bolkestein hacía del título relativo a la libertad de servicios,¹⁵ la verdadera culpable de la gran controversia desatada por la Directiva, generador de notables dificultades en el proceso de su tramitación y aprobación. De acuerdo con este principio, la legislación aplicable al suministrador o prestador de servicios que se traslada a otro país europeo es la de su país de origen y no la del país en que presta sus servicios.¹⁶

El «principio del país de origen» es fruto de una doctrina elaborada por la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, que, como ya se ha indicado, ha influido notablemente en el contenido de la DS. Para el Tribunal, «no es conforme con la libre prestación de servicios imponer restricciones a un prestador de servicios para salvaguardar intereses generales cuando dichos intereses quedan ya garantizados por las normas a que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido».¹⁷

tenible con el fin de hacer de la Unión Europea la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo de aquí al año 2010, con más y mejores empleos» (considerando 4).

15. Junto con el título relativo a la libertad de servicios, la DS incluye otras cuestiones con distinta relevancia, que van desde el título que desarrolla las exigencias derivadas de la libertad de establecimiento de los prestadores, a la simplificación administrativa, previsiones en relación con la calidad de los servicios, las medidas para favorecer la cooperación administrativa y el establecimiento de un programa de convergencia.

16. El principio del país de origen se centra principalmente en aspectos legales relativos a titulaciones, diplomas, regulaciones, necesidad de autorizaciones particulares, etc. En principio, no resulta aplicable al Derecho Laboral, regulado por la 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. Así, quedan excluidos del principio del país de origen las normas relativas al salario mínimo; a la salud, higiene y seguridad; a los derechos de mujeres gestantes y a la maternidad; los derechos de niños y jóvenes; las consideraciones de paridad en el tratamiento a hombres y mujeres, y las vacaciones pagadas. Sin embargo, quedan sujetas a este principio otras cuestiones fundamentales como el derecho de huelga, las condiciones de contratación y despido y las contribuciones de la Seguridad Social. Sobre el particular, vid. DAVIES, G., «Services, Citizenship, and the Country of Origin Principle», *Mitchell Working Paper No. 2/2007*, Edinburgh Europe Institute; y, del mismo autor, «The Services Directive: Extending the country of origin principle and reforming public administration», *European Law Review*, N° 2, 2007, pp. 232-245. Vid., también, HATZOPOULOS, V., «Que reste-t-il de la directive sur les services?», *Cahiers de droit européen*, Vol. 43, N° 3-4, 2007, pp. 299-358 y PEGLOW, K., «La libre prestation de services...», cit., pp.114-115, que da cuenta de las diferencias de modelo que se dan entre la DS y la Directiva 96/71/CE. Entre nosotros, con carácter general, PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El Mercado Interior Europeo. Las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2004.

17. Así se expresa en STJCE de 22 de enero de 2002, as. C-390/99, *Canal Satélite Digital*, (ap. 38). Con anterioridad, en la STJCE de 23 de noviembre de 1999, ass. C-369/96 y 376/96,

Desde el inicio de la tramitación de la norma, el «principio del país de origen» provocó serias preocupaciones y desató numerosas críticas: su introducción podría causar *dumping* social, es decir, estimular una carrera en la reducción de tutelas sociales, derechos laborales y niveles retributivos.¹⁸

En respuesta a los extendidos temores sobre la Directiva, los dos principales grupos del Parlamento Europeo –Partido Popular Europeo y Partido Socialista Europeo– llegaron a una solución de compromiso sobre un texto –cuya relatora fue la socialdemócrata alemana Evelyne Gebhardt– el 16 de febrero de 2006.¹⁹

La principal modificación del compromiso *Gebhardt* consistió precisamente en la supresión de la mención expresa al «principio del país de origen» en el capítulo relativo a la libertad de prestación de servicios, y la inclusión de numerosas excepciones y protecciones para evitar una reducción de los derechos laborales y las tutelas sociales. Con ello las instituciones comunitarias han querido frenar la amenaza del «fontanero polaco», paradigma con el que se ha puesto nombre al posible *dumping* social que supondría la llegada masiva de trabajadores «low cost», prestadores de servicios provenientes de los países del Este de reciente incorporación, cuyas regulaciones de todo tipo (seguridad e higiene, laboral, seguridad social...) son mucho menos exigentes que las del resto de Estados miembros.²⁰ Finalmente, en lo relativo a normas sociales y salariales, el principio del país de origen fue sustituido por el del país de destino. Y quedaron totalmente fuera del ámbito de la Directiva, convenios colectivos, salario mínimo, vacaciones, seguridad en el trabajo o seguridad social.²¹

En abril de 2006, la Comisión elaboró una nueva propuesta –el denominado borrador McCreevy²²– muy pegada al texto aprobado parlamentariamente. El nuevo texto sigue la estructura de su predecesor Bolkestein, aunque su alcance es mucho más restringido.²³ Distingue el acceso a los mercados europeos, que debe ser lo más libre y desregulado posible, del ejercicio de las actividades de servicios, que debe seguir las normas del país de destino, para no interferir con los equilibrios de los mercados locales. Se explicitan numerosas excepciones no exentas de ambigüedad. En el texto finalmente aprobado, el artículo 31 recoge el principio de supervisión por parte del Estado miembro en que se preste el servicio en

Arblade, el TJCE había interpretado que «es preciso que las autoridades y, en su caso, los órganos jurisdiccionales del Estado miembro de acogida comprueben sucesivamente, antes de exigir que se elaboren y se lleven en su territorio los documentos previstos en su propia legislación social o laboral, que la protección social de los trabajadores que puede justificar tales exigencias queda ya suficientemente salvaguardada mediante la presentación, en un plazo razonable, de los documentos que se llevan en el Estado miembro de establecimiento...» (ap. 65).

18. *Vid.* MONTERO PASCUAL, J.J., «La libre prestación de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», en *La Directiva relativa a los servicios en el Mercado Interior (La Directiva Bolkestein)*, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.14, 2008, p. 110.

19. A6-0409/2005 FINAL.

20. MONTERO PASCUAL, J.J., «La libre prestación de servicios...», cit., p. 108.

21. Véase el considerando 14 y los párrafos 7 y 6 del artículo 1 del texto definitivamente aprobado.

22. COM (2006)160. El irlandés Charlie McCreevy ocupa la cartera del Mercado Interior y Servicios de la Comisión desde noviembre de 2004.

23. BARNARD, C., «Unravelling...», cit., p. 330.

caso de desplazamiento del prestador. Este principio se matiza, no obstante, en el artículo 30, precepto en virtud del cual la supervisión puede trasladarse al Estado miembro de establecimiento del prestador, en caso de que el desplazamiento sea temporal (véase también artículo 31.2). La DS sale, así, al paso, al menos parcialmente, del polémico principio del «país de origen» y del paradigma del «fontanero polaco» que tanto dificultaron en su momento su aprobación. Sin embargo, la interpretación de estos dos preceptos, con todo, dista mucho de ser clara.²⁴ Demasiados cabos sueltos, que producirán un sistemático recurso al Tribunal de Justicia de Luxemburgo.

B) ¿A qué servicios se aplica? El método horizontal

La principal novedad de esta norma comunitaria es, sin duda, su método horizontal. Hasta el momento, el Derecho comunitario derivado relativo a la coordinación de legislaciones en materia de libertad de prestación de servicios y de libertad de establecimiento ha tenido carácter sectorial. La Directiva, sin embargo, aplica los mismos principios a una gran parte de los servicios en Europa: desde la distribución comercial a la investigación de mercados; la administración de empresas o los servicios contables; la construcción o la ingeniería.²⁵ El carácter horizontal o transversal de la DS deriva de la propia definición que la norma efectúa de «servicios» como «concepto-resto»,²⁶ recogiendo la interpretación que del mismo ha hecho el TJCE en numerosas sentencias.²⁷

De acuerdo con su artículo 2.1, la DS se aplicará a «los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro». ¿A qué tipo de servicios? —cabe preguntarse. La norma comunitaria define los servicios como «cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de retribución, contemplada en el artículo 50 del Tratado» (art. 4.1).²⁸ ¿Qué actividades han de ser incluidas en esta definición?

24. Para Peglow la solución final de la DS, aunque no es el «principio de país de origen», está muy cerca, al margen de la valoración positiva que hace de su eliminación formal («La libre prestación de servicios...», cit. p.117).

25. KOX, H., LEJOUR, A. Y MONTIZAN, R., «The free movement of services...», cit., p.10.

26. *Vid.*, en este sentido, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.M., «El derecho de establecimiento», en López Escudero, M. y Martín y Pérez de Nanclares, J.M., *Derecho Comunitario Material*, McGraw-Hill, Madrid, 2000, p.124. PELLICER destaca el carácter «residual» de esta definición, *vid.* «Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea», en Illiescas Ortiz, R. y Moreiro González, C.J., (dirs.) *Derecho Comunitario Económico (Volumen I). Las libertades fundamentales*, Colex, Madrid, 2001, p.163. CALVO CARAVACA Y CARRASCOSA GONZÁLEZ, hablan de «noción supletoria», en «Mercado único europeo y libertades comunitarias», en Calvo Caravaca, L.A. y Blanco-Morales Limones, *Derecho europeo de la competencia*, Colex, Madrid, 2000.

27. Véanse, por ejemplo, la reciente STJCE de 11 de septiembre de 2007, as. C-318/05, *Comisión/Alemania y C-76/05, Herbert Schwarz*; o también, las SSTJCE de 12 de julio de 2001, as. C-157/99, *Smits y Peerbooms*, de 12 de julio de 2001, as. C-368/98, *Vanbraekel y otros*, de 13 de mayo de 2003, as. C-385/99, *Müller-Fauré y van Riet*, de 23 de octubre de 2003, as. C-56/01, *Inizan*, y de 16 de mayo de 2005, as. C-372/04, *Watts*.

28. El art. 50 TCEE establece que tienen la consideración de servicios «las prestaciones realizadas normalmente a cambio de retribución, en la medida que no se rijan por las disposi-

La respuesta no es sencilla. El alcance material de la norma comunitaria es controvertido y está envuelto en la incertidumbre, debido en gran medida a la existencia de un mosaico de excepciones, exclusiones y «no aplicaciones».²⁹ Sin entrar a fondo en una polémica que excede con mucho el contenido de este artículo, digamos que la Directiva se aplica a todos los servicios, tanto servicios a empresas como servicios a consumidores, salvo los expresamente excluidos o los que están cubiertos por otras disposiciones comunitarias. Incluye, por tanto, una amplísima gama de actividades como los servicios de asesoramiento a empresas, gestión, consultoría, certificación, mantenimiento, publicidad, relacionados con la contratación de personal (aunque las agencias de trabajo temporal están excluidas) o los servicios de agentes comerciales. Asimismo, servicios de asesoramiento jurídico o fiscal, agencias inmobiliarias, construcción, incluidos los servicios de arquitectos, distribución y centros comerciales, la organización de ferias o el alquiler de vehículos y las agencias de viajes, guías turísticos, los servicios recreativos, los centros deportivos y los parques de atracciones son algunos de los ejemplos citados en el texto.³⁰

Conviene —señala de manera expresiva el considerando 8 de la Directiva— que lo dispuesto sobre la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios «*se aplique siempre que las actividades de que se trate estén abiertas a la competencia*».

El art. 2.2 enumera las actividades a las que no se aplica la Directiva, empezando por la mención a los «servicios no económicos de interés general» (art. 2.2 a)). Cuáles sean éstos es el otro gran aspecto polémico de la DS junto con el principio del país de origen. Hay que decir que no es sencillo saber en qué servicios está pensando la DS. En una interpretación literal y *sensu contrario* parece que serán «servicios no económicos de interés general» los servicios de interés general que no tengan carácter económico, no al menos preferentemente.³¹ Con todo,

ciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Los servicios comprenden en particular: a) actividades de carácter industrial. b) actividades de carácter mercantil. c) actividades artesanales. d) actividades propias de las profesiones liberales».

29. Vid. BARNARD, C., «Unravelling...», cit., 331.

30. La dificultad para determinar previamente el alcance de qué sean «servicios» en la Directiva es evidente. Tanto que los propios servicios de la Dirección General del Mercado Interior y Servicios de la Comisión se han adelantado elaborando en el año 2007 un «Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios», que puede consultarse en: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_es.htm.

31. La expresión «servicio económico de interés general» está incluida en el TCCE en los arts. 16 y 86.2 y su regulación ha generado un complejo proceso normativo a nivel comunitario, que se ha llevado a cabo con carácter sectorial y que ha dado lugar a la liberalización de sectores enteros de actividad (comunicaciones electrónicas, servicios postales, electricidad...). La Comisión Europea ha evaluado estos procesos de liberalización en varias comunicaciones. La primera, en 1996 (DOCE 96/C 281/03, de 26 de septiembre de 1996). A ella han seguido la de 2000 [COM (2000) 580, de 20 de septiembre de 2000], en la que ahora sí se distingue entre «servicios de interés general» y «servicios económicos de interés general» (aps. 28 y 29). Entre los primeros, la Comunicación incluye la «educación nacional y los regímenes básicos de la seguridad social». En esta idea insiste el *Informe al Consejo Europeo de Laeken sobre los servicios de interés general*, presentado por la Comisión, con fecha de 17 de diciembre de 2001 [COM (2001) 598]. Posteriormente, en 2003, la Comisión puso en marcha un Libro Verde

no resulta fácil *a priori* conocer cuáles serán. La definición de estos servicios compete a cada Estado miembro.

Por otra parte, a la exclusión de los servicios no económicos de interés general, se añade la de 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» (*ex art. 2.2 f*) y los «servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionadas por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado» (*ex art. 2.2 j*). Parece que la DS ha querido dejar fuera de las obligaciones que en ella se contienen a las prestaciones públicas de carácter sanitario y asistencial, así como a otras prestaciones en las que, al margen de su remuneración o no, total o parcial, prevalezca en ellas su contenido social, sanitario, cultural o educativo por encima de su valor económico.³² De todos modos, ninguna de estas dos exclusiones está exenta de problemas interpretativos.

El resto de los supuestos de exclusión responden, en parte, a la existencia de Derecho comunitario derivado de carácter sectorial. Así, en el caso de los servicios financieros (bancarios, de crédito, de seguros, reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión *ex art. 2.2 b*)), los servicios y redes de comunicaciones electrónicas (*ex art. 2.2 c*)), los servicios en el ámbito del transporte, incluidos los portuarios (*ex art. 2.2 d*)), los de las empresas de trabajo temporal (*ex art. 2.2 e*)), los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos y la radiodifusión (*ex art. 2.2 g*).³³

Hay otro grupo de servicios excluidos por razones que podríamos llamar «políticas», esto es, por voluntad de los Estados miembros de mantenerlos al margen de las obligaciones impuestas por la DS; lo cual no significa que no se les apliquen –en la medida en que les correspondan– las libertades de prestación de servicios y de establecimiento, dado que dichas libertades tienen efecto direc-

sobre los servicios de interés general [COM (203) 270, de 21 de mayo de 2003] en el que define «servicios de interés general» como aquellos «sometidos, o no, a la disciplina de mercado, que las autoridades públicas consideran de interés general y están sometidos a obligaciones específicas de servicio público» (ap. 16.), incluyendo por tanto, a los de carácter económico y a los que no lo tienen. En 2004 este Libro Verde se prolongó dando lugar a la Comunicación de la Comisión, por la que se hace público un *Libro Blanco sobre los servicios de interés general* [COM(2004) 374, de 12 de mayo]. Aunque todos estos documentos aportan una visión horizontal de los servicios de interés general en Europa, lo cierto es que esta visión no ha pasado al plano normativo que, a excepción de la DS, sigue ocupándose de regulaciones sectoriales.

