

ANEXO I: DOCUMENTACIÓN

La libertad de empresa en nuestro mercado. Nuestra Constitución Económica.

1. Libertad de empresa.

A. Concepto de libertad de empresa y contenido.

1* Para hablar de libertad de empresa, hay que hablar de mercado, y para estudiar el mercado, hay saber qué sistema económico rige en él. La constitución económica es el conjunto de normas fundamentales de un país que determinan un régimen económico concreto.

En general, las constituciones económicas de los Estados se enfrentan a un dilema a la hora de seleccionar el sistema económico, pues,

- o bien manifiestan claramente el sistema que prefieren (*constituciones de modelo económico o beligerante*);
- o bien guardan silencio y no se pronuncian sobre qué sistema prefieren (son las *constituciones neutrales*).

En realidad, no hay constituciones neutrales puras. Quizás sea mejor distinguir entre constituciones que lo mencionan expresamente y aquellas otras en las que el sistema económico subyace en la orientación de las normas. La elección existe también, pero es tácita. Del espíritu de cualquier ordenamiento jurídico, y, sobre todo, de sus normas fundamentales, puede deducirse e interpretarse qué sistema económico estaba en la mente de los legisladores a la hora de redactar esas normas.

2* En España, nuestra Constitución económica se recoge en la Constitución española (C.E.) de 1978, y concretamente en el art. 38 CE:

Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.

Por lo tanto, nuestra CE **reconoce el sistema de mercado y la libertad de empresa. Pero, el artículo se expresa en términos contradictorios**. Parece que hay una contradicción en el mismo precepto cuando emplea palabras como “planificación”, “exigencias de la economía” y la “defensa de la productividad”, junto con otras como la “libertad de empresa” y su afirmación de que nuestro sistema económico es una “economía de mercado”.

3 * La explicación hay que buscarla en el periodo de gestación de nuestra constitución, que es la causa por la cuál este “texto fundamental” puede definirse como el resultado de un consenso. Esta es su principal característica. La CE es una construcción consensuada por los partidos políticos en un momento social muy delicado. La consecuencia del consenso fue un sistema ambiguo plagado de fórmulas abstractas que, desde el punto de vista económico, desembocó en el “sistema económico y social de mercado”.

La prioridad del periodo constituyente fue la convivencia política, antes y por encima de la creación de una estructura social y económica científica y racional. Las ideologías de los partidos políticos eran radicalmente distintas en algunos casos, y la búsqueda de un acuerdo mínimo les llevo a aceptar que, con carácter general, el progreso social no coincidía con el desarrollo económico; a pesar de lo que manifestaron en la redacción del Preámbulo de la “Carta Magna”. Les llevó a intentar mantener el control sobre la economía, y más concretamente, sobre el mercado.

La constitución es, desde ese punto de vista, un mecanismo contractual.

La consecuencia de ese contexto constituyente fue la cláusula del Estado social y democrático de Derecho (art. 1.1 CE). *Matiza* la afirmación constitucional de que el sistema económico español es el sistema propio del mercado y que la libertad de empresa rige en general. Así lo reconoce el art.1.1 C.E.:

España se constituye en Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo jurídico.

4 * Esa cláusula se refleja a lo largo de todo el articulado de la CE de 1978. Muestra, cuál es la verdadera Constitución Económica de España, -sistema económico-, al establecer y reconocer:

- el derecho a la iniciativa privada de los empresarios en el marco de la economía de mercado (art. 33.1 CE).
- y, para ejercer esa iniciativa privada, es preciso disponer de otro derecho, el derecho a la iniciativa privada, que la CE también reconoce (art. 33.1 CE).

El componente social de nuestro sistema económico, fruto del compromiso político, evidencia la intención de que el mercado contribuya a la construcción de las estructuras sociales. Para ello, la CE reconoce que la riqueza del país está subordinada al interés general, por lo que contiene una serie de menciones:

- que los empresarios actúan en el mercado para fomentar e incrementar los recursos económicos de la nación (arts. 38 y 131 CE),
- y que, junto a la iniciativa privada, coexiste la iniciativa de la Administración pública (art. 128.2).
- Además, indica que los empresarios deben ejercer y compartir el poder de gestión con sus empleados y fomentar la participación de los trabajadores, sobre todo cuando la empresa sea una cooperativa (129.2).
- Ese mismo componente de preocupación social en nuestra CE, obliga al legislador a impulsar la unidad de mercado y defender su funcionamiento (149.6);
- y a velar porque el consumidor reciba el mismo trato en el conjunto del mercado nacional, estableciendo el principio de igualdad en todos los territorios del Estado y la libertad de establecimiento y circulación de movimientos y bienes en cualquier parte del territorio español (51 y 139 CE).