32 *Vid.* LINDE PANIAGUA, E. «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, UNED y Colex, Madrid, 2008, p. 40.

33 Como destaca BARNARD, el artículo 3.1 DS otorga prioridad a las previsiones de otras Directivas (no la Directiva como un todo) que entren en conflicto con las previsiones de la DS («Unravelling...», cit., 347). En este sentido, a nuestro juicio, la DS tendría una naturaleza subsidiaria con respecto a las previsiones de esas directivas que se aplican a específicos sectores o profesiones.

to.³⁴ En este capítulo se encuentran mencionados los servicios de empresas de carácter sectorial (*ex art. 2.2 e*)), las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar (*ex art. 2.2 h*)), las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública (*ex art. 2.2 i*)), los servicios de seguridad privados (*ex art. 2.2 k*)) y los prestados por notarios agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración pública (*ex art. 2.2 d*)).

El contenido de la Directiva

A) La originalidad de la Directiva: la insólita mezcla de codificación, desregulación, armonización y coordinación

La doctrina ha destacado la originalidad de la Directiva. Así, en palabras de HATZOPOULOS, constituye «un texto moderno y dinámico, impregnado de tendencias legislativas y de gobernanza actuales y representa un nuevo estilo de redacción legislativa».³⁵ Según BARNARD, esta «patata caliente» del Derecho comunitario de comienzos del siglo XXI es un instrumento legislativo ciertamente singular que no encaja en los moldes legislativos tradicionales utilizados hasta ahora en el mercado único de integración positiva a través de la armonización.³⁶

Para entender la naturaleza de esta norma, es importante no perder de vista dos hechos. Primero, la Directiva es 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 mediante la armonización y el reconocimiento mutuo de las disposiciones en sectores fundamentales como la banca y los seguros, a través del reconocimiento mutuo de títulos para el acceso a profesiones reglamentadas y mediante la apertura de los mercados públicos o liberalización de algunos servicios clave como las telecomunicaciones. Y, segundo, la Directiva es la racionalización de una serie de reglas formuladas por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, desde las conocidas sentencias de los años setenta *Dasonville* y *Cassis de Dijon*, centradas en la eliminación de los obstáculos al comercio intracomunitario.³⁷

En buena medida, el contenido de la Directiva no es sino una «codificación»³⁸

34. Existe una reiterada jurisprudencia comunitaria que afirma que los arts. 43 y 49 TRCE relativos a la libertad de establecimiento y a la libertad de servicios son disposiciones fundamentales de la Comunidad y que, por tanto, *pueden ser invocados directamente* (SSTJCE de 21 de junio de 1974, as. 2/74, *Reyners*; de 3 de diciembre de 1974, as. 33/74, *Van Binsbergen*; de 28 de enero de 1986, as. C-270/83, *Comisión/Francia*). Esto es, el TJCE confirma el efecto directo de estos preceptos y, en consecuencia, reconoce el derecho de los particulares a dirigirse directamente ante sus jurisdicciones nacionales en demanda de su protección. *Vid.* MANGAS MARTÍN, A. Y LINÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, 2ª ed., McGrawHill, Madrid, 1999, p. 199.

35. Cfr. HATZOPOULOS, V., «Que reste-t-il de la directive...», cit., p. 353.

36. Cfr. BARNARD, C., «Unravelling...», cit., pp. 323 y 382.

37. MESSERLIN, P.A., «The Directive on Services: Rent seekers strike back», *Intereconomics*, may-june, 2005, p. 121-122.

38. Es necesario utilizar esta expresión con cautela, ya que no se trata de la codificación de

de la jurisprudencia comunitaria³⁹ y, en tal sentido, podría hablarse de ella como de un moderno «Digesto» comunitario de las libertades económicas de establecimiento y prestación de servicios.⁴⁰

La Directiva es, pues, un paso más en la lógica de la integración europea.⁴¹ La novedad es que la «liberalización»⁴² de los servicios que hasta ahora se había hecho por sectores (telecomunicaciones, servicios postales, transportes...), en esta ocasión se plantea con carácter general. Y, sin embargo, no es una Directiva de armonización, aunque haya una llamada para que pudiera serlo en el futuro y lo será irremediablemente en la práctica, como explicaremos más adelante. Esta norma, de naturaleza sin duda alguna ciertamente peculiar en el contexto del Derecho comunitario, es además una Directiva con efectos desreguladores⁴³, o

textos normativos –típica de nuestro derecho continental– sino de una codificación de principios y soluciones jurisprudenciales. La expresión ha sido utilizada recientemente, por el Parlamento Europeo en su Resolución de 23 de mayo de 2007, sobre el impacto y las consecuencias de la exclusión de los servicios sanitarios de la Directiva de Servicios en el Mercado Interior (2006/2275/(INI)), publicada en *DOUE* el 23 de mayo de 2007. Igualmente, hace uso del término el Gobierno británico en el documento de consulta sobre la implementación de la DS en el Reino Unido: *Consultation Document on Implementing the EU Services Directive in the UK*, Department for Business Enterprise & Regulatory Reform (BERR), november, 2007, p. 93. Disponible en <http://www.berr.gov.uk/files/file42207.pdf>. Entre la doctrina, recurren a este término HATZOPOULOS, V., «Que reste-t-il de la directive...», cit., p. 345 y BARNARD, C., «Unravelling...», cit., p. 393.

39 Para un análisis detallado de esta jurisprudencia, véase SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., «La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra», *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 44, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2007, pp. 45-86.

40 A pesar de que buena parte del contenido de la DS no sea novedoso en cuanto que no es más que una recopilación de la jurisprudencia comunitaria, sí representa una novedad de extraordinaria importancia «haber convertido esa jurisprudencia en una disposición general y haber montado un sistema específico para asegurar el efectivo cumplimiento de ésta en todo el ámbito de la Unión» (Cfr. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.-R., «Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, junio, 2007, p. 194). Para DAVIES, la conversión de la jurisprudencia en norma no es algo vano. En la práctica, serán muchos los que, no estando dispuestos a escrutar e interpretar sentencias, serán sin embargo conscientes de su existencia y tratarán de cumplir con la norma («The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration», *European Law Review*, 32, 2007, p. 234). Compartimos también la opinión de HATZOPOULOS, para quien la codificación jurisprudencial tiene un claro «valor añadido» («Que reste-t-il de la directive...», cit., pp. 345 y 346).

41 MESSERLIN pone de relieve que ambos linajes presentan a la Directiva como una evolución lógica –no un cambio– de la integración europea a lo largo de cuarenta años («The Directive on Services...», cit., p. 121).

42 La Directiva elude las referencias expresas a la liberalización. Sin embargo, resulta muy expresivo el párrafo 2 del artículo 1 DS: «La presente 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». Ergo, aplicando el argumento a contrario, parece que la Directiva trata de la liberalización de aquellos servicios no incluidos en la excepción.

43 Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o desregulación?», *Revista Española de Derecho europeo*, núm. 22 abril-junio, 2007, en especial, pp. 270 y ss. Para el autor, «los efectos desreguladores de la Directiva se producen como con-

mejor, una Directiva que rediseña y controla la regulación nacional de las actividades económicas.⁴⁴ Y, sobre todo, es una Directiva de coordinación. La base legal de la DS se encuentra en el artículo 47, apartado 2 y artículo 55 del TCCE («coordinación de las previsiones nacionales») y no el artículo 95 TCCE (armonización).⁴⁵ Y, ciertamente, hay mucho de coordinación. Así, la norma enfatiza la necesidad de coordinar los sistemas nacionales de regulación de las actividades de servicios o requiere que los Estados miembros para que trabajen en cooperación con la Comisión en la mejora de la calidad de los servicios.

La codificación efectuada, junto con esa mezcla de coordinación, desregulación y armonización hace de la Directiva de Servicios uno de los instrumentos legislativos más singulares aprobados por la Unión Europea en los últimos tiempos. Los tres elementos mencionados se observan en el considerando 7 que señala que el marco jurídico general que establece la DS para una amplia gama de servicios *«se basa en un enfoque dinámico y selectivo, consistente en suprimir de forma prioritaria las barreras que se pueden eliminar rápidamente y, respecto a las demás, iniciar un proceso de evaluación, consulta y armonización complementaria de cuestiones específicas para permitir modernizar de forma progresiva y coordinada los sistemas nacionales de regulación de las actividades de servicios»* (...) *«Conviene prever una combinación equilibrada de medidas relativas a la armonización selectiva, a la cooperación administrativa, a la disposición sobre la libre prestación de servicios y al estímulo para la elaboración de códigos de conducta sobre determinadas cuestiones. Esta coordinación de las legislaciones nacionales debe garantizar un elevado grado de integración jurídica comunitaria y un alto nivel de protección de los objetivos de interés general»*.

Difícilmente son inteligibles algunas de las técnicas empleadas por la DS si no se ponen en conexión con el denominado «método abierto de coordinación» (MAC), definido como un instrumento de la estrategia de Lisboa (2000). El MAC proporciona un nuevo marco de cooperación entre los Estados miembros, con objeto de lograr la convergencia entre las políticas nacionales para realizar algunos objetivos comunes. En el marco de este método intergubernamental, los Estados miembros evalúan a otros Estados miembros («control de grupo») y la Comisión desempeña únicamente una función de supervisión. El MAC supone medidas del denominado «soft law» («Derecho indicativo»), que permite coordinar las políticas entre los Estados Miembros, sin recurrir a una reglamentación «más dura».⁴⁶

La regulación contenida en la DS pretende configurar un *marco jurídico gene-*

secuencia de que la misma somete a determinadas nacionales que reglamentan la actividad económica a un control más intenso que el tradicional control al que se someten tales disposiciones en los ordenamientos nacionales» (p. 240). A nuestro juicio, los principales capítulos de la DS (III y IV) «desregulan» en la medida en que –mediante la integración negativa– se centran en la remoción de los obstáculos al libre establecimiento y libre prestación de servicios (en este sentido, BARNARD, C., «Unravelling...», cit., p. 383).

44. Vid. DAVIES, G., «The Services Directive: extending...», cit, p. 242.

45. Léanse las tres primeras líneas de la DS.

46. Vid. PÉREZ MENAYO, V., «El método abierto de coordinación en la UE: ¿una fórmula institucional de evaluación?», *Gestión y análisis de políticas públicas*, N° 30-31, 2004, pp. 71-100 y ROBLES CARRILLO, M., «El método abierto de coordinación: una técnica original de acción europea», *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, N° 239, 2005, pp. 3-21.

ral 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 49 TCCE.⁴⁷ Para conseguir este objetivo, el contenido de la DS se extiende en varias direcciones: la determinación de su objeto y de su ámbito de aplicación; la incorporación de las necesarias definiciones a los efectos de la interpretación y comprensión de los conceptos jurídicos que maneja la norma comunitaria; la concreción de lo que la Directiva llama «simplificación administrativa»; el desarrollo de las exigencias derivadas de la «libertad de establecimiento de los prestadores»; las exigencias derivadas de la «libre circulación de servicios» y las medidas destinadas a promover la «calidad de los servicios». Además de este conjunto de medidas, la DS se propone completar su eficacia impulsando un conjunto de obligaciones que recaen sobre los Estados miembros destinadas a favorecer la *cooperación administrativa*, de modo que se faciliten ciertos trámites burocráticos e igualmente la supervisión —por el Estado miembro en el que se prestan los servicios y excepcionalmente por el país de origen, en caso de desplazamiento temporal— de la prestación de servicios, entre otras medidas. Finalmente, se establece un programa de convergencia, que incluye un calendario así como la presentación de informes tanto por parte de los Estados miembros como por parte de la propia Comisión, la cual, por otra parte, tiene encomendada la función de ejecución de la Directiva.

Se trata, por tanto, de un contenido complejo, que se sitúa en varios planos. De un lado, los preceptos relativos a la sistematización de la doctrina jurisprudencial relativa a la libertad de establecimiento y libertad de prestación de servicios, lo que más arriba hemos denominado el «Digesto» comunitario, que constituyen el «núcleo duro» de la norma. Y, de otro, el resto de normas cuya finalidad consiste en favorecer el cumplimiento y eficiencia de las anteriores, y que poseen, desde esta perspectiva, carácter instrumental. En este contexto se sitúan los preceptos que regulan la simplificación administrativa, la coordinación administrativa, las obligaciones de presentar determinados informes y el programa de convergencia.

B) Contenido sustantivo

– Supresión sistemática de las restricciones a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios.

La eliminación de los obstáculos jurídicos que impiden el establecimiento de

En cuanto al «soft law», cuya mejor traducción al castellano resulta la de «derecho indicativo», se trata de una expresión utilizada con frecuencia en ámbitos anglosajones y también comunitarios con el siguiente sentido «normas de conducta enunciadas en instrumentos a los cuales no se ha conferido fuerza obligatoria en cuanto tal y que, no obstante, pueden surtir algunos efectos jurídicos —indirectos— y cuyo objeto es potencialmente producir efectos prácticos». Cfr. SENDEN, L., «Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?», *European Journal of Comparative Law*, Vol. 9.1, January 2005, <http://www.ejcl.org>. El plan de acción de la UE «Simplificar y mejorar el marco regulador» se refiere ampliamente a los sistemas de gobernanza de carácter no vinculante [COM (2002) 278 final].

47 L.A. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ ponen de manifiesto algo que, sin duda también, se percibe al analizar la DS; señalan que «la creación de un mercado único comunitario es un proceso complejo, un proceso dinámico», que va a depender en buena medida de la actuación de los Estados, *vid.* «Mercado único europeo y libertades comunitarias», *cit.*, p.10.

un auténtico mercado interior hace que la DS preste especial atención a los *regímenes de autorización*⁴⁸ establecidos por los Estados miembros para el acceso a la prestación de servicios, así como para el establecimiento de los prestadores (Capítulo III: arts. 9 a 15). En este contexto, las previsiones de la DS alcanzan a los relativos a los procedimientos administrativos, no tanto con el objetivo de armonizar dichos procedimientos,⁴⁹ cuanto de suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos, que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que éstos comportan.⁵⁰ En concreto, la autorización previa obligatoria se limita a aquellos casos en que sea indispensable. El art. 9.1 DS contempla la posibilidad de que se supedite «el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio» a la obtención de una autorización, condicionándola al que hemos denominado *triple test*.⁵¹ Esto es,

- a) que el régimen establecido *no sea discriminatorio* para el prestador
- b) que la necesidad de establecer un régimen de autorización esté *justificada por una razón imperiosa de interés general*, y
- c) que el objetivo perseguido no pueda conseguirse *mediante una medida menos restrictiva*, en concreto porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser eficaz.

Para que el establecimiento sea lo más fácil posible, se señalan una serie de principios que, en todo caso, los procedimientos autorizatorios deben respetar: no serán discriminatorios, habrán de estar justificados por una *razón imperiosa de interés general*,⁵² serán proporcionados al objetivo que se pretende de interés general, serán claros e inequívocos, objetivos, transparentes y accesibles y hechos

48. Según se señala en el considerando 39: *El concepto de «régimen de autorización» debe abarcar, 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.*

49. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, critica duramente a las Instituciones Comunitarias en relación con la DS, argumentando la falta de competencia para dictar una Directiva de contenido armonizador que «no suprima las distorsiones sensibles de la competencia generadas por la pluralidad regulatoria...», en «¿Quo Vadis, Bolkestein?...», cit, p. 270.

50. Para Tomás-Ramón FERNÁNDEZ el marco general que la DS establece para el régimen de autorizaciones supone una «verdadera revolución» («Un nuevo Derecho Administrativo...», cit, p. 192).

51. Cfr. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., «La Directiva de Servicios...», cit, p. 59.

52. Cuáles sean las razones imperiosas de interés general se convierte en la clave de arco del modelo regulatorio que está contemplando la DS. El art. 4.8 realiza un inventario de las que así se califican a los efectos de la DS. Razones imperiosas de interés general, son las razones reconocidas como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: «el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero de la seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural» (art. 4.8 DS). Esta lista,

públicos con antelación (art. 10). Y se introduce el principio de autorización tácita de las autoridades competentes una vez vencido un plazo determinado.⁵³

Además, el texto precisa los requisitos que, por ser considerados especialmente restrictivos, estarán prohibidos. Es la llamada «lista negra» del art. 14. Entre otros, esta «lista negra» está integrada por los siguientes requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad; prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros; aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado; intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes; obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros existentes en el territorio nacional o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio.

Otra serie de requisitos –potencialmente restrictivos– estarán permitidos («lista gris» del art. 15), siempre que el Estado miembro acredite, tras someterlos a evaluación, que son necesarios, proporcionales y no discriminatorios.⁵⁴ Entre este tipo de requisitos «dudosos» figuran, por ejemplo, la imposición de límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores; requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una forma jurídica particular; prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional; requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados; o tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar.

Si las previsiones del Capítulo III, recopilan la jurisprudencia comunitaria y no generan gran controversia, no puede decirse lo mismo respecto del Capítulo IV sobre la libre circulación de servicios, que contiene, especialmente en su sección 1 («libre prestación de servicios y excepciones») algunas de las previsiones más opacas de la DS.⁵⁵ El párrafo primero del art. 16 contiene tres exigencias para los Estados miembros: 1) respetar el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos; 2) asegurar la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio y 3) no supeditar dicha libertad de acceso a requisitos que no respeten el «triple test» (no discriminación, necesidad y proporcionalidad).

que recoge la jurisprudencia comunitaria sobre el particular, no tiene por qué ser una lista cerrada y sí susceptible de ser ampliada por futuras interpretaciones del TJCE que, al menos como hipótesis, podría ensanchar el catálogo de razones.

53. El art. 13.4 DS contiene la regla del silencio, esto es, «a falta de respuesta», «se considerará que la autorización está conseguida», salvo que una razón imperiosa de interés general justifique otra solución.

54. *Vid.* MICOSI, S., «Fixing the Services Directive», *CEPS Policy Brief*, Centre for European Policy Studies, núm. 100, june, 2006, p. 4.

55. En este sentido, BARNARD, C., «Unravelling...», *cit.*, pp. 359-360. También para Gareth DAVIES este es un capítulo más difícil y problemático («The Services Directive: extending...», *cit.*, p. 234).

En sus párrafos 2º y 3º el art. 16 señala una serie de requisitos que quedan prohibidos, salvo «requisitos que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente».⁵⁶ El art.17 está constituido por una larga lista de excepciones a las que no se les aplicará el art.16. La lista de «excepciones individuales» que contiene el art. 18 completa este oscuro panorama.⁵⁷

Otra faceta de la prestación de servicios, la de los derechos de los destinatarios, es también contemplada por la Directiva. Una breve sección, integrada por un par de preceptos (19 y 20), en los que se prohíben ciertas restricciones y medidas discriminatorias, junto con el artículo 21, intitulado «asistencia a los destinatarios», que pretende facilitar la movilidad de los destinatarios de los servicios facilitándoles información a través de ventanillas únicas.⁵⁸

– Armonización y autorregulación

Todos los autores parecen estar de acuerdo en que la DS sólo contiene algunas disposiciones de armonización de alcance limitado, si bien no puede soslayarse el efecto armonizador que la norma terminará teniendo en las legislaciones de los Estados miembros.⁵⁹ Sin duda, esto último es aplicable a todas las disposiciones de la DS que prevén tanto la eliminación de las medidas nacionales restrictivas (arts. 14 y 15 para el establecimiento y art. 16 para los servicios) como las relativas al régimen de autorizaciones (arts. 9 a 13).

En diversos momentos, la Directiva precisa que no es una norma de armonización. Así, por ejemplo, en el considerando 42 se señala que «Las normas relativas a los procedimientos administrativos *no deben tener por objeto la armonización de dichos procedimientos*, sino suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que esta comporta». Al mismo tiempo, también en materia de simplificación administrativa, se faculta a la Comisión para «establecer formularios armonizados a escala comunitaria referentes a certificados, acreditaciones u otros documentos requeridos para el establecimiento de un prestador» (art. 5.2 DS). En otras ocasiones, se disponen armonizaciones pro futuro. Véase el art. 16.4 DS que habilita a la Comisión para proponer medidas de armonización respecto de las actividades de servicios cubiertas por la Directiva y la *armonización complementaria* que contempla el art. 38 para el acceso a la actividad de cobro de deudas por vía judicial y los servicios de seguridad privada y de transporte de fondos y objetos de valor.

56. Adviértase que mientras el capítulo relativo a la libertad de establecimiento de los prestadores permite límites justificados en «razones imperiosas de interés general», sin embargo, el art. 16.3 restringe significativamente el número de razones.

57. Sobre él, tratan de arrojar luz y sin duda lo consiguen los autores precitados y, también, HATZOPOULOS, V., «Que reste-t-il de la directive...», cit., pp. 302-342 y, especialmente, PEGLOW, K., «La libre prestation de services...», cit., *in totum*.

58. Patrice PELLEGRINI lamenta que durante la tramitación de la norma fuera amputado de esta sección un importante artículo relativo al derecho de los pacientes de obtener el reembolso de la asistencia sanitaria no hospitalaria recibida en otro Estado miembro («Directive sur les services dans le marché intérieur. Un accouchement dans la douleur», *Revue de Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 504, janvier 2007, p. 19).

59. Vid., por ejemplo, HATZOPOULOS, V., «Que reste-t-il de la directive...», cit., p. 348.

Asimismo, la Directiva «armoniza» mediante el fomento de la autorregulación. Por una parte, se promueve la realización por parte de los prestadores de sistemas de evaluación y de certificación y otras medidas complementarias que aseguren de forma voluntaria la calidad de los servicios (art. 26). Asimismo, los Estados miembros fomentarán la elaboración de códigos de conducta comunitarios destinados a facilitar la prestación de servicios o el establecimiento de un prestador en otro Estado miembro (art. 37). Estamos ante medidas de «soft law», cuya intensidad normativa es prácticamente nula, pero que, sin embargo, aseguran un nivel de ejecución o cumplimiento bastante elevado.⁶⁰

C) Contenido procedimental o instrumental

– Compromisos procedimentales para la realización de las libertades económicas: la simplificación administrativa

La DS pretende facilitar el acceso a las actividades de servicio y su ejercicio en el mercado interior y para ello considera necesario eliminar las trabas administrativas que ahora encuentran las empresas cuando pretenden instalarse. A tal fin, los Estados miembros tendrán la obligación de simplificar sus procedimientos y formalidades, cuando, sometidos a examen, éstos no sean «lo suficientemente simples» (art. 5). Como fácilmente puede intuirse, el mayor escollo para dar cumplimiento a esta obligación radica en la determinación del concepto jurídico indeterminado «lo suficientemente simples». La ausencia de medidas coercitivas –el procedimiento del art. 39 DS no se le aplica a este precepto⁶¹– otorga a este precepto «efectos fundamentalmente psicológicos». ⁶² Que no es poco. La Directiva anuncia una «limpieza general» y somete a las autoridades nacionales a un enorme ejercicio de *screening* (chequeo o evaluación) de cientos de normas.⁶³

También se apuesta por el establecimiento de ventanillas únicas para simplificar los trámites y para que el prestador pueda resolver todas las gestiones a través de un único punto de contacto (art. 6), el derecho a la información (art. 7), junto con la posibilidad de realizar los procedimientos por vía electrónica (art. 8).⁶⁴ La simplificación administrativa es contemplada por la DS como la acción de modernización que, además de garantizar los requisitos de transparencia y actualización de los datos relativos a los operadores, elimina los retrasos, costes

60. Como destaca Hatzopoulos, V., «Que reste-t-il de la directive...», cit., p. 352. Sobre el «soft law», véase nuestra nota 46.

61. El informe de evaluación que los Estados miembros habrán de remitir a la Comisión antes del 28 de diciembre de 2009 se refiere a los regímenes de autorización (art. 9), requisitos sujetos a evaluación (art. 15), requisitos sobre la libre prestación de servicios (art. 16) y actividades multidisciplinares (art. 25.3).

62. Así, HATZOPOULOS, V., «Que reste-t-il de la directive...», cit., p. 354.

63. En esta línea, BARNARD, C., «Unravelling...», cit., pp. 387.

64. Por cierto, algunos de estos preceptos han sido objeto de una transposición parcial por parte de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, véase VILLAREJO GALENDE, H., «La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, UNED y Colex, Madrid, pp. 47-82.

y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, «los trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, plazos indeterminados o excesivamente largos, autorizaciones concedidas con un período de vigencia limitado o gastos y sanciones desproporcionados» (considerando 43). Además, la simplificación administrativa ha de ponerse en relación con la necesidad de mejorar la calidad del marco regulatorio actual.⁶⁵ Aunque paradójicamente, una norma que aboga por una menor y mejor regulación no es el mejor ejemplo de calidad, simplicidad y precisión regulatoria.⁶⁶

Aunque la mayoría de estas previsiones sean de «soft law» –se construyen sobre la base del concepto indeterminado de perfiles tan difusos como «hacer lo necesario»– compartimos con autores como DAVIES la opinión de que aquí reside la verdadera importancia de la Directiva. Se divisa una armonización y modernización de la Administración pública europea y en tal sentido, el capítulo sobre la simplificación administrativa es revolucionario⁶⁷.

– La cooperación administrativa entre las autoridades de los Estados miembros

El Capítulo VI regula la que denomina «cooperación administrativa». En este capítulo se contienen normas dirigidas a los Estados miembros que pretenden favorecer la efectividad de la Directiva impulsando la cooperación entre los Estados miembros y éstos con la Comisión. Así, se establecen *obligaciones de asistencia recíproca y de cooperación* para garantizar el buen éxito de la supervisión de los prestadores y de sus servicios (art. 28.1 DS). Para facilitar esta tarea habrán de crearse «puntos de contacto» en cada Estado miembro (art. 28.2 DS).

La DS en el art. 28 utiliza expresiones como: «los Estados miembros harán lo necesario», «facilitarán lo antes posible», en relación con las tareas de cruzar e intercambiar información relativa a los servicios, a sus prestadores y las condiciones de prestación. Sin embargo, en el art. 29, relativo a las «obligaciones genera-

65. Los principios de simplificación administrativa de la DS entroncan con otras iniciativas de modernización y de buenas prácticas administrativas a nivel comunitario como el plan *Better Regulation* (Comisión Europea, 2006, disponible en: http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/index.en.htm). Por otra parte, encajan muy bien en el concepto anglosajón de *cut red tape*. Los orígenes de la expresión «red tape», que hoy se usa como sinónimo de burocracia, son oscuros. Al parecer, en el siglo XVII en Inglaterra, se usaban cintas de tela de color rojo para atar las resmas de documentos legales empleadas para adjudicar los casos de *common law*. Véase BREWER, G.A. & WALKER, R.M., «What you see depends on where you sit: Managerial perceptions of red tape in English Local Government», *8th Public Management Research Conference*, School of Policy, Planning, and Development, University of Southern California, Los Angeles, September 29–October 1, 2005, p. 2. Tradicionalmente también, los documentos del Vaticano estaban atados con cintas rojas. Para más detalles, vid. VILLAREJO GALENDE, H., «La simplificación administrativa...», cit., p. 53. Por cierto, la Comisión ha elaborado un *Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea* [COM(2007) 23 final, 24 de enero de 2007], conocido como «CUT 25%» y que, como su nombre indica, tiene como objetivo la reducción en un 25% de las cargas administrativas antes de 2012.

66. Vid. BARNARD, C., «Unravelling...», cit., p. 394.

67. DAVIES, G., «The Services Directive: extending...», cit., pp. 239-240.

les de asistencia recíproca del Estado miembro de establecimiento», la obligatoriedad de facilitar determinadas informaciones se expresa de un modo más tajante («facilitará», «procederá», «informará»).

– Compromisos procedimentales para asegurar el carácter dinámico de la DS

El legislador comunitario es consciente de que el objetivo de un mercado interior de los servicios y la garantía de las libertades de establecimiento y prestación de servicios exigen una tarea progresiva. En este sentido, la DS constituye un primer paso; determina un marco relativamente amplio e impulsa el conjunto de actuaciones –de los Estados miembros y de las Instituciones comunitarias, particularmente de la Comisión– que permitirán en un futuro avanzar hacia un mayor grado de profundización en la efectividad de las libertades de establecimiento y circulación de los servicios. Entre estas actuaciones se puede citar el *deber de notificación* de determinados regímenes de autorización que recae sobre los Estados miembros o de evacuación de informes que evalúen el grado de adecuación de dichos regímenes al contenido de la Directiva, así como las potestades de la Comisión para supervisar este proceso;⁶⁸ también para dirigir reglamentos u otros instrumentos (directrices, etc...) a los Estados miembros, con objeto de facilitar el cumplimiento de la Directiva, incluida la posibilidad de modificar elementos no esenciales de la misma (art. 23.4 DS).

Cierra la Directiva un conjunto de previsiones que fijan plazos y objetivos. Se manifiesta de este modo el carácter dinámico que se le ha querido imprimir a esta norma. La voluntad que parece informar esta regulación es la empezar de momento con este importante paso, que es la DS, consciente de que en un futuro se pretende avanzar y profundizar en los objetivos que inicialmente se propone: la supresión de las barreras legales, reglamentarias y administrativas existentes en las regulaciones nacionales para el acceso y ejercicio a las libertades de prestación y circulación de servicios, tras un periodo en el que los Estados miembros evalúen el grado de cumplimiento y de transposición del contenido obligacional de la Directiva (mediante la obligación de evacuar informes dirigidos a la Comisión antes del 28 de diciembre de 2009, art. 39. 1 DS), y una vez que la Comisión realice un informe completo sobre el proceso (art. 41 DS), que presentará al Parlamento y al Consejo antes del 28 de diciembre de 2011. En él se podrá señalar, en su caso, la necesidad de adoptar medidas adicionales sobre asuntos excluidos inicialmente del ámbito de aplicación de la Directiva.

68. Un proceso, por cierto que, en España ya ha echado a andar. Bajo la dirección del Ministerio de Economía y Hacienda, se ha puesto en marcha un complicado mecanismo organizativo de coordinación. Así se ha creado un grupo de trabajo, en el seno del propio Ministerio, en el que las Comunidades Autónomas están representadas a través de un interlocutor único, al igual que los Entes Locales, en este caso mediante un representante de la Federación Española de Municipios y Provincias. Este grupo de trabajo y coordinación impulsa la acción de cada una de las Comunidades Autónomas, así como del Estado y de los Entes locales, que a su vez han de actuar de modo sectorial para identificar las regulaciones susceptibles de verse afectadas por la transposición de la Directiva. Todo el proceso se está llevando a cabo con un importante grado de transparencia (puede consultarse en la página *web* del Ministerio de Economía y Hacienda, véase nuestra nota 91).