5* De ahí que podamos centrar la atención en dos aspectos:, de los cuáles, el segundo constituye el límite al primero:

- A. La libertad de empresa que, en último extremo, es expresión del derecho a la determinación de la persona humana; y,
- B. La intervención del Estado en la economía.

A. Para hablar de libertad de empresa en nuestro país, hay que volver al art. 38 CE. El art. 38 CE está distinguiendo entre SISTEMA y MODELO.

* El SISTEMA es el referente básico o central de economía que la CE adopta, en nuestro caso, el de una economía social del mercado.

Es un sistema mixto, porque el sistema seleccionado excluye de forma implícita cualquiera de los dos sistemas económicos puros (el orden económico monocéntrico o de economía planificada -por el Estado-; o el orden liberal y capitalista absoluto donde el sistema económico esté en manos de los sujetos privados). El primero lo descarta con el postulado de la economía de mercado; y el segundo, con la referencia a los principios del Estado social.

Este sistema exige, como presupuesto para poder existir, que junto a la libertad de empresa, se reconozca la libre competencia en el mercado.

* El MODELO económico es la materialización concreta que puede hacerse de un sistema constitucional económico en un momento histórico determinado. Puede variar dentro de los límites del sistema de referencia, que, en nuestro caso, exige siempre una economía de mercado, -esto es, un marco de competencia económica entre los sujetos que operan en el lugar de encuentro de la oferta y de la demanda-, junto con una especial concienciación de los problemas sociales. Los gobernantes sucesivos pueden optar por potenciar más un extremo que otro; y legislar con un mayor matiz de protección social, o con una tendencia liberalizadora mayor. Pero nunca podrán negar la esencia del sistema o su contenido esencial.

* El contenido esencial del sistema es la libertad de empresa. Su *contenido esencial*, como manifestación del sistema económico, tiene tres dimensiones básicas:

a). Libertad de acceso al mercado.

+ Implica libertad, reconocida y amparada por el Derecho, para crear empresas (emprender actividades económicas lícitas);

+ así como también libertad para elegir en qué sector económico se prefiere actuar.

La libertad de acceso al mercado necesita que se reconozcan otros derechos adicionales y anteriores (arts. 33.1, 35.1 CE) y que se ampare, proteja y facilite la libertad contractual (1255 cc). Pero no es una manifestación de esos derechos, ni está supeditado a ellos. Es primario o autónomo, no secundario. Los necesita para “realizarse”.

b). Libertad de ejercicio de la empresa. Tiene dos manifestaciones:

+ Libertad de decisión, o facultad del empresario de establecer sus propios fines u objetivos económicos, para, de esta forma, organizar la empresa y orientar su actividad.

La razón es que el empresario debe de gozar de un *mínimo irreductible de autonomía en la dirección de la empresa*. Sin ella no sería empresa privada, sino empresa pública. Así, por ejemplo, un derecho que necesite conseguir una autorización previa para funcionar, no sería un derecho auténtico, sino una concesión; y, en cualquier caso, estaría limitado.

Esta libertad tiene dos límites externos:

- Las limitaciones que imponen las *exigencias sociales de la economía general*, de forma permanente o fija, aunque su contenido sea cambiante.

- las limitaciones eventuales que el Gobierno establezca en virtud del art. 131 CE en forma de *planificación económica temporal*.

+ Libertad de competencia. Obliga a los particulares a evitar conductas que favorezcan prácticas o arreglos comerciales con carácter de monopolio o cártel, y de las que pudiera resultar un aumento artificial de los precios o una restricción de la producción.

c). Libertad de cesación en el mercado.

El empresario tiene derecho a cesar en la actividad empresarial y a poder perder la condición de tal empresario. Tanto en caso de insuficiencia patrimonial, como en otros supuestos voluntarios o no. Los costes, como los laborales, no deberían ser un impedimento insuperable.

* El contenido esencial de la libertad de empresa se protege a través de una triple técnica:

1- la técnica de la vinculación de los poderes públicos (art. 53.1 CE); que consiste en el mandato de la Constitución a su Administración para que siempre se guíe buscando la protección de la libertad de empresa, en toda su labor.

2- la técnica del recurso a la inconstitucionalidad (art. 53.1 y 161; también 53.2 *a contrario sensu*) de las leyes y reglamentos con rango de ley que atenten contra la libertad de empresa, (que no al recurso de amparo, ni a la exigencia de un procedimiento preferente y sumario, que solo cabe para los derechos de la sección segunda, capítulo segundo del título primero de la CE).