El Complejo Proceso de transposición

Las dificultades de implementación de una norma enrevesada

Parece lógico que la gran diversidad de técnicas regulatorias usadas por la DS haya de tener consecuencias en su implementación.⁶⁹ Más allá de cual sea el método que cada Estado miembro elija para lograr la efectiva transposición de la Directiva,⁷⁰ ésta será tan solo una parte del complejo proceso que habrá de ponerse en funcionamiento para dar cumplimiento a los mandatos de la DS y cumplir con sus objetivos.

La implementación de algunas disposiciones de la Directiva, como la simplificación administrativa o las previsiones relativas a la cooperación, demandan más que medidas legislativas, mecanismos y procedimientos administrativos adecuados para alcanzar resultados prácticos. Tal es el caso de las ventanillas únicas y los procedimientos por vía electrónica. Otro tanto sucede con la forma en que los Estados miembros organizan el proceso de identificación y evaluación de la legislación potencialmente afectada antes de decidir si es preciso adoptar medidas modificativas o derogatorias. También el Capítulo VI sobre «Cooperación administrativa» exige de la implementación de los mecanismos prácticos necesarios para que las autoridades competentes de los Estados miembros cooperen eficazmente entre sí.⁷¹

La DS está llamada a generar un profundo proceso de reflexión sobre muchas de las regulaciones sectoriales y, en particular, sobre algunos de los tradicionales instrumentos de intervención administrativa, significativamente sobre la autorización administrativa.⁷² Buena parte de la tarea que se le encomienda a los Estados consiste en una revisión de sus reglas y sistemas nacionales para asegurar que funcionan de manera suficientemente rápida y simple para cumplir con el contenido sustantivo de la DS. La cantidad de cambios que sean necesarios para ello variará inevitablemente de un país a otro.⁷³ Muchos países ya habían inicia-

69. Vid. Barnard, C., «Unravelling...», cit., p. 392.

70. COMISIÓN, «Manual sobre la transposición...», cit., p. 9. La Comisión sugiere la necesidad de aprobar una ley marco horizontal de transposición especialmente, en lo que atañe a los derechos recogidos en los arts. 16 a 20 del Capítulo IV; mientras que alude a las modificaciones legislativas para hacer eficaces los arts. 9, 14 y 15 relativos a los requisitos específicos que restringen la libertad de establecimiento, y los arts. 24 y 25 sobre comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas y actividades multidisciplinares. Como ha recordado entre nosotros el Consejo de Estado en su *Dictamen 1/2007, de 14 de febrero de 2008, del Consejo de Estado, sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español*, p.179.

71. *Ibidem*. Por otra parte, los Estados habrán de prestar asistencia al sector privado para que cumplan con los objetivos de la DS relativos a la calidad de los servicios (art. 26) o para fomentar que elaboren códigos de conducta a escala comunitaria (art. 37).

72. Sobre, una reflexión general sobre el concepto jurídico de autorización administrativa y sus implicaciones, LAGUNA DE PAZ, J.C., *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Madrid, 2006

73. Por ejemplo, en el Reino Unido, después del enorme esfuerzo llevado a cabo durante el proceso de «screening» únicamente se han encontrado un par de áreas incompatibles con la DS («insolvency practitioners», con funciones similares a los «administradores concursales» en nuestro derecho y «hallmarking» o acreditaciones de calidad de metales preciosos). Vid. *BERR Consultation Paper*, cit., pp. 69-72 y BARNARD, C., «Unravelling...», cit., p. 387-388.

do hace tiempo el camino de la simplificación administrativa y del desarrollo del «e-government». ⁷⁴ Para DAVIES, esos cambios previos llevarán ahora permanentemente la impronta de la DS y, en este orden de cosas, llega a acusar a la DS de practicar «una sutil forma de colonialismo ideológico», al anticipar y apropiarse de modificaciones y desarrollos en los sistemas administrativos nacionales que habrían tenido lugar en cualquier caso. ⁷⁵ Sin necesidad de llevar las cosas tan lejos, lo cierto es que la DS se anticipa a lo que va venir: la unión administrativa europea se vislumbra en un horizonte no muy lejano. ⁷⁶

En este sentido, la reflexión sobre las distintas técnicas regulatorias que pone en marcha la DS, exige identificar previamente la naturaleza de cada una de estas medidas antes de afirmar las consecuencias que ello tiene sobre el papel que le corresponde desarrollar a los Estados miembros y al resto de autoridades competentes nacionales en su proceso de transposición. Por otro lado, no hay que olvidar que la implementación de la DS también pasa por la tarea encomendada a la Administración comunitaria. ⁷⁷

Veamos, pues, cómo se está desarrollando el proceso de transposición en España y con qué problemas se enfrenta.

El plazo para transponer y el papel de los Estados miembros durante ese periodo

En el tiempo, el primer –y provisional– problema que plantea la transposición de la DS se puede dar en el periodo que va desde la entrada en vigor de la Directiva ⁷⁸ a la fecha en la que termina el plazo de transposición. ⁷⁹ Durante ese plazo de tres años, ¿qué medidas pueden adoptar los Estados miembros en relación con las materias afectadas por la Directiva? En definitiva, ¿qué efectos puede producir –a nivel interno– la Directiva durante el plazo de transposición?

74. La administración electrónica o «e-government» se define como la utilización de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) en las Administraciones públicas, asociada a cambios en la organización y nuevas aptitudes del personal. Como matiza Erkki LIHKANNEN, a la sazón Comisario europeo para la empresa y la sociedad de la información, las TIC pueden ayudar a los gobiernos a enfrentarse a los numerosos retos que se les presentan. Sin embargo, no hay que centrarse en las TIC, sino en la utilización de estas tecnologías *junto con* un cambio organizativo y con nuevos métodos para mejorar los servicios públicos, los procesos democráticos y las políticas públicas («La administración electrónica para los servicios públicos europeos del futuro», UOC, Barcelona, 2003, p. 1, disponible en <http://www.uoc.edu/dt/20334/index.html>).

75. *Vid.* DAVIES, G., «The Services Directive: extending...», cit, p. 245.

76. La doctrina alemana lleva ya tiempo hablando de «la unión administrativa europea» (*Europäischer Verwaltungsverbund*). Sobre el particular, recomendamos el libro con ese título coordinado por F. VELASCO CABALLERO Y J.-P. SCHNEIDER, Marcial Pons, 2008.

77. *Vid.* FUENTEAJA PASTOR, J.A., se refiere a la ejecución conjunta del derecho y de las políticas europeas, *La Administración europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, ed. Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, pp. 443

78. Según el art. 45 de la DS, desde el día siguiente a su publicación en el *DOUE*, esto es el 28 de diciembre de 2006.

79. Según el art. 44 DS, el 28 de diciembre, de 2009, es decir, tres años de plazo de transposición.

Aunque pueda parecer evidente, hay que comenzar recordando que, en el caso de las Directivas comunitarias, el plazo de transposición está previsto precisamente para eso, para dar tiempo a los Estados miembros a modificar sus derechos internos y adaptarlo a lo dispuesto por ellas.⁸⁰ En consecuencia, no procede plantear la eficacia interna –esto es, en los derechos nacionales– de lo dispuesto por las Directivas hasta que no haya transcurrido el plazo de transposición. ¿Significa esto que hasta el 28 de diciembre del 2009 los Estados miembros carecen de vinculación alguna en virtud de la DS para adoptar las medidas legales o administrativas que consideren necesarias? ¿Podrían incluso adoptar medidas que vayan en sentido contrario a lo previsto por la Directiva?

El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión para enfrentarse a esta cuestión y ha interpretado que «que durante el plazo de adaptación del Derecho interno a la Directiva fijado por la propia Directiva, el Estado miembro destinatario debe abstenerse de adoptar disposiciones que puedan comprometer gravemente el resultado prescrito por la Directiva».⁸¹ De este modo y vía jurisprudencial, el Derecho comunitario propone un nuevo principio jurídico, cuyo fundamento arranca del art. 10 del TCE y que engarza con el principio de seguridad jurídica, en relación con el de cooperación leal o lealtad comunitaria.⁸²

En conexión con la DS, la cuestión no es baladí, y plantea más de un problema desde la perspectiva del Derecho español, en particular, a la vista de algunas modificaciones autonómicas que han tenido lugar durante los últimos dos años.

A la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta, es especialmente delicada la situación que se puede originar en relación con los requisitos prohibidos a los que alude la DS en sus artículos 14 y 19. En particular, destaca el caso del art. 14, relativo a los requisitos prohibidos para los regímenes de autorización de establecimiento de prestadores, y en el que se enumeran hasta ocho supuestos, expresados, muchos de ellos, en términos suficientemente claros e inequívocos. De hecho ésta es, sin duda, una de las cuestiones que más polémica está planteando la transposición de la DS, dado que al menos dos de esos supuestos chocan de

80. En este sentido hay que interpretar el art. 10 en relación con el art. 249 del TCE. Vid. SSTJCE de 18 de diciembre de 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, C-129-96 y de 24 de febrero de 2004, as. C.157/02, *Reiser Internacionales Transport*, ap. 68, que recuerda que el «plazo tiene por objeto dar a los Estados miembros el tiempo necesario para adoptar las medidas de adaptación de su Derecho interno, no puede reprochárseles la no adaptación de su ordenamiento jurídico a la directiva antes de expirar dicho plazo».

81. Vid. STJCE de 24 de febrero de 2004, as. C.157/02, *Reiser Internacionales Transport*, ap. 66. En el mismo sentido, vid. las SSTJCE de 3 de marzo de 1997, as. C-316/96, *Vaneetveld*, ap. 45, de 8 de mayo 2003, as. C-14/02, *ATRAL*, S.A. ap. 58, y 14 de septiembre de 2006, C-138/05, *Sichting Zuid-Hollandse Milieufederatie*, ap. 48. Sobre esta cuestión, SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., «La Directiva de Servicios...», cit. p. 64. También MUÑOZ MACHADO, S. «La transposición de la Directiva al ordenamiento español», *Revista APD: Asociación para el Progreso de la Dirección* núm. 231, 2008 (Ejemplar dedicado a: La Directiva Bolkestein: Liberalización al servicio del consumidor), pp. 26-29.

82. Así, STJCE de 10 de abril de 1984, a. C-14/83, *Savine von Colson, Elisabeth Kamann/Land de Renania del Norte-Westfalia*, Rec. p. 1909. Vid. en este sentido MANGAS MARÍN, A y LIÑAN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ed. McGrawHill, 2ª ed., Madrid, 1999, p. 188.

plano con la actual regulación en España de la apertura de grandes superficies comerciales.⁸³

Los requisitos prohibidos no sólo exigen la necesaria adaptación de la legislación estatal, autonómica y local en el sentido de eliminar su presencia, sino que han planteado también dudas acerca de su virtual eficacia durante el plazo de transposición. Ciertamente, las Administraciones competentes –y también los jueces nacionales– durante el plazo de transposición y en tanto no se transponga la Directiva, siguen vinculadas en su ejecución al Derecho español vigente –estatal autonómico y local–. De producirse, cambios normativos ¿tiene sentido que durante el plazo de transposición se adopten normas que vayan en sentido contrario a lo previsto por una Directiva en trance de transposición o, dicho de otro modo, que burles las consecuencias y efectos que se derivan de la norma comunitaria?⁸⁴ El criterio para este caso, no puede ser otro que el principio de la jurisprudencia comunitaria, antes aludido, que vincula a los Estados miembros a no tomar medidas que comprometan gravemente el resultado previsto por la Directiva. El problema en la práctica lógicamente residirá en si el juez nacional, ante una medida de este tenor puede inaplicar el derecho interno, aun no habiendo vencido el plazo de transposición.⁸⁵

Características del proceso español de transposición de la DS

A) Características del método español de transposición

– La complejidad como punto de partida

A la vista de lo expuesto hasta ahora, posiblemente la palabra que mejor describa lo que está siendo y está llamado a ser el proceso de transposición de la DS

83. Esta es la perspectiva y la conclusión del trabajo publicado por las autoras en la RJN, «La Directiva de Servicios...», cit. Es también la perspectiva –casi en exclusiva– de varias de las Jornadas y congresos que sobre este asunto se han celebrado en distintas Comunidades Autónomas durante los años 2007, 2008 y 2009. La mayoría de las regulaciones autonómicas de grandes superficies de los últimos años han desarrollado modelos regulatorios en los que la Administración comercial autonómica ha venido reservándose, a través de distintos mecanismos de planificación económica, la potestad para determinar si existía o no espacio «comercial» para la instalación de nuevos establecimientos, como requisito previo al otorgamiento de las necesarias autorizaciones. Algo que en la práctica coincide con lo que el epígrafe 5 del art. 14 DS, llama «prueba económica». El conflicto está, pues, servido. El otro requisito prohibido que plantea problemas es la intervención de los competidores, aunque sea con carácter consultivo en procedimiento de otorgamiento de autorizaciones (art. 14.6 DS), situación que también se da en algunas regulaciones autonómicas de la licencia comercial de grandes superficies.

84. La pregunta formulada no es una mera cuestión retórica. De hecho, al menos en el caso de la Ley 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Actividad Comercial, del Parlamento Vasco es posible plantear la cuestión. También el Decreto 208/2007, de 17 de julio, por el que se aprueba el Plan Andaluz de Orientación Comercial para 2007-2010 y se regulan los criterios de evaluación para el otorgamiento de licencia comercial de grandes establecimientos comerciales contiene un ejemplo de prueba económica (art. 18) que suscita dudas sobre su adecuación a la Directiva..

85. Para una visión general de la doctrina del Tribunal Constitucional puede verse la STC 58/2004, de 19 de abril de 2004, en la que el propio Tribunal resume su jurisprudencia en relación con la posición del juez nacional en relación con la norma comunitaria.

es complejidad. Esta complejidad viene determinada por varias coordenadas. La primera de ellas tiene que ver con la propia naturaleza de la DS y por su «originalidad». No es, como ya se ha dicho, ni una directiva de liberalización, ni tampoco de armonización. Su propósito es el de «desregularizar» y para ello no sólo determina límites y condiciones al contenido y formulación de las regulaciones nacionales de servicios sino que, además, propone habilitar mecanismos de gestión y organización administrativa, e incluso medidas de fomento de actividades privadas. En este sentido, puede hablarse de complejidad de su contenido normativo.

La segunda coordenada tiene que ver con el carácter transversal de la norma comunitaria y con la determinación de su ámbito objetivo de aplicación, vinculado como está a la idea de servicio como «concepto-resto». La segunda, sin embargo, está condicionada a la distribución territorial del poder y, en consecuencia, variará en función de ésta para cada Estado miembro.

En relación con la complejidad derivada del carácter transversal de la DS, ya se ha mencionado *supra* la amplitud con la que ha quedado definido qué sean «servicios» en la Directiva, así como la lista servicios que la norma comunitaria excluye de su ámbito de aplicación (art. 2 DS). Sin duda, la interpretación de qué servicios quedan incluidos en esta lista de excepciones va a dar lugar a más de un problema. De hecho, son ya varios los supuestos en los que se han suscitado dudas.⁸⁶

El tercer motivo de complejidad –que afecta muy especialmente al caso español dada la particular distribución territorial del poder– es la implicación en este proceso de multitud de «autoridades competentes»,⁸⁷ más lógicamente cuanto más repartidas estén las competencias en cada Estado miembro.⁸⁸ En el caso español, «autoridades competentes» en el sentido de la DS no son sólo las Comunidades Autónomas, también están implicadas en este complejo proceso de transposición las Entidades Locales e incluso, podrán verse afectadas algunas enti-

86. Como ya se ha señalado, la propia Comisión ha publicado un manual o guía para la transposición. Así, por ejemplo, de los servicios, cuya afectación por la DS plantea dudas, destacan los que tienen relación con actividades de carácter sanitario y asistencial, actividades que según el art. 2.2.f), quedan excluidas de la norma comunitaria. No obstante, los servicios prestados por farmacias, ópticas, ortopedias, etc., son situaciones en las que no queda claro el alcance de la exclusión. Otro tanto puede decirse de los servicios prestados por residencias de la tercera edad.

87. El art. 4.9 DS define quién es «autoridad competente», entendiéndose por tal «cualquier organismo o entidad en un Estado miembro, que lleve a cabo el control o la regulación de las actividades de servicios y, concretamente, las autoridades administrativas, incluidos los tribunales que actúen como tales, los colegios profesionales y las asociaciones u organismos profesionales que, en el marco de su autonomía jurídica, regulan de forma colectiva el acceso a las actividades de servicios o su ejercicio».

88. La DS refleja esta realidad política y administrativa compuesta y es consciente de que las obligaciones que en ella se establecen no deben suponer «una interferencia en el reparto de funciones o competencias entre las autoridades competentes dentro de cada sistema nacional» (art. 6.2 DS, al tratar de las ventanillas únicas). En su considerando 60, la DS recuerda que «en particular las disposiciones referentes a los regímenes de autorización y al ámbito territorial de una autorización, no deben interferir en el reparto de competencias regionales o locales en los Estados miembros, incluidos los gobiernos autónomos regionales y locales».

dades privadas en la medida en que ejercen funciones públicas de autorización, homologación o acreditación relativos a los servicios afectados por la Directiva.⁸⁹ Con todo, esta dificultad no debe constituir un freno para la incorporación de la norma comunitaria, como el propio TJCE ha recordado, no pudiendo los Estados miembros escudarse en su estructura federal –o autonómica, en nuestro caso– para justificar su posible incumplimiento.⁹⁰

– El impulso estatal

La complejidad señalada –indeterminación previa de las materias que van a quedar potencialmente afectadas y necesaria implicación de todos los niveles de poder territorial– ha llevado a que sea la Administración General del Estado quien lidere el proceso de transposición. Ello no significa –como más adelante se verá– que el resto de las Administraciones implicadas queden al margen del mismo; sin embargo, ha sido, y es lógico que así sea, el Estado quien está impulsando citado proceso.

En este proceso que se ha puesto en marcha para hacer posible la transposición de esta norma comunitaria destaca el papel encomendado al Ministerio de Economía y Hacienda.⁹¹ Paradójicamente, en esta actuación quien ha quedado relegado ha sido la Secretaría de Estado para la Unión Europea, del Ministerio de Exteriores, y de la que depende la Dirección General del Coordinación del Mercado Interior y otras políticas comunitarias. Tampoco la Conferencia para Asuntos Relacionados con las Comunidades Europeas (CARCE), en la que participan el Estado y las Comunidades Autónomas ha tenido en esta materia un papel relevante.⁹²

Pues bien, para lograr el objetivo de la transposición efectiva de la norma comunitaria y con la mirada puesta en diciembre de 2009, desde el Ministerio de Economía y Hacienda se ha puesto en marcha una estrategia que (a) ha marcado un calendario; (b) ha diseñado un plan de trabajo en varias fases, comenzado con la identificación de los procedimientos potencialmente afectados por parte de las

89. *Vid.* SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., «La Directiva de Servicios...», cit. p. 55. Es particularmente delicada la situación que se plantea en relación con los colegios profesionales. De hecho, en el proceso de transposición abierto ya ha tenido lugar una primera reunión entre el Grupo de Trabajo para la Transposición de la DS y los colegios profesionales, que tuvo lugar el 28 de julio de 2008, y de la que salieron las primeras conclusiones (a las que puede accederse a través del sitio de internet habilitado para ello en la página de *web* del Ministerio de Economía y Hacienda).

90. *Vid.* STJCE de 29 de abril de 1999, as. C-302/97, *Konle*, ap. 62. También, de 13 junio de 2002, *Comisión/España*. En este sentido, *vid.* MUÑOZ MACHADO, S., «La transposición de la Directiva...», cit. p. 26.

91. La página *web* del Ministerio de Economía y Hacienda [<http://www.meh.es/es-ES/Areas%20Tematicas/Internacional/Union%20Europea/Paginas/Directiva%20Servicios%20Union%20Europea.aspx>] facilita el seguimiento e información del proceso de transposición, con considerable esfuerzo por la transparencia.

92. Como puede deducirse del informe de 2007 elaborado por el Ministerio de Administraciones Públicas (Secretaría de Estado de Cooperación Interterritorial) *Informe sobre la participación de las Comunidades Autónomas en el Consejo de la Unión Europea. Año 2007*, al que puede accederse a través de [http://www.map.es/documentacion/politica_autonomica/Cooperacion_Autonomica/Comunidades_Autonomas_Asunt_Europeos.html].

autoridades competentes –principalmente, las Comunidades Autónomas⁹³–; continuando con la evaluación de dichos procedimientos y finalmente promoviendo las modificaciones normativas necesarias.⁹⁴ Por otra parte (c) se ha creado una organización *ad hoc*, de carácter informal, en la que están representados todos los Ministerios a través de un interlocutor único, las Comunidades Autónomas –a través, también, del nombramiento de un interlocutor único–, los entes locales, representados mediante el correspondiente interlocutor enviado por la FEMP, y eventualmente otros interesados en el proceso. A este grupo se le ha dado en llamar «Grupo de trabajo para la transposición de la Directiva de Servicios».⁹⁵ Se trataría de una modalidad de grupo de trabajo que por su ámbito material de actuación –no sectorial– y por los sujetos que quedan implicados –todas las Comunidades Autónomas, EELL, incluso corporaciones públicas como los colegios profesionales– no termina de encajar en ninguna de las fórmulas de cooperación y coordinación interadministrativas previstas por la LRJPAC, o, en su caso, por la LBRL.

Sin duda que una de las manifestaciones de la originalidad de la DS y de la complejidad que implica su proceso de transposición, se manifiesta precisamente en la necesidad de habilitar mecanismos organizativos especiales para garantizar su eficacia.

B) Los resultados

– A nivel estatal

La primera manifestación de la transposición de la DS en nuestro país se ha producido paradójicamente al margen del proceso abierto en el seno del Ministerio de Economía y tiene un carácter general: no es otra que la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos,⁹⁶

93. Principalmente, pero no sólo. También los entes locales e incluso los colegios profesionales se encuentran involucrados en este proceso. En relación con el papel de los EELL, desde el MAP se han tomado ya las primeras medidas de carácter preparatorio para la transposición, impulsando la redacción de un primer informe, al que puede accederse a través de: http://www.cartalocal.es/index.php/cartalocal/actualidad/cambios_en_la_normativa_local_afectada_por_la_directiva_de_servicios. También en el caso de los colegios profesionales, han habido avances y reuniones con el grupo de trabajo.

94. Para facilitar la gestión, se ha desarrollado una aplicación informática, conocida como SIENA (Sistema de Identificación y Evaluación de la Normativa Afectada), que contiene un cuestionario que permite identificar los distintos procedimientos autorizatorios y sus correspondientes requisitos, en orden a su evaluación según los criterios de la DS.

95. Sobre el particular, *vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo General*, vol. I, ed. Iustel, Madrid, 2004, pp. 475 y ss.

96. Véase, en este sentido, GONZÁLEZ NAVARRO, F. «Hacia la implementación de un sistema global de acceso electrónico a las Administraciones públicas españolas», *RJN*, núm. 43, 2007, pp. 118-119; así como el análisis que ofrece H. VILLAREJO GALENDE, de la tramitación de la Ley 11/2007, citada, en relación con la transposición de la DS, en «La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición», en *La Directiva relativa a los servicios en el Mercado Interior (La Directiva Bolkestein)*, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, UNED y Colex. Madrid, 2008, pp. 72-76. También, *vid.* CIERCO SIERA, C. «Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración electrónica», *Revista General de Derecho Administrativo*, Iustel, núm. 19, 2008, pp. 15 y ss.

en particular sus artículos 6 a 8. Con ser ésta una novedad importante, desde la perspectiva de los preceptos de la DS que configuran la parte que hemos calificado como instrumental, no agota, a nuestro juicio, las modificaciones que desde la perspectiva de la simplificación administrativa se hacen necesarias. Por otro lado, la razón de ser de esta importante novedad legislativa no se encuentra sólo ni principalmente en la transposición de la DS sino que trasciende a ella y conecta con la necesidad de adaptar el funcionamiento de la Administración española a la realidad de la sociedad de la información.

Al margen de esta importante novedad, de momento los resultados del proceso abierto no han pasado de la fase de proyecto.⁹⁷ Entre estos proyectos destacan al menos de tres iniciativas de carácter general –en distinto grado de maduración–, más allá de otras medidas sectoriales, como es el caso destacado de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, iniciativa que, por el momento, parece haber encallado. Estas tres iniciativas –cuya mención aparece en la documentación que el propio Ministerio de Economía y Hacienda ha colgado en el sitio *web* creado al efecto– son los anteproyectos de *Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios*, a la que se conoce coloquialmente como «Ley paraguas» y que sin duda es la que se encuentra en una fase más avanzada;⁹⁸ el anteproyecto de *Ley de reforma de los servicios profesionales* y, en tercer lugar, la que también coloquialmente viene denominándose «Ley ómnibus» y cuyo contenido vendría a coincidir con una Ley estatal de medidas en la que se incluirán, caso por caso, las modificaciones legales necesarias una vez que haya concluido la fase de identificación y evaluación de los procedimientos autorizatorios y sus requisitos regulados por el Derecho estatal.⁹⁹

En el caso de la Ley sobre el libre acceso y ejercicio a las actividades de servi-

97. Al menos al momento de redactar estas páginas. Y ello a pesar de que la transposición de la DS ha aparecido sistemáticamente entre las medidas que el Gobierno ha ido presentado durante los años 2008 y 2009 para enfrentar la crisis económica que salpica la economía mundial y particularmente la española, con un fuerte impacto sobre el empleo. Es previsible que en el último trimestre de 2009, acercándose el plazo dado por Bruselas se puedan comenzar a ver algunos resultados.

98. Según la información facilitada por el Ministerio de Economía y Hacienda, el mencionado anteproyecto habría ya sido informado tanto por muchas de las Comunidades Autónomas, el Consejo Económico y Social (Dictamen 2/2008, de 20 de noviembre), así como por la Comisión Nacional de la Competencia, la Comisión Nacional de Administración local y el Consejo de Consumidores y Usuarios. También el Consejo de Estado, ha informado en su Dictamen 99/2009, de 5 de marzo, de 2009.

99 En la página *web* accesible a través del portal del Ministerio de Economía y Hacienda, relativa a la transposición de la DS, puede verse el documento de fecha de 9 de febrero de 2009, con los *resultados preliminares de la evaluación de la normativa* correspondiente a la Administración General del Estado. Es previsible que este documento sea la base sobre la que se construya la futura Ley Ómnibus, al margen de que por razones políticas se decida que algunas de las modificaciones se lleven a cabo de modo específico, o bien se les quiera dar otro ritmo. No sería descabellado pensar que pudiese en algún momento de este proceso optarse por la vía del Decreto-Ley para llevar a cabo alguna de las modificaciones normativas que exigen norma con rango de Ley, como ya se ha hecho en otras ocasiones. Sirva como ejemplo, el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que transpone varias Directivas, entre otras cosas.

cios, el anteproyecto preparado por el Gobierno presenta la Ley con un marcado carácter transversal u horizontal. En la memoria de análisis de impacto normativo elaborada por el Ejecutivo y que acompaña al anteproyecto para justificar la necesidad y oportunidad de esta iniciativa, se mencionan las ventajas de aprobar una Ley de esta naturaleza, a la que habrán de sumarse en un futuro otras modificaciones normativas sectoriales. Se argumenta que esta ley horizontal facilitará «la derogación o modificación de normas contrarias a la Directiva, al disponerse de un instrumento jurídico interno». Ciertamente, si al final se aprueba este anteproyecto, se habrá producido una transposición formal. No obstante, los problemas concretos para cada procedimiento autorizatorio no se habrán resuelto, aunque eso sí, quedarán dotados de una cobertura legal. El texto del anteproyecto, en trámite de información pública en el momento de cerrarse estas líneas, incorpora de modo casi literal el contenido de la mayoría de los preceptos de la Directiva, y muy en particular los que se refieren a su parte sustantiva. Más adelante habrá ocasión para reflexionar sobre algunos problemas jurídicos que plantea esta iniciativa.

– Algunas iniciativas de las Comunidades Autónomas

Una vez superados los problemas interpretativos derivados de las primeras Sentencias de nuestro Tribunal Constitucional en relación con la posición de las Comunidades Autónomas ante el Derecho Comunitario, la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia constitucional coinciden en señalar el derecho –y la obligación– de las Comunidades Autónomas de participar en la fase de desarrollo legislativo y reglamentario de la transposición de las normas comunitarias que no sean directamente aplicables (esto es, de las Directivas) y que afecten al ámbito de sus competencias.¹⁰⁰ En este sentido, algunas Comunidades Autónomas, sin esperar a que el Estado complete su proceso de transposición,¹⁰¹ han procedido ya realizar transposiciones de la Directiva de Servicios, en unos casos con carácter sectorial y en otros con un planteamiento más general.

Así y a modo de ejemplo, Galicia ha dictado, al menos, dos órdenes de la Consejería de Innovación e Industria, de abril de 2008, con adaptaciones expresas y puntuales a la Directiva.¹⁰² Se trata de normas que concretan los requisitos para el otorgamiento de autorización a las empresas de mantenimiento de ascensores y para la obtención del certificado individual y del carné de instalador de

100. Vid. MANGAS MARTÍN, A. y LIÑAN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho...*, cit., p. 279 y LINDE PANIAGUA, E., «Capítulo VI. El sistema de fuentes del Derecho de la Unión Europea», en LINDE PANIAGUA, E., BACIGALUPO SAGESSE, M., FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, C. y FUENTEAJA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho de la Unión Europea*, 3ª ed., Colex, Madrid, 2006, pp. 525-526. También GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 10ª ed., Civitas, Madrid, 2001, pp. 160-161.

101. Este comportamiento de algunas Comunidades Autónomas que muestran mayor diligencia que el Estado a la hora de transponer el derecho comunitario se da en otras ramas del Derecho administrativo, como es el caso significativo de las normas medioambientales. Vid. en este sentido, LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F.B. y RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., *La autorización ambiental integrada: estudio sistemático de la Ley 16/2002, de prevención y control integrados de la contaminación*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 94-95.

102. Se trata de las órdenes de 25 y 28 de abril de 2008, de la Consejería Innovación e Industria, publicadas en el DOG el 16 y 19 de mayo de 2008, respectivamente.

gas, respectivamente, en las que se adapta la regulación autonómica existente a las exigencias de la Directiva. Como éstas, habrán de multiplicarse las normas que se modifiquen.

Como ya se ha señalado, el ámbito material en el que más se ha reflexionado sobre las consecuencias que previsiblemente va a tener la Directiva de Servicios es el de la regulación del comercio y, en particular, el caso de la licencia específica para la instalación de superficies comerciales. En este ámbito y al margen de la cuestión sobre si es o no necesario, que las Comunidades Autónomas esperen a que tenga lugar la necesaria transposición de la Ley Básica estatal –de la LOCM–, lo cierto es que ya son varias las Comunidades Autónomas que ha procedido a dictar modificaciones normativas que pretenden adaptarse a la norma comunitaria.