Las leyes -y sus reglamentos- que vulnere el precepto de la libertad de empresa pueden ser declaradas contrarias a la Constitución por el Tribunal Constitucional, esto es, inconstitucionales.

No es posible el “recurso de amparo”, que es otra técnica de protección de derechos mucho más efectiva, porque la libertad de empresas no se encuentra entre los derechos constitucionales fundamentales que están protegidos por esta opción (los de la sección segunda, capítulo segundo del título primero de la CE).

3- la técnica del límite del contenido esencial. El derecho a la libertad de empresa tiene un contenido general que la Ley puede variar según el momento e incluso limitar. Pero dentro de ese contenido, tiene un núcleo esencial que jamás puede modificarse ni limitarse sin que la libertad de empresa cambie su esencia.

El contenido esencial sólo puede limitarse por medio de una ley que, en cualquier caso, tendrá que respetar el “contenido esencial”.

Por contenido esencial puede entenderse dos cosas:

- aquel contenido que, una vez desaparecido, hace que el derecho pierda su peculiaridad o singularidad (teorías absolutas o invisibilidad material del derecho);

- o, aquel contenido que el titular del derecho necesita para poder satisfacer los intereses que el derecho en cuestión está llamado a promocionar (teorías relativas).

B. La CE ha creado un marco legal que legitima la intervención del Estado en la vida económica, a pesar de que el sistema económico que se ha reconocido es el *sistema de mercado*.

El conjunto de normas que regulan y expresan la participación del Estado en la vida económica se denomina “Derecho de la economía”.

* En nuestro sistema, pues, hay un principio de *coinciativa económica*. Por iniciativa pública entendemos “*la intervención del estado en el mercado en concepto de agente económico*”.

El art. 128 CE reconoce la iniciativa pública en plano de igualdad con la iniciativa privada, por lo que la economía social de mercado puede ser desarrollada tanto por sujetos privados como por sujetos públicos.

* La legitimación (causal) de la iniciativa pública se fundamenta en el interés común o social. La Administración *sólo* puede actuar cuando lo justifica ese interés general. Sólo entonces la Administración estará legitimada y su actuación será legítima. Sólo puede intervenir en el mercado cuando lo exija la protección del interés general de la sociedad.

Es una cláusula abstracta, cuyo contenido varía según las circunstancias del momento. No se interpreta del mismo modo siempre, lo que resulta tanto una ventaja como un inconveniente.

Pero también la privada está vinculada por el interés general, al menos, en cuanto que no sería legal una actuación privada que lo contradijera. Entonces, el interés general es un límite negativo frente de la iniciativa privada.

* La igualdad con la iniciativa privada significa que la iniciativa pública actúa en el mercado bajo las mismas condiciones que la privada.

Tiene que respetar las mismas reglas, los postulados que regulan el mercado; y en concreto, las normas de represión de la competencia desleal y las prácticas restrictivas de la competencia.

La diferencia principal en las condiciones que soportan la iniciativa privada y la iniciativa pública se encuentra en los beneficios fiscales y en el sistema de financiación privilegiado de que goza la iniciativa pública y de la que carece la iniciativa privada.

Reflexión: En cuanto ambos agentes actúan en el mercado en condiciones parejas, ese sistema privilegiado de financiación -que sale del mismo bolsillo del contribuyente- tendría que ser revisado para garantizar la igualdad entre ambas iniciativas.

Es verdad que el interés general podría justificar esa diferencia, pero no hay que olvidar que la financiación sale de los particulares que, frente a esa opción, pudieran preferir el aprovechamiento de ese dinero por sí mismos y para su propia iniciativa.

Precisamente las distintas ideologías económicas difieren al decidir qué agente económico aprovecha mejor unos mismos recursos.

B. *Límites a la libertad de empresa.*

1. La intervención del Estado en la economía, según acabamos de ver, ha de considerarse el primer límite, general, a la libertad de empresa, aunque esta intervención se produzca en (hipotética) igualdad de condiciones.

2. La Constitución reconoce e impone más límites específicos forma expresa o implícita.

Hay 3 límites absolutos:

A* La posibilidad de reservar determinados recursos o servicios esenciales para el sector público (art. 128.2 CE).

De esta forma se legitima la creación de monopolios públicos respecto a ciertos servicios o recursos. Esta es la excepción a la regla que es la competencia y la ausencia de monopolio.

La reserva tiene que versar sobre recursos esenciales. Es la política social o económica del Gobierno la que decide a qué recurso o servicio es esencial. Esta facultad del Gobierno se ampara en la cláusula del Estado social. La esencialidad es un atributo dinámico, porque su significado y atribución cambia según el momento.