Distinta y destacable es la perspectiva por la que opta el Decreto catalán 106/2008, de 6 de mayo, de medidas para la eliminación de trámites y la simplificación de procedimientos para facilitar la actividad económica.¹⁰³ Presentado en el contexto más general de una norma –obsérvese que de rango reglamentario– que busca como objetivo principal la simplificación administrativa, menciona expresamente en su Exposición de motivos, la transposición de la Directiva de Servicios. Junto al objetivo de la simplificación administrativa, se adaptan además la regulación de otras actividades y servicios concretos.¹⁰⁴ Se trata de un supuesto singular de adaptación, que constituye un intento de respuesta sistemática y no puntual a la transposición de la Directiva.

Otro modelo es el seguido por Aragón, que ha optado por utilizar la vía recientemente abierta por su nuevo Estatuto de Autonomía de dictar Decretos-leyes¹⁰⁵ y habilitar al Gobierno de la Comunidad para «revisar los procedimientos administrativos de su competencia y proceder a su modificación para que se simplifiquen sus trámites, se reduzcan sus plazos de resolución y se minimicen los costes a las empresas y a los ciudadanos durante la gestión administrativa» (art. 3.1

103. Publicado en el DOGC de 15 de mayo de 2008.

104. Así por ejemplo, se modifica del Decreto 176/1987, de 9 de abril, por el que se establecen normas sobre la ordenación y la clasificación de los establecimientos de alojamiento turístico sometidos al régimen de hotelería, o el del Decreto 55/1982, de 4 de febrero, sobre ordenación de la práctica del camping y de los establecimientos dedicados a este fin. También el Decreto 313/2006, de 25 de julio, que regula los establecimientos de turismo rural, el Decreto 163/1998, de 8 de julio, de apartamentos turísticos, el Decreto 168/1994, de 30 de mayo, de reglamentación de las agencias de viajes, el Decreto 5/1998, de 7 de enero, sobre la actividad de guía de turismo, el Decreto 317/1994, de 4 de noviembre, por el que se establecen normas sobre la ordenación y la clasificación de los establecimientos de restauración, el Decreto 302/2004, de 25 de mayo, por el que se crea y se aprueba el funcionamiento del Registro de industrias agrarias y alimentarias de Cataluña, el Decreto 147/1987, de 31 de marzo, por el que se regula la actividad industrial y de prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles, de sus equipos y componentes y el Decreto 363/2004, de 24 de agosto, por el que se regula el procedimiento administrativo para la aplicación del Reglamento electrotécnico para baja tensión, entre otras cuestiones.

105. Vid. Decreto-ley 1/2008, de 30 de octubre, del Gobierno de Aragón, de medidas administrativas urgentes para facilitar la actividad económica en Aragón, posteriormente convalidado mediante Resolución de las Cortes de Aragón de 20 de noviembre de 2008 (BOA, núm. 205, de 5 de diciembre de 2008).

del Decreto-ley 1/2008, de 30 octubre, de Aragón).¹⁰⁶ En virtud de esta habilitación, el Gobierno aragonés ha dictado el Decreto 247/2008, de 23 de diciembre, por el cual se adaptan diversos procedimientos administrativos competencia del Departamento de Industria, Comercio y Turismo y por el que se modifica, entre otras cuestiones, el Plan de Ordenación de los Equipamientos Comerciales en Gran Superficie de la Comunidad Autónoma de Aragón aprobado por el Decreto 172/ 2005, de 6 de septiembre, del Gobierno de Aragón.¹⁰⁷

Recientemente, también Andalucía ha optado por utilizar esta nueva vía de los Decretos-leyes autonómicos que se ha abierto con los Estatutos Autonómicos de nueva generación. La opción en este caso ha servido para modificar el plazo máximo para la resolución de una serie de procedimientos administrativos, así como para cambiar de desestimatorio a estimatorio el sentido del silencio de algunos procedimientos, con la pretensión de simplificarlos y agilizar ciertos trámites.¹⁰⁸ En el caso andaluz, aunque la medida adoptada puede favorecer indirectamente la transposición de la DS, no es éste su objetivo. Al menos no lo es principalmente. Se trata de medidas que se enmarcan el contexto más general de la política autonómica de la simplificación administrativa.¹⁰⁹

106. Artículo 3. *Simplificación de trámites e impulso de la acción administrativa*. 1. Las Administraciones públicas aragonesas deberán revisar los procedimientos administrativos de su competencia y proceder a su modificación para que se simplifiquen sus trámites, se reduzcan sus plazos de resolución y se minimicen los costes a las empresas y a los ciudadanos durante la gestión administrativa. 2. En todo procedimiento administrativo tramitado por las Administraciones aragonesas una vez superado el plazo señalado para los distintos actos de trámite, de oficio se declarará la preclusión del mismo y sin perjuicio de la responsabilidad en que incurra el responsable de la demora, se impulsará de nuevo el procedimiento, con excepción de los supuestos de informes preceptivos y determinantes del contenido de la resolución.

107. Junto con el Plan de Ordenación de equipamientos comerciales, Aragón adapta su normativa en relación con las siguientes normas: Decreto 153/1990, de 11 de diciembre, de la Diputación General de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento en el que se establecen las normas de construcción e instalación para la clasificación de los establecimientos hoteleros; Decreto 84/1995, de 25 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de Ordenación de Albergues y Refugios como alojamientos turísticos; Decreto 69/1997, de 27 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento sobre Ordenación y Regulación de los alojamientos turísticos denominados Viviendas de Turismo Rural; Decreto 125/2004, de 11 de mayo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de Alojamientos turísticos al aire libre; Decreto 55/2008, de 1 de abril, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el Reglamento de las empresas de Turismo Activo; Decreto 81/1999 de 8 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se establecen normas sobre ordenación de bares, restaurantes y cafeterías y establecimientos con música, espectáculo y baile y, finalmente, el Reglamento de las acreditaciones profesionales, la autorización de empresas y la acreditación de entidades de formación en materia de seguridad industrial, aprobado por el Decreto 116/2003, de 3 de junio.

108. Según lo dispuesto por el art. 4 del Decreto-ley 1/2009, de 24 de febrero, de Andalucía, por el que se adoptan medidas urgentes de carácter administrativo y en virtud del cual se modifica de la Ley 9/2001, de 12 de julio, por la que se establece el sentido del silencio administrativo y los plazos de determinados procedimientos como garantías procedimentales para los ciudadanos

109. En concreto, la Exposición motivos del Decreto-ley andaluz menciona el Acuerdo del Consejo de Gobierno de fecha 27 de enero de 2009, que aprobó el Plan de Medidas de Simplificación de Procedimientos Administrativos y Agilización de Trámites, y en cuyo contexto se aprueba estas medidas cuya aprobación requiere rango de Ley.

En definitiva, y ante la ausencia de transposición estatal, las Comunidades Autónomas han comenzado a tomar medidas parciales tendentes a procurar dicha transposición y lo están haciendo cada una con su propia política. En este punto, se hace imprescindible que la AGE complete el proceso que comenzó liderando, pero que parece haber quedado virtualmente paralizado. Algunas de las cuestiones que van a verse afectadas –de modo significativo, las cuestiones relativas a la regulación del procedimiento administrativo– requieren con urgencia que sea el Estado el que encabece estas modificaciones que pueden exigir la adopción de «retoques» normativos, incluso de algunos de los preceptos de la propia LRJPAC, a pesar de que una parte importante de las exigencias formales de la DS están expresamente previstas en nuestro derecho de procedimiento administrativo desde la vieja Ley de 1958.¹¹⁰

Algunos interrogantes jurídicos que plantea la transposición

En general

Si finalmente, se opta, como parece que así será, por impulsar la aprobación de una Ley cuyo contenido coincida en lo fundamental con el texto de la Directiva de Servicios,¹¹¹ se suscitan algunas cuestiones jurídicas interesantes. Con carácter previo, no está de más señalar que el método hasta ahora apuntado para transponer la DS no es una exigencia que se derive de la norma comunitaria. En ningún lugar de la misma se exige que los Estados miembros tengan que proceder de tal modo.¹¹² De hecho, la transposición podría –al menos en hipótesis– tener lugar sin una Ley general que le diera cobertura. En todo caso, de lo que se

110. En este sentido, ya se señalaba las características del derecho del procedimiento administrativo español y su particular adecuación, en términos generales a lo dispuesto por la DS, en SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., «La Directiva de Servicios...», cit. p. 60.

111. Este es, sin grandes diferencias, el contenido del anteproyecto de *Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios*, citado. Este modo de proceder a la hora de transponer Derecho comunitario no es tampoco una novedad. Así se hizo, por ejemplo, con la Ley 4/2007, de 3 de abril, de transparencia de las relaciones financieras de las Administraciones públicas y las empresas públicas, y de transparencia financiera de determinadas empresas, que transpone la Directiva 2006/111/CE, de mismo nombre. En cuanto a la transposición por transcripción, *vid. Dictamen 1/2007, de 14 de febrero de 2008, del Consejo de Estado*, relativo a la incorporación del Derecho europeo, p. 180.

112. A este respecto, procede recordar que el Tribunal de Justicia en su STJCE de 7 de enero de 2004, C-58/02, *Comisión/España*, ap.26, ha declarado que la adaptación del Derecho interno a una Directiva no exige necesariamente que las disposiciones de ésta se incluyan formal y textualmente en otra norma expresa y específica, siendo suficiente la existencia de un contexto jurídico general, cuando éste garantiza, efectivamente, la plena aplicación de la Directiva de forma suficientemente clara y precisa. En el mismo sentido las SSTJCE de 23 de mayo de 1985, as. 29/84, *Comisión/Alemania*, Rec. p. 1661, ap. 23; de 8 de julio de 1987, as. 247/85, *Comisión/Bélgica*, Rec. p. 3029, ap. 9, y de 9 de septiembre de 1999, C 217/97, *Comisión/Alemania*, ap. 31). Sobre el método de transposición, *vid. el Manual sobre la Transposición de la Directiva de Servicios*, pp. 8-9, donde se recomienda la transposición horizontal al menos para los artículos de la DS que establecen principios generales.

trata es de garantizar el efecto útil de la Directiva, por lo que, en teoría, podría ser suficiente con que se produjese la adaptación sector por sector, regulación por regulación. Ciertamente esta posibilidad implicaría el riesgo de que no se llegase a transponer en plazo, dada la cantidad de supuestos y de Administraciones implicadas. La opción de una Ley de cobertura como la *Ley paraguas* antes mencionada aporta la ventaja, frente a la Comisión, de cumplir, al menos formalmente, con el plazo de transposición.¹¹³ Con todo, no parece que ésta sea la transposición en la que está pensando la DS. Antes al contrario, su verdadero impacto y la verdadera eficacia de los cambios que pretende impulsar, tendrán lugar cuando éstos lleguen a cada una de las regulaciones y se eliminen, efectivamente, las trabas legales y administrativas hasta ahora existentes.¹¹⁴

En cualquier caso, si la opción mencionada prospera, se suscitan algunas cuestiones que pasamos a analizar. Por otro lado, y al margen del análisis del concreto método de transposición por el que parece haberse optado, la propia distribución territorial del poder y el consiguiente reparto de competencias entre los distintos niveles territoriales también plantean problemas específicos a los que aludiremos desde la perspectiva de la transposición de la DS, además de la necesaria reflexión sobre la posible eficacia directa de la DS.

La transposición de la DS, ¿una ocasión para repensar el contenido del derecho a la libre empresa?

En este punto centramos la atención en las implicaciones jurídicas que puede tener la aprobación de una Ley que incorpore literalmente las previsiones contenidas en los Capítulos III y IV de la DS, esto es, los relativos a la libertad de establecimiento de los prestadores y la libertad de circulación de servicios. No es que la incorporación en la Ley del resto del contenido de la DS –simplificación, cooperación, calidad de los servicios y convergencia– no tenga relevancia o no plantee cuestiones jurídicas de interés, pero como ya se ha mencionado anteriormente, se trata de previsiones normativas que se hallan en un plano distinto en cuanto a su vinculatoriedad, más allá de la incidencia que puedan tener desde la perspectiva de la efectividad real de las medidas que se pretenden adoptar.¹¹⁵

113. Podría darse incluso el caso de que el Gobierno optase por incorporar el contenido del anteproyecto en un Real Decreto-Ley, más allá de la valoración que pueda hacerse sobre la «urgencia», dado el tiempo que lleva gestándose el proyecto dentro del Grupo de Trabajo para la Transposición de la Directiva de Servicios. Pero esa, sin duda, es otra cuestión. *Vid.*, en este sentido la valoración de el *Dictamen 1/2007, de 14 de febrero de 2008, del Consejo de Estado*, relativo a la incorporación del Derecho europeo, p. 199. Esta fórmula podría darse tanto para la proyectada *Ley paraguas* como, y particularmente, para la *Ley omnibus*.

114. Este es el objetivo que vendría a coincidir, al menos en el ámbito estatal, con el contenido de la *Ley omnibus*.

115. El tipo de decisiones y políticas públicas que pretende impulsar la parte instrumental de la DS, tienen como objetivo alcanzar la eficacia de la actuación de las Administraciones públicas, en definitiva, hacer real y efectivo el contenido y alcance de los derechos subjetivos, en este caso, de los prestadores de servicios. Estaríamos ante un tipo de regulación que encaja bien con el modelo conceptual propuesto por SCHMIDT-ASSMANN, E., *La teoría general del Derecho administrativo como sistema*, ed. INAP/Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 23-26.

Los capítulos mencionados de la DS contienen su parte sustantiva. En estos preceptos, la norma comunitaria se expresa de modo suficientemente claro y preciso, imponiendo obligaciones y estableciendo prohibiciones; determinando, en definitiva, un marco jurídico limitador de las opciones normativas –legales y administrativas– de los Estados miembros cuando regulan el ejercicio y acceso a los servicios, a su establecimiento y prestación. Contienen –ya se ha señalado– la codificación de la interpretación jurisprudencial –que en el modelo comunitario es fuente del derecho– del alcance y contenido de los arts. 43 y 49 TCE, preceptos que, por otra parte y como bien sabemos, pueden ser invocados directamente.¹¹⁶

En este sentido, bien pudiera argumentarse que el legislador español no necesita el auxilio de la DS. Los arts. 43 y 49, sus implicaciones y la jurisprudencia que ayuda a interpretar su contenido están ahí y son conocidas. Puede incluso plantearse si la DS es necesaria. Sin embargo, es evidente que la aplicación de los arts. 43 y 49 es compleja y la DS pretende facilitar esta tarea.¹¹⁷ Pues bien, más allá de la discusión acerca de la propia naturaleza¹¹⁸ y oportunidad de la DS, se podría pensar que ésta es suficiente para orientar y facilitar la adaptación de las legislaciones nacionales a los arts. 43 y 49 en aquellos sectores en los que no hay Derecho comunitario derivado de carácter sectorial, pero sobre los que rige, indudablemente, el marco jurídico general diseñado por las libertades económicas del TCE.

En definitiva, si una Ley española recoge expresamente los preceptos de la DS que contienen la codificación de la interpretación jurisprudencial relativa al alcance y contenido de los arts. 43 y 49 TCE, lo primero que hay que señalar es que no incorporará, en esencia, nada que no estuviera ya incorporado a nuestro derecho interno en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario.¹¹⁹

Sin embargo, una norma estatal de carácter general –horizontal– que incorpore literalmente el contenido de la Directiva –recuérdese, una visión que condiciona y limita el establecimiento de regulaciones que contengan procedimientos autorizatorios, así como otras exigencias, tanto de fondo como de procedimiento– reaviva la reflexión que ya en su día se planteó la doctrina sobre si el modelo económico inserto en los Tratados comunitarios incorporaba –o no– una opción más restringida de la intervención pública en la economía del que se deducía de

116. Así lo dice el TJCE en el ap. 10 de la STJCE de 21 de junio de 1974, as. 2/74, *Reymers*. También la STJCE de 3 de diciembre de 1974, as. 33/74, *Van Binsbergen*, insiste en esta idea; así como la STJCE de 28 de enero de 1986, as. C-270/83, *Comisión/Francia* (ap. 13).

117. Así justifica la DS la necesidad de su existencia, en el considerando 6: «la supresión de estos obstáculos no puede hacerse únicamente mediante la aplicación directa de los arts. 43 y 49 (...) resolver caso por caso (...) sería (...) una forma de actuar extremadamente complicada para las instituciones nacionales y comunitarias...».

118. Esto es, si estamos o no ante una norma de armonización, de coordinación de las legislaciones, liberalizadora o desreguladora como ha señalado DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. «¿Quo Vadis, Bolkestein?...», cit. pp. 266 y ss.

119. Así lo vio S. MARTÍN-RETORTILLO, para quien la libertad de establecimiento no incide sólo en el reconocimiento de ese derecho a las empresas y ciudadanos de otros Estados miembros, sino que tiene también un inequívoco efecto liberalizador para los propios nacionales, lo que, en definitiva conduce a una «creciente reducción de las limitaciones y restricciones» a las que dicho derecho puede quedar sometido, *vid. Derecho Administrativo económico*, vol. I, 2ª ed., La Ley, Madrid, 1991, p. 203.

la Constitución Española.¹²⁰ Y es que una incorporación así, de carácter general, supone un paso cualificado en la asunción del modelo económico comunitario en relación con otras adaptaciones de carácter singular que ya se han producido¹²¹ y que se producirán en el futuro.

En particular, la mención a las *razones imperiosas de interés general*, en su interpretación comunitaria¹²² incorporada ahora a una Ley general lleva a plantear su compatibilidad con el propio concepto y contenido de los intereses generales a los que sirven nuestros poderes públicos (art. 103.1 CE).¹²³ Los intereses generales que en un futuro justifiquen el establecimiento de limitaciones en el ejercicio de la libertad de establecimiento de prestadores de servicios y de circulación ¿quedarán limitados sólo a los que encajen dentro de la categoría de *razón imperiosa de interés general*?¹²⁴ ¿Implica acaso esta mención una limitación de la libertad de configuración del legislador español que va más allá del modelo económico recogido en nuestra Constitución?¹²⁵

Podrá argumentarse que la *Ley paraguas* no es tan general como pudiera parecer a primera vista, a pesar de su carácter. Al fin y al cabo, su ámbito objetivo se limita a los servicios en el sentido de la Directiva, que como sabemos deja fuera muchos otros servicios que por tener ya regulación sectorial propia o por otras razones han quedado excluidos de la norma comunitaria.¹²⁶ Sin embargo, su

120. Para DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, la DS supondrá «un cambio de envergadura en la línea de una mayor garantía de la libertad de empresa frente a las regulaciones públicas», *vid.*, «¿Quo Vadis, Bolkestein?...», cit, p. 278.

121. Es abundante la legislación comunitaria derivada, que coordina y armoniza el derecho aplicable a determinados sectores, como es el caso de la actividad bancaria, aseguradora, servicios de inversión, transportes, telecomunicaciones o servicios postales, entre otros, que han implicado profundos cambios en las correspondientes regulaciones nacionales. En este sentido, constituyen el precedente *sectorial* de la DS.

122. Es decir, no cualquier razón aducida por los Estados miembros puede legitimar el establecimiento de limitaciones al ejercicio de las libertades de los arts. 43 y 49. Sobre el particular, SALVADOR ARMENDÁRIZ y VILLAREJO GALENDE, señalan el carácter «abierto» aunque no «indeterminado» de esta categoría a la luz de la interpretación de la misma que hace el TJCE, así como la mención a ciertas razones aducidas por los Estados miembros y expresamente rechazadas por el TJCE, *vid.* «La Directiva de Servicios...», cit., pp. 50-51.

123. Sobre el concepto de interés general en la CE, *vid.* NIETO GARCÍA, A. «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, (La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones Públicas), Vol. 3, 1991, pp. 2185-2254 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado» *REDA*, núm. 89, 1996, pp. 69-89.

124. Para DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, la DS implica el sometimiento de las regulaciones nacionales a un nuevo parámetro: el test de proporcionalidad, que constituye en la práctica un test más intenso que el de la razonabilidad de nuestro modelo constitucional, *vid.*, «¿Quo Vadis, Bolkestein?...», cit, p. 274.

125. Sobre el contenido e implicaciones del derecho a la libre empresa, como elemento fundamental del modelo económico constitucional, puede verse el tratamiento actualizado que hacen del mismo LÓPEZ-JURADO, F.B y GÓMEZ MONTORO, A.J., «Los principios constitucionales al ordenamiento energético español», en VVAA, *Tratado de regulación del sector eléctrico. Tomo I. Aspectos jurídicos*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2009, pp. 54 y ss.

126. *Vid.* en este sentido el art. 2.2 DS. En relación con este asunto, ap. I.2.2

planteamiento virtualmente general no cabe duda que tendrá, a medio plazo, consecuencias importantes, en particular desde la perspectiva de la construcción de los principios generales de la intervención administrativa en materia económica.¹²⁷ En este sentido, no está de más recordar el papel que ha tenido el art. 6 RSCL tantas veces citado por la doctrina y la jurisprudencia como referencia normativa a la hora de construir el principio general del *favor libertatis*.¹²⁸ En este sentido, la incorporación junto con la necesidad de que concurra una razón imperiosa de interés general, de la exigencia comunitaria de optar, si es posible, por la medida menos restrictiva, supondrá la consolidación y reconocimiento con rango legal de un principio general del derecho ampliamente reconocido por la doctrina y la jurisprudencia, lo que facilitará a su vez su aplicación por los jueces y operadores de derecho.¹²⁹

La cuestión competencial

a) La competencia comunitaria: ¿una visión «centralizadora»?

A modo de reflexión introductoria conviene apuntar siquiera meramente que la competencia de las instituciones comunitarias para dictar una norma como la que nos ocupa no es una cuestión pacífica en la doctrina. Así, si la Directiva desde un punto de vista ideológico puede calificarse de liberal, desde el punto de vista político resulta –para algunos– una norma «centralizadora». Tanto el principio del país de origen como las previsiones administrativas incorporan reglas que tienden a reducir la autonomía nacional de manera significativa a la hora de regular las actividades económicas. Según DAVIES, «la libertad social, cultural y política se sacrifica en nombre de la libertad económica» y, en consecuencia, para el autor, «la Directiva resulta desproporcionada».¹³⁰

Como se ha visto, la Directiva puede cercenar las posibilidades de maniobra de los poderes públicos en cada Estado miembro. Pero esto no es nuevo. Como sabemos, en su parte sustantiva la norma comunitaria no hace sino recoger una consolidada jurisprudencia de la Corte Europea de Justicia, que ahora será más fácilmente aplicable. Y, por otra parte, no parece que quepan soluciones distintas en las economías de libre mercado: un cierto grado de uniformización en las deci-

127. Las consecuencias que va a llegar a tener la DS son insospechadas. Y si no sirva como ejemplo, la referencia que hace T.R. FERNÁNDEZ en un reciente artículo de opinión publicado en *El Mundo*, el 9 de marzo de 2009, y en el que con ocasión de una reflexión crítica sobre la regulación autonómica de los espectáculos taurinos, se refiere precisamente a la Directiva para decir que «nos devolverá ese trocito de libertad que tan gratuitamente nos quitaron los flamantes Reglamentos autonómicos».

128. Conviene recordar de nuevo a MARTÍN-RETORTILLO, S, *Derecho Administrativo económico*, cit., p. 172.

129. Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «¿Quo Vadis, Bolkestein?...», cit, p. 274.

130. Para este defensor de la descentralización y de que los Estados miembros preserven su libertad para desarrollar sus propios sistemas legales y gubernamentales, la DS ha ido demasiado lejos. Vid., «The Services Directive: extending...», cit, p. 245. Entre nosotros, pone en duda la competencia comunitaria para dictar una norma como ésta, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «¿Quo Vadis, Bolkestein?...», cit.

siones en materia económica es inevitable.¹³¹ Trasladándolo al ámbito interno, en palabras SORIANO: «*El mercado hace la Unión*. Esta expresiva idea es la que está en la base de toda la obra de construcción europea y que, desde luego, por lo que hace al ámbito interno hay que potenciar y cuidar al máximo. Esta es la idea que fundamenta el propio artículo 139.2 CE».¹³²

B) *La competencia estatal para dictar la Ley paraguas*

Como sabemos, la DS no cuestiona el reparto de competencias locales o regionales de las autoridades de cada Estado miembro.¹³³ Conviene subrayar que uno de los principios generales del Derecho comunitario es el de la autonomía institucional de los Estados miembros: el reparto territorial del poder político dentro de cada Estado miembro resulta intangible para las instituciones comunitarias.

La «lógica comunitaria» de la autonomía institucional coincide con la «lógica constitucional» del principio de neutralidad. En el ámbito interno, de acuerdo con una consolidada jurisprudencia introducida por la STC 258/1988, de 20 de diciembre, el principio general establecido por la jurisprudencia constitucional es que la pertenencia de España a la Unión Europea no altera el orden interno de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.¹³⁴ Partiendo de este principio de neutralidad en la aplicación interna del Derecho comunitario, los conflictos a que dé lugar la ejecución de las Directivas Comunitarias han de ser resueltos de acuerdo con las normas internas de delimitación competencial, sin que ni el Estado ni las Comunidades Autónomas puedan considerar ampliado el ámbito propio de su competencia en virtud de lo dispuesto en esas Directivas.

Dicho lo cual, a nadie se le escapa que la aprobación por parte del Estado de una «Ley horizontal» que incorpore a nuestro ordenamiento jurídico los principios establecidos en la norma comunitaria puede presentar ciertos problemas desde el punto de vista competencial. En primer lugar, de acuerdo con el texto conocido del Anteproyecto, esta ley tendría carácter básico y se dictaría al amparo de los epígrafes 1, 13 y 18 del art. 149.1 CE. ¿Está el Estado habilitado para dictar una norma con un contenido como el proyectado? Parece razonable que precisamente dado su contenido –sustancialmente igual que el de la DS– se mencione el epígrafe primero del 149.1, no en vano se trata de garantizar las condiciones básicas para la igualdad en el ejercicio de algunas de las manifestaciones del derecho a

131. Vid., en este sentido, MUÑOZ MACHADO, S., *Derecho público de las Comunidades Autónomas*, vol. I, Civitas, Madrid, 1982, pp. 487-488.

132. Cfr. SORIANO GARCÍA, J.E., *Derecho público de la competencia*, Marcial Pons-IDEALCO, Madrid, 1998, p. 244.

133. Véanse el considerando 60 y los artículos 6.2 (ventanillas únicas) y 10.7 (condiciones para la concesión de la autorización).

134. Vid., entre otras, SSTC 76/1991, 115/1991, 117/199280/1993, 29/1994, 265/1994, 112/1995, 67/1996, y 147/1996. Para un análisis general de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto, Díez-PICAZO PONCE DE LEÓN, L.M., «El Derecho Comunitario en la jurisprudencia constitucional española», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 54, 1998, pp. 255-272.

la libertad de empresa (art. 38 CE).¹³⁵ A pesar de ello, no es descartable que esta solución pueda plantear recelos desde ciertas sensibilidades autonómicas.

La alusión al epígrafe decimotercero del art. 149.1 CE —«bases y coordinación de la planificación de la actividad económica general»— es el título que habitualmente viene justificando las regulaciones estatales de marcado carácter económico, como es este caso.¹³⁶

La mención al epígrafe decimotercero es imprescindible si se quiere garantizar un tratamiento común de la regulación del procedimiento administrativo que va a quedar afectada por el contenido instrumental de la DS.¹³⁷

El segundo aspecto relativo a las cuestiones competenciales, tiene que ver con la particular complejidad de la transposición de la DS en el caso de sectores con legislación compartida, que en materia económica serán por otra parte la mayoría. El ejemplo evidente es el de la legislación comercial. En este sentido, puede plantearse si las Comunidades Autónomas han de esperar a que el legislador básico transponga para luego hacerlo ellas, o bien, pueden adelantarse —sobre todo en el caso de que la modificación de la ley básica no llegue en el plazo de transposición—. Nada impide que las Comunidades Autónomas puedan adelantarse, como de hecho ya ha ocurrido, sin perjuicio de que la solución que posteriormente adopte el legislador estatal les obligue a una segunda adaptación, esta segunda a la Ley básica.¹³⁸ Los recelos autonómicos derivan de los temores a una posible injerencia estatal en el ámbito de competencias que, especialmente en el caso de

135. El principio de igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales se traduce en que el Estado podrá ejercitar la competencia *ex art. 149.1.1 CE* para garantizar un mismo contenido esencial de la libertad de empresa en todo el territorio nacional, única forma de hacer igualitario el ejercicio del derecho plasmado en el art. 38 CE. Estamos aplicando los argumentos utilizados en su día por el profesor Carro con relación al derecho de propiedad. Vid. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L., «Contenido y alcance de la competencia del Estado definida en el artículo 149.1.1º de la Constitución», *REDC*, núm. 1, enero-abril, 1981, pp. 147-149. Compartimos con DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI la idea de que el art. 149.1.1 CE atribuye al Estado una competencia transversal u horizontal para la consecución de un objetivo: garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos, en este caso, del derecho de libertad de empresa (vid. *Mercado nacional único y Constitución*, CEPC, Madrid, 2008).

136. La competencia del Estado sobre la «ordenación general de la economía» se extiende a un conjunto muy amplio de materias para asegurar el presupuesto de un único orden económico nacional y la consiguiente existencia de un mercado nacional único. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, vid. SSTC 1/1982, 32/1983, 11/1984, 24/1986 y 88/1986, entre otras. La intervención estatal está justificada siempre que, para la necesaria coherencia de la política económica general, sea preciso adoptar decisiones unitarias (STC 186/1988, de 17 de octubre). La jurisprudencia también ha precisado que «la ordenación general de la economía que corresponde al Estado no puede extenderse en forma excesiva hasta enmarcar en él cualquier acción de naturaleza económica si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general» (SSTC 186/1988, de 17 de octubre; 76/1991, de 11 de abril; 133/1997, de 16 de julio), pues, en otro caso, se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico (SSTC 112/1995, de 6 de julio; 21/1999, de 25 de febrero; 95/2002, de 25 de abril).

137. Desde el sentido del silencio a la subsanación de errores, pasando por el acuse de recibo o el contenido de la notificación.

138. Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A., «Eficacia y proceso de transposición de la Direc-

los nuevos Estatutos, se califican como exclusivas.¹³⁹ En todo caso, cualquier conclusión a la que se pueda llegar dependerá irremediabilmente de un exhaustivo análisis caso por caso.

C) *La posición de las Comunidades Autónomas y el principio de unidad de mercado*

Es la propia Directiva la que al menos en tres ocasiones manifiesta su voluntad de no interferir en el reparto interno de competencias,¹⁴⁰ sin embargo, impone la toma de decisiones por las autoridades nacionales (estatales, regionales o locales) que conduce a una uniformización, estandarización, igualación en definitiva de los regímenes de acceso y ejercicio de las actividades de servicios. De modo que puede producirse una armonización inducida.