Reflexión:

Se observa de nuevo la arbitrariedad del sector público, cuya intervención voluntaria puede alterar por completo las fuerzas del mercado excluyendo un servicio o recurso de ese mercado. Aunque la Constitución guarda silencio parece que los perjudicados directos (empresarios excluidos) podrían exigir una indemnización de daños que no incluya el lucro cesante (los beneficios dejados de obtener con toda probabilidad), y sí solo el daño emergente o el daño que realmente se ha producido al excluir del mercado un servicio.

Matización:

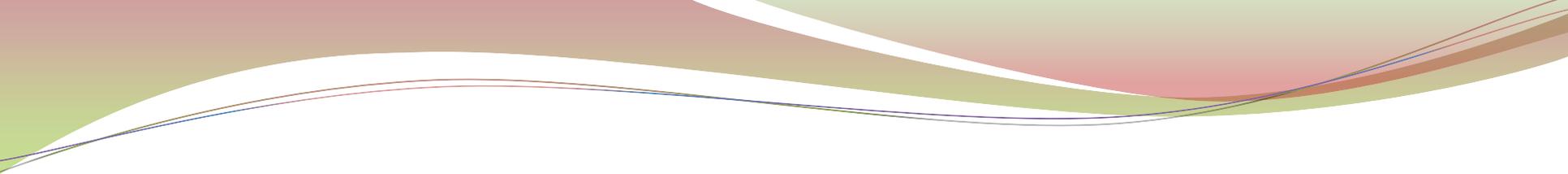
El Derecho europeo exige la liberalización del mercado y la reducción de la iniciativa e intervención del Estado. Restringen especialmente los monopolios estatales. De todo esto puede esperarse una reducción paulatina de este ámbito de reserva estatal de recursos esenciales conforme se desarrollen las privatizaciones de empresas públicas y se liberalicen los sectores económicos antes reservados al Estado. No obstante, la vigencia de esta norma constitucional seguirá autorizando la creación de monopolios en tanto no se modifique.

B* La expropiación de empresas.

Se produce por causa justificada de utilidad pública o de interés social. Exige indemnización o justiprecio. (art. 33.3 CE).

C* La intervención de empresas.

La intervención pública o del Estado en el gobierno y funcionamiento de empresas por completo privadas sólo es admisible cuando así lo exija el interés general (art. 128.2 CE) (por ejemplo, caso Banesto).



Tema 8

La libertad de empresa: El Derecho de la competencia

Objetivos

- Conocer el sistema de la Constitución económica
- Entender las consecuencias y los límites de la libre competencia
- Saber que régimen se aplica a un ilícito concurrencial concreto
- Conocer el marco jurídico de la defensa de la competencia y la competencia desleal
- Distinguir las conductas que vulneran la defensa de la competencia
- Conocer el funcionamiento de la Comisión Nacional de la Competencia
- Conocer la estructura de la Ley de competencia desleal, para poder aplicarla.
- Poder determinar qué comportamiento son desleales
- Situar la posición del consumidor ante la competencia desleal

Contenidos

1. Constitución económica y sistema económico
2. El principio de libre competencia
3. Régimen jurídico de defensa de la competencia
4. La competencia desleal

1. Constitución económica y sistema económico

- **CE y TCEE**

- Contienen una serie de preceptos destinados a proporcionar el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica (= Constitución económica)
- La CE no contiene un sistema económico determinado, sino que ésta se caracteriza por la flexibilidad, término que no ha de confundirse con neutralidad

1. Constitución económica y sistema económico

Constitución económica en sentido estricto

- Art. 38 CE (libertad de empresa en el marco de la economía de mercado) y los arts. 12 (principio de no discriminación) y 43 y 46 (libertad de establecimiento y libre prestación de servicios) del TCEE que, implícitamente, reconocen la libertad de empresa en el espacio UE a todos los ciudadanos de la Unión.
- Arts. 38 in fine (libertad de empresa) y 128 de la CE (subordinación de la riqueza nacional al interés general, reconocimiento de la iniciativa pública y reserva de recursos y servicios esenciales); en el marco del art. 86.2 (ex art. 90.2) del TCEE (somete las intervenciones productivas de los poderes públicos a la competencia)
- Art. 33 CE, donde se reconoce el derecho a la propiedad privada

1. Constitución económica y sistema económico

La doble vertiente vigente hoy en día en nuestra economía alcanza así reconocimiento constitucional:

- La propiedad privada de los medios de producción y la libertad de empresa, derechos de todos los ciudadanos que les permiten decidir libremente si participan en el mercado produciendo bienes o prestando servicios
- Consecuencia de la crisis del pensamiento liberal, la participación de los poderes públicos en la economía, bien normativa, bien productiva, que modula en cierto sentido el derecho a la libertad de empresa, disponible por los poderes públicos en beneficio de otros bienes jurídicos protegidos -por ejemplo, obligación pública de contabilidad en defensa de la transparencia del mercado o de la responsabilidad frente a partícipes y/o acreedores- y necesitado, igualmente, de la intervención de los poderes públicos para su preservación -Derecho de la competencia-

1. Constitución económica y sistema económico

Núcleo central de la Constitución económica



El derecho reconocido a todo ciudadano en el art. 38 CE a la libertad de empresa, puesto que recoge los dos aspectos presentes hoy en día en la materia mercantil: lo privado, en cuanto reconocimiento de una libertad de los ciudadanos, y lo público, en cuanto que esta libertad está subordinada al interés general

1. Constitución económica y sistema económico

De la positivización de la libertad de empresa destacan cuatro aspectos:

- a) La libertad de empresa no viene calificada
- b) Protección del espacio libre y abierto (el mercado) donde se ejerce la libertad de empresa
- c) Compatibilidad de la libertad de empresa con el interés público
- d) Regulación de las condiciones del mercado

2. El principio de libre competencia

- La libertad de empresa tiene una doble dimensión:
 - Derecho social: protege la competencia como institución
 - Derecho subjetivo: núcleo central de derechos de garantía de libertad individual; derecho de todos los ciudadanos
- Este concepto mixto conduce a que califiquemos la libertad de empresa como un **derecho subjetivo disponible** pues debe estar orientada a la consecución de fines de interés general; no obstante debe respetarse el contenido esencial

2. El principio de libre competencia

Contenido de la libertad de competencia
→ LA LIBRE INICIATIVA ECONÓMICA

Libertad de acceso al ejercicio de cualquier actividad económica lícita

Libertad de ejercicio

Libertad de cese de la actividad, respetando los derechos de los terceros

Libertad de decisión

Libertad de autoorganización

Libertad de competencia

2. El principio de libre competencia

Contenido esencial de la libertad de competencia
→ LA COMPETENCIA ECONÓMICA

= modelo de competencia imperfecta, practicable, efectiva, eficiente o funcional

Se puede disponer del contenido de la libertad de empresa, siempre y cuando sea reconocible un sistema económico en el que subsistan idealmente los caracteres de la libertad de empresa (= contenido esencial)

2. El principio de libre competencia

Niveles legislativos de protección de la competencia:

- Primer nivel (autonómico)
 - Normas jurídico-administrativas de las CCAA sobre defensa del consumidor y comercio interior
- Segundo nivel (estatal)
 - Ley de competencia desleal: reprime el ilícito concurrencial
 - Ley de defensa de la competencia: protege la competencia como derecho subjetivo y como institución
 - También Ley General de Publicidad, Ley de Ordenación del Comercio Minorista, etc.

2. El principio de libre competencia

- Tercer nivel de protección (UE)
 - Los Estados no pueden crear medidas equivalentes (art. 30 TCEE) a restricciones a la libre importación o circulación de productos
 - Estas restricciones pueden justificarse solo si se ampara en la protección de derechos de propiedad industrial o intelectual, en el derecho fiscal o en la defensa del interés general
 - En los sistemas de venta y de publicidad rige el ppio. de subsidiariedad: los Estados pueden crear sus propios sistemas, siempre que se aplique por igual a nacionales y comunitarios de otros Estados.
 - arts. 81 y ss TCEE preservan la competencia dentro del mercado común
- Cuarto nivel de protección (internacional)
 - los Estados firmantes de la Organización Mundial del Comercio (OMC) se comprometen a defender la libre y leal competencia

3. Defensa de la competencia

Régimen jurídico:

- UE: arts. 81 y ss. TCEE y derecho derivado
- España: Ley 15/2007, 3 de julio, Defensa de la Competencia (LDC)
- Comunidad Valenciana: Ley 14/2005, de 23 de diciembre, de acompañamiento de los presupuestos crea el TDC valenciano; desarrollado por RD 169/2006, de 10 de noviembre, del Consell, por el que se aprueba el Estatuto del Tribunal de Defensa de la Competencia de la CV

3. Defensa de la competencia (España)

- **Conductas prohibidas:**

- Art. 1 LDC: cualquier acuerdo o recomendación, o práctica concertada que tenga por finalidad o produzca el efecto de limitar, impedir o falsear la competencia (prohibición y nulidad). Esta prohibición no afectará a las conductas que cumplan los requisitos Reglamento UE (81.3 TCEE) o RD del Gobierno español (categorías de acuerdos)
- Art. 2 LDC: la explotación abusiva de una o varias empresas de su posición de dominio en todo o en parte del mercado
- Art. 3 LDC: los actos de competencia desleal cuando por falsear de una manera sensible la libre competencia afecten al interés público
- No obstante, estas prohibiciones no se aplicarán en caso de:
 - Que una ley autorice el comportamiento (art. 4 LDC)
 - Conductas “de minimis” (art. 5 LDC)
 - Declaraciones de inaplicabilidad (art. 6 LDC)

3. Defensa de la competencia (España)

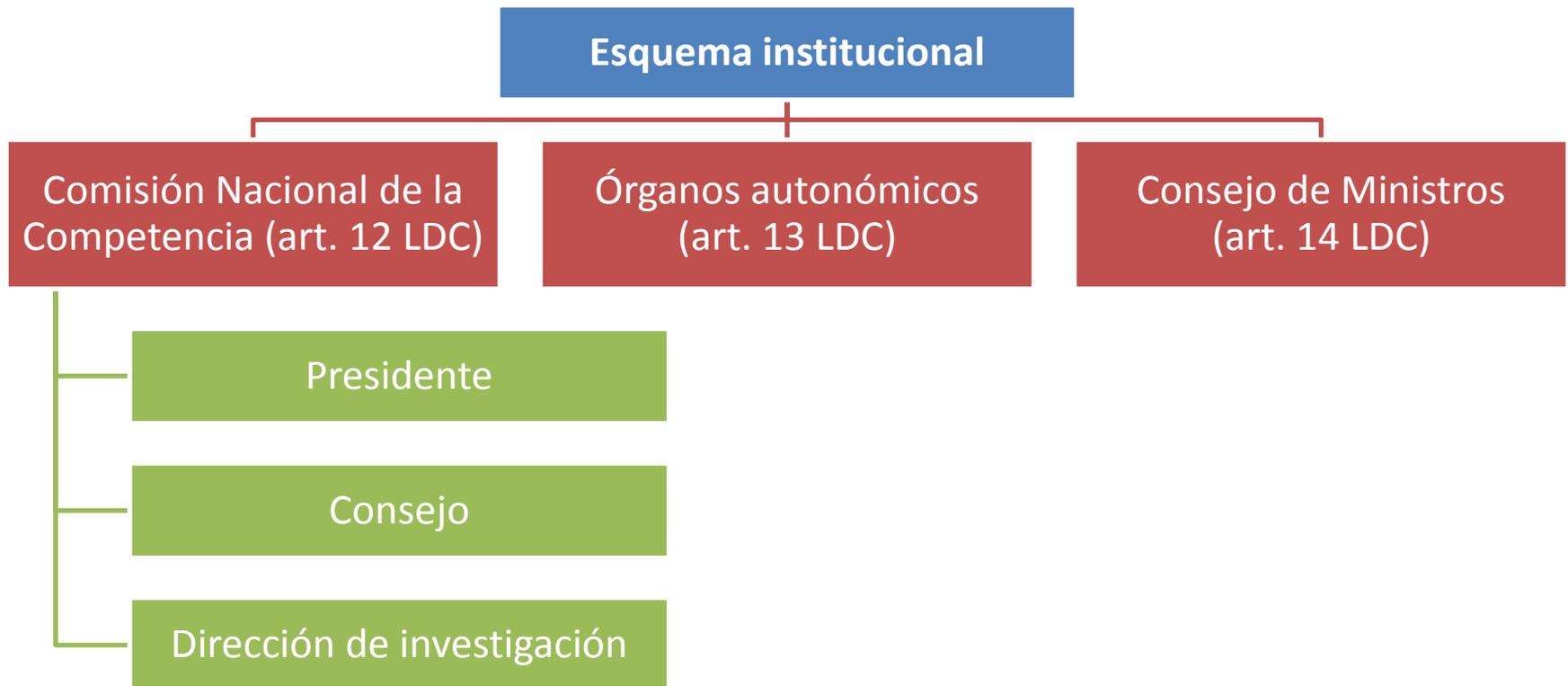
- **Concentraciones económicas**

- Definición (art. 7 LDC): tenga lugar un cambio estable de control de la totalidad o parte de una o varias empresas como consecuencia de una fusión, adquisición o creación de una empresa.
- Ámbito de aplicación: art. 8 LDC establece la dimensión de la operación para que le sea aplicable este régimen
- La empresa está obligada a notificar la concentración (art. 9 LDC)