Por otra parte, la DS promueve la necesaria *coordinación previa de las legislaciones nacionales* e instaura un sistema de *cooperación administrativa* entre los Estados miembros en el que necesariamente se van a ver involucrados todos los niveles territoriales de decisión. Lo que, en definitiva, puede afectar en la práctica a la unidad de mercado e indirectamente a las competencias autonómicas. Pero no al reparto, sino a su ejercicio. En última instancia, el ejercicio de las competencias autonómicas que se vean afectadas por la propia definición de qué sean servicios para la DS quedará condicionado del mismo modo en que lo sea el Estado respecto del ejercicio de sus competencias.

En suma, los cambios que traerá consigo la transposición de esta compleja norma son fundamentalmente de carácter sustantivo. Incidirán en el papel que los Poderes públicos –de todos los niveles– se reservan en la regulación de las actividades económicas, sin que por ello se vea afectado el reparto de competencias que la Constitución y los Estatutos de Autonomía han determinado.

Eficacia

A) *Eficacia normal o indirecta: la Directiva transpuesta correctamente*

Es claro que la eficacia normal de la Directiva de Servicios se manifestará en su capacidad para determinar futuras modificaciones en las normas españolas estatales autonómicas y locales, un proceso que ya ha comenzado al menos tímidamente y que es previsible se acelere a medida que se aproxime el vencimiento del plazo de transposición.¹⁴¹

Hay que recordar que el cambio de modelo que en cierto modo pretende impulsar la DS está planteado con un marcado carácter progresivo; un camino en el que la DS se presenta como una primera etapa. Como ya se ha señalado, la pro-

tiva de Servicios en España», en *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo* (coord. H. Villarejo), Comares-Instituto de Estudios Europeos, 2009.

139. En este sentido, TORNOS MAS, J., «La licencia comercial específica y el régimen de autorizaciones en la Directiva de Servicios», en la obra precitada.

140. Véase la nota 133.

141. Esto es, la ejecución indirecta del Derecho comunitario, *vid.* por todos FUENTEAJA PASTOR, J.A., *La Administración europea. La ejecución europea del derecho y las políticas de la Unión*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2007, p. 359 y ss.

pia norma prevé que, tras un periodo en el que los Estados miembros habrán de evaluar el grado de cumplimiento y transposición del contenido obligacional de la Directiva,¹⁴² la Comisión realizará un informe completo sobre el proceso, que presentará al Parlamento y al Consejo antes del 28 de diciembre de 2011, en el que la Comisión podrá señalar, en su caso, la necesidad de adoptar medidas adicionales sobre asuntos inicialmente excluidos, adjuntando si procede propuestas de modificación de la propia DS, con vistas a completar el mercado interior de los servicios.¹⁴³

Así pues, la eficacia normal habrá de valorarse a la vista de lo que finalmente resulte del proceso de transposición antes descrito, sabiendo de antemano que es probable que en el futuro se produzcan modificaciones dirigidas a mejorar la incidencia y aplicación de los objetivos que la Directiva persigue. Conviene no perder de vista que en todo caso, los cambios legales y administrativos que se pondrán en marcha operan, al menos, en dos planos claramente distintos. De un lado el que afecta a la determinación del contenido de las libertades de circulación de servicios y de establecimiento, como manifestaciones que son del derecho a la libre empresa en el sector de los servicios, y de otro las medidas que en su caso se adopten para hacer más eficaz la gestión administrativa que afecta al ejercicio de tales derechos. Los prestadores de servicios titulares de tales derechos se encuentran frente a las Administraciones competentes en situación bien distinta desde la perspectiva de la eficacia jurídica de sus posiciones en un caso y en otro. Una cosa es, sin duda, el derecho a que la Administración no limite la libertad de establecimiento mediante la imposición de un requisito que establezca una prueba económica, por ejemplo. Y otra diferente el derecho a exigir que la Administración simplifique los procedimientos o habilite ventanillas únicas.¹⁴⁴

B) Eficacia anormal de la DS: eficacia directa

En relación con esto último cabe plantear la cuestión de la eficacia directa de la DS una vez finalizado el plazo para la transposición de la Directiva de Servicios, y a la vista, en su caso, de los términos en que está haya tenido lugar.

142. Mediante la obligación de realizar informes de evaluación dirigidos a la Comisión antes del 18 de diciembre de 2009 (art. 39.1 DS). El apartado 4 del art. 39 prevé que «a más tardar el 28 de diciembre de 2010, la Comisión presentará al Parlamento y al Consejo un informe de síntesis, al que adjuntará, si procede, propuestas complementarias». Las instituciones comunitarias tienen clara las dificultades que pueden suscitarse para poner en marcha la DS. No sólo en las previsiones relativas a los informes que evaluarán el proceso, también en las propias relaciones que se entablará entre la Comisión y los Estados miembros con ocasión de la aplicación de la DS. Así, el párrafo 5, *in fine*, encomienda a la Comisión presentar análisis y orientaciones a los Estados miembros para facilitar la tarea de aplicación de la norma. Esta es la función, precisamente, del *Manual sobre la Transposición de la Directiva de Servicios*, ya citado.

143. *Vid.* art. 41 DS. Sobre el papel de las instituciones comunitarias dirigida a conseguir una ejecución *uniforme y eficaz* del Derecho comunitario, *vid.* FUENTEAJA PASTOR, J.A., *La Administración europea...*, cit. pp. 392 y ss.

144. Sobre el mandato de transposición de esta parte de la DS y sus resultados, *vid.* VILLAREJO GALENDE, H. (2008), «La simplificación administrativa en la Directiva ...», cit., pp. 59-61 y CIERCO SIERA, C. «Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración electrónica», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 19, 2009, pp. 15 y ss.

La respuesta a este problema necesariamente pasa por recordar la doctrina comunitaria relativa a la posible eficacia directa de las Directivas.¹⁴⁵ Recuérdese que, junto con el requisito de la expiración del plazo de transposición, la eficacia directa puede también plantearse en caso de transposición *incorrecta*. Además, toda afirmación que sostenga dicha eficacia deberá partir de la valoración del propio contenido de la Directiva, del carácter suficientemente *preciso e incondicional* de las disposiciones por ellas ella establecidas. Por otro lado, la Jurisprudencia comunitaria hasta el momento, sólo ha contemplado la posible eficacia directa con carácter *vertical*, esto es, en el ámbito de las relaciones entre los ciudadanos o empresas comunitarias, titulares de derechos subjetivos y los Estados miembros que viene obligados respecto de éstos por la norma comunitaria.¹⁴⁶

Pues bien, dado que es prematuro conocer el grado de transposición en que se encontrará la DS en diciembre de 2009, la reflexión sobre su posible eficacia directa ha de plantearse como hipótesis a la luz exclusivamente de su contenido. En este sentido y desde esta perspectiva, lo primero que hay que señalar es el distinto nivel de en el que se encuentran los contenidos de la DS como puede deducirse de lo expuesto hasta ahora.

Allí dónde la DS contiene expresiones del tipo: los Estados miembros «*harán lo necesario para...*»¹⁴⁷ o «*lo antes posible*»,¹⁴⁸ o bien «*tomarán las medidas generales necesarias*»¹⁴⁹ o complementarias¹⁵⁰ es evidente que la DS ni es ni precisa ni incondicional, por lo que difícilmente podrá siquiera plantearse una pretendida aplicación directa.

La reflexión sobre la eficacia directa de la DS se sitúa en un plano distinto cuando se trata de los preceptos que contienen obligaciones que recaen sobre los Estados miembros y cuyo beneficiario son las instituciones comunitarias, principalmente la Comisión en calidad de Administración encargada de velar por el

145. Con carácter general, puede verse MANGAS MARÍN, A y LIÑAN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, cit., p. 203. También, véase el *Dictamen 1/2007, de 14 de febrero de 2008, del Consejo de Estado*, relativo a la incorporación del Derecho europeo, ya citado, pp. 30-31.

146. Más allá del problema de qué se considere a estos efectos como poderes públicos, de un lado, y particulares, de otro. Así, la STJCE de 12 de julio de 1990, C-188/89, as. *Foster y otros*, ap.18, ha considerado que también las empresas públicas en la que existe una participación o control público pueden ser consideradas, poderes públicos a estos efectos. Más recientemente, la STJCE de 14 de junio de 2007, C-6/05, as. *Medipac-Kazantzidis AE*, ap.43, ha reiterado este criterio. Por su parte, la STJCE 17 de octubre de 1989, *Comune di Carpaneto Piacentino y otros*, ass. C-231/87 y C- 129/88, apartado 16, ha extendido la noción de particular al caso de una colectividad territorial en sus relaciones con el poder central. Sobre el particular, *vid.* MAÍLLO GONZÁLEZ-ORÚS, J., «La noción de Estado en relación al efecto directo vertical de las Directivas: Aplicación al caso español», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año núm. 3, núm. 6, 1999, pp. 465-496.

147. Expresión que utiliza la DS, por ejemplo, en sus arts. 7.1, 7.2, 8.1, 20.1, 20.2, 21.1, 22.1, 22.2, 22.3, 22.4, 23.1, 24.2, 25.1, 25.2, 26.2, 28.4 28.7 y 37.2.

148. *Vid.* arts. 7.4 y 28.6 DS.

149. *Vid.* arts. 27.1, 27.2 y 27.3 DS.

150. *Vid.* arts. 26.3, 34.2 y 37.1 DS.

cumplimiento de lo dispuesto en las Directivas.¹⁵¹ También en este caso puede hablarse de eficacia directa, pero evidentemente con un sentido diferente al que normalmente alude esta expresión. Ciertamente los Estados miembros quedan vinculados directamente en virtud de la Directiva a las obligaciones de elaboración de informes y presentación de los mismos a la Comisión,¹⁵² entre otras cuestiones.

Con todo, el núcleo del problema relativo a la eficacia en el caso de la DS, esto es, la posibilidad de que esta norma comunitaria sea invocable ante los jueces y tribunales nacionales, pudiendo éstos llegar a inaplicar el derecho vigente español –estatal o autonómico– prevaleciendo el contenido de la Directiva, se suscita en relación fundamentalmente con algunas de las disposiciones contenidas en los Capítulos III y IV.

En algunos supuestos, el conflicto normativo llega tener una solución hasta cierto punto evidente. Por ejemplo, en el caso de los requisitos prohibidos del art. 14 o los del art. 16.2. Pasado el plazo de transposición, ¿podrá una Administración autonómica –en este caso competente– denegar la autorización para la instalación de una gran superficie comercial con fundamento en el incumplimiento del requisito que se deriva del análisis de mercado que proyecta el plan comercial correspondiente y cuyo contenido no es otro que una «prueba económica»¹⁵³? En todo caso, no es descabellado pensar que en el caso del ejemplo, y en vía contencioso-administrativa, el Tribunal correspondiente pueda inaplicar la norma autonómica y anular la decisión denegatoria, aplicando directamente lo previsto por la DS.¹⁵⁴ No en vano, en un asunto como el expuesto lo que está en juego en última instancia es la eficacia directa del propio contenido de la libertad de establecimiento del art. 43 del TCE, según la interpretación dada al mismo por el TJCE.

Más complejo puede ser interpretar y valorar –y seguimos con el ejemplo de la segunda licencia para grandes superficies– si la regulación de la autorización es suficientemente «transparente y accesible» como, por ejemplo, exige el art. 10.2.g) del DS. Se trata de nuestro juicio de un concepto jurídico indeterminado en el que entendemos que el juez contencioso, en principio, es competente para enjuiciarlo. El problema paradójicamente es que se susciten dudas, en cuyo caso la aplicación del contenido de la DS ya no sería «suficientemente clara y precisa», como exige la doctrina de la eficacia directa de las Directivas. En una situación así,

151. El art. 40 DS ha previsto que en esta tarea la Comisión esté asistida por un Comité. Se trata de uno más de los comités que proliferan a lo largo y ancho de la legislación comunitaria en lo que ha dado en llamarse la *comitología*, *vid.* FUENTEAJA PASTOR, J.A, *La Administración europea...* cit., pp. 184-185

152. Es el caso, por ejemplo, del informe previsto en el art. 39 DS.

153. Requisito prohibido en virtud del art. 14.5 DS.

154. El problema de la eficacia directa adquiere perfiles distintos en el caso de que el operador jurídico sea la Administración, pues ésta se sitúa en una algo posición algo distinta a la de los jueces. En su Sentencia de 22 de junio de 1989, as. *Fratelli Costanzo*, C-103/88, ap. 32, el Tribunal de Justicia formuló su doctrina relativa a la eficacia directa del Derecho comunitario en el caso de las decisiones de los poderes públicos. Sobre los problemas que plantea este «poder-deber» de la Administración de inaplicar las normas internas contrarias a Derecho comunitario, *vid.* *Dictamen 1/2007, de 14 de febrero de 2008, del Consejo de Estado*, relativo a la incorporación del Derecho europeo, pp. 225-228.

parece que procederá, la tramitación por el juez o tribunal español de una cuestión prejudicial ante el TJCE.¹⁵⁵

En definitiva, las consecuencias a las que puede alcanzar la eficacia directa de la DS se reconducen a algunas de las previsiones de sus Capítulos III y IV; aquellas que hagan menciones suficientemente claras y precisas. La respuesta, en última instancia, a la cuestión de la eficacia directa de la DS se reconduce en todo caso a esa parte de la DS, sin que pueda afirmarse con carácter general para el conjunto de las disposiciones incluidas en dichos capítulos. Se hará imprescindible valorar caso por caso, de un lado la norma española en conflicto, y de otro y en relación a ella, la disposición de la DS que supuestamente se incumple, sin que pueda *a priori* irse más allá en esta reflexión.

Conviene, con todo, hacer dos matizaciones. La primera es relativa al papel que juega la codificación de las soluciones jurisprudenciales contenidas en los Capítulos III y IV en relación con los arts. 43 y 49 TCE, relativos a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios, respectivamente. ¿Se trata de un desarrollo de su contenido? ¿Son normas interpretativas de su alcance y contenido? En este caso, ¿no son acaso directamente eficaces los arts. 43 y 49? De prevalecer esta consideración, se reforzaría indudablemente el papel del juez nacional, pues ya no estaríamos ante un problema de eficacia directa de Directivas, sino de las disposiciones del propio Tratado.¹⁵⁶

Y, en segundo lugar, si la opción de la «Ley paraguas» que transpone por translación prospera, la reflexión sobre la eficacia directa de la DS en cierto modo deja de tener sentido, para transformarse en un conflicto normativo de derecho interno –y no pequeño, por cierto.¹⁵⁷ En este caso, habrán de entrar en juego todos los principios y reglas vigentes: desde la *lex posterior derogat anteriorem*, al principio de jerarquía normativa y las que sin duda serán más complejas: las reglas de conflicto entre subsistemas normativos,¹⁵⁸ previa determinación –no siempre sencilla– del reparto competencial.

155. *Vid.*, en este sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «¿Quo Vadis, Bolkes-tein?...», cit., p. 274.

156. Sobre el efecto directo del Derecho comunitario y la posición del juez nacional, *vid.* TRAYTER JIMÉNEZ, J.M., «El efecto directo de las directivas comunitarias: El papel de la Administración y de los Jueces en su aplicación», *RAP*, núm. 125, 1991, pp. 227-280.

157. Como ha señalado la propia Comisión, en el *Manual sobre la Transposición de la Directiva de Servicios*, «si los Estados miembros optan por transponer la Directiva, o algunos de sus artículos, mediante la adopción de legislación horizontal, tendrán que velar por la prioridad de ésta sobre la legislación específica», cit., p. 9.

158. *Vid.* por todos, SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo...* cit. pp. 182 y ss.