- **Ayudas públicas**

- Art. 11 LDC: analiza los criterios de concesión de ayudas públicas en relación con sus efectos sobre las condiciones de competencia

3. Defensa de la competencia (España)



3. Defensa de la competencia (España)

- **Procedimientos (arts. 36 y ss LDC)**
- **Régimen sancionador**
 - Sujetos infractores (art. 61 LDC)
 - Infracciones (art. 62 LDC)
 - Multas (arts. 63 a 66 LDC)
 - Multas coercitivas (art. 67 LDC)
 - Publicidad de la sanción

3. Defensa de la competencia (UE)

Normas aplicables a las empresas:

- Prohibición de los acuerdos restrictivos (art. 81 TCEE), aunque determinados acuerdos pueden autorizarse en bloque (Reglamentos de exención por categorías) o individualmente (autorización singular)
- Prohibición de abuso de posición dominante (art. 82 TCEE)
- Las operaciones de concentración, en determinadas ocasiones, pueden quedar prohibidas (Reglamento (CE) n° 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresa)

3. Defensa de la competencia (UE)

Normas aplicables a los poderes públicos:

- Prohibición de fijación de precios, cuando tengan efectos discriminatorios para las importaciones
- Prohibición de concesión de ayudas a empresas públicas y privadas
- Prohibición de dumping
- Prohibición de creación de restricciones legales a la libre circulación de mercancías y medidas equivalentes
- Prohibición de otras restricciones que no sean indispensables para servicios de interés económico general, confiados a una empresa pública o a una empresa privada con derechos especiales (art. 86.2 TCEE)

4. Competencia desleal

- **Régimen jurídico:**

- Ley 3/1991, 10 de enero de, competencia desleal (LCD)
- Modificada por Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios.

- **Ámbito aplicación:**

- Objetivo (art. 1 LCD): el acto se realice en el mercado y con fines concurrenciales
- Subjetivo (art. 3 LCD): tanto empresarios, profesionales, como cualquier operador del mercado

4. Competencia desleal

- **Cláusula general (art. 4 LCD)**

- Es “desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe” = Concepto jurídico indeterminado para nuevos supuestos o conductas poco habituales
- Se precisan las conductas desleales frente a los consumidores: se entenderá contrario a la buena fe el comportamiento del empresario o profesional contrario a la diligencia profesional que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio

4. Competencia desleal

- **Actos de confusión, imitación y parasitarios (arts. 6, 11 y 12 LCD)**
 - La imitación de las prestaciones en el mercado es libre, salvo que esté amparado por un derecho de exclusiva (p. ej. marca)
 - Un acto es desleal cuando genera riesgo de asociación en los consumidores; todo competidor en el mercado tiene derecho a la autoafirmación
- **Actos de engaño (art. 5 LCD)**
 - Cualquier conducta que contenga información falsa o, aun veraz, pueda inducir a error en los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento e incida en algunos aspectos enumerados por la Ley (art. 5.1. LCD)

4. Competencia desleal

- **Prácticas agresivas (art. 8 LCD):**
 - Comportamiento que sea susceptible de mermar de manera significativa, la libertad de elección del consumidor mediante acoso, coacción, uso de la fuerza, o influencia indebida
 - Para determinar si existe práctica agresiva se tendrán en cuenta:
 - El momento y el lugar
 - El empleo de un lenguaje o un comportamiento amenazador o insultante
 - La explotación por parte del empresario o profesional de cualquier infortunio del consumidor
 - Cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos cuando la otra parte desee ejercitar derechos legales o contractuales, incluida cualquier forma de poner fin al contrato o de cambiar de bien o servicio o de suministrador
 - La comunicación de que se va a realizar cualquier acción que, legalmente, no pueda ejercerse

4. Competencia desleal

- **Actos de denigración (art. 9 LCD):**
 - Son desleales aquellas manifestaciones aptas para menoscabar el crédito de un tercero, salvo que sean verdaderas y pertinentes (= carácter personal)
- **Actos de comparación (art. 10 LCD):**
 - Es lícita la comparación pública si cumple:
 - Bienes o servicios tienen misma finalidad o satisfacen mismas necesidades
 - Comparación objetivo sobre características esenciales, pertinentes, verificables y representativas
 - No se presenta como una imitación y no incurre en riesgo de asociación

4. Competencia desleal

- **Actos de agresión directa:**

- Violación de secretos (art. 13 LCD)
 - Divulgación o explotación, sin autorización del titular, de secretos industriales o cualquier otro sobre el que tenga deber de reserva o haya accedido ilegítimamente
- Inducción a la infracción contractual (art. 14 LCD)
 - La inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados a infringir deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores

4. Competencia desleal

- **Violación de normas (art. 15 LCD)**
 - La infracción reporte una ventaja competitiva para el infractor
 - Las disposiciones infringidas tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial
- **Discriminación y dependencia económica (art. 16 LCD)**
 - El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta
 - La explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de una alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad

4. Competencia desleal

- **Venta a pérdidas**

- Art. 17 LCD: declara la licitud de la venta a pérdidas salvo en los supuestos contemplados en el citado precepto
- Art. 14 Ley de Ordenación del Comercio Minorista: prohíbe la venta a pérdidas, salvo en los supuestos previstos en la Ley

Cuestiones a resolver

- En un máximo de 5 líneas, resume un acuerdo o comportamiento restrictivo de la competencia extraído de un expediente de la Comisión nacional de la competencia
- En un máximo de 5 líneas, resume un abuso de posición de dominio extraído de un expediente de la Comisión nacional de la competencia
- ¿Qué significa la “buena fe” en el contexto de la competencia desleal? Pon algún ejemplo
- ¿Es ilícita la comparación pública con los servicios de un competidor haciendo afirmaciones exageradas? Razona la respuesta
- ¿Es ilícito imitar los productos de un competidor que no los tiene patentados, ni registrados por ningún medio? Razona la respuesta
- ¿Cómo podría calificarse jurídicamente la oferta personalizada de servicios funerarios en la puerta del Instituto Valenciano de Oncología (IVO)?
- ¿Qué sucede, desde el Derecho de defensa de la competencia, si la constructora ACS, mediante adquisición de acciones de otras compañías, pretende tomar el control del 40% del mercado español de producción de acero?
- Si no pago a Hacienda, ni a la Seg. Social, y mis trabajadores son todos ilegales y no llegan al salario mínimo ¿estoy realizando competencia desleal? ¿por qué?

Mapa conceptual

Competencia desleal



Constitución española

Sinopsis artículo 38

Título I. De los derechos y deberes fundamentales

Concordancias: Artículos [1.1](#), [9.2](#), [33](#), [40](#), [53](#), [128](#), [131](#), [139.1](#), [149.1](#).

Sinopsis

El derecho a la libertad de empresa reconocido en este artículo forma parte de lo que ha sido denominado como "Constitución económica", cuyos rasgos característicos se resumen de la forma siguiente:

- Abundancia de preceptos constitucionales de naturaleza económica, dentro de los cuáles cabría destacar los llamados principios rectores de la política económica y social.

- Flexibilidad e indeterminación de éstos preceptos, en cuanto pretenden fundamentalmente una Constitución económica abierta y no sometida a modelos económicos fijos.

- Dualismo en la interpretación de los preceptos que comprenden esta Constitución económica, según se interpreten en el marco de la economía general o en función de la distribución territorial del poder a favor de las Comunidades Autónomas.

Pues bien, la libertad de empresa como un derecho o libertad constitucionalmente garantizado es un exponente emblemático de estos principios que acabamos de enunciar, más aún cuando este derecho debe modularse en función de un parámetro como es la economía de mercado, que no contiene un concepto técnico jurídico, sino que se remite a consideraciones de carácter económico con el propósito de establecer el modelo global del sistema económico y social.

Por ello se hace necesario referirse a la doctrina del Tribunal Constitucional para determinar el alcance y contenido de este artículo 38.

La Sentencia 37/1987, de 26 de marzo, señala que esta disposición constitucional garantiza el ejercicio de la libre empresa al tiempo que la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general, entre las que hay que incluir las que pueden imponerse en virtud de determinados bienes o principios constitucionalmente protegidos.

La libertad de empresa deber ejercerse, como ha quedado reseñado, en el marco de la economía de mercado debiéndose entender esta última, de acuerdo con el Tribunal Constitucional, como la defensa de la competencia que constituye un presupuesto y un límite de aquella libertad, evitando aquellas prácticas que puedan afectar o dañar seriamente a un elemento tan decisivo en la economía de mercado como es la concurrencia entre empresas y no como una restricción de la libertad económica" (STC 1/1982, 208/1999, de 11 de noviembre).

El Tribunal Constitucional ha dicho que no solo la economía de mercado es el marco obligado de la libertad de empresa sino además que dicha libertad se halla naturalmente relacionada con la necesaria unidad de la economía nacional y la exigencia de que exista un mercado único que permita al Estado el desarrollo de su competencia constitucional de coordinación de la planificación general de la actividad económica (SSTC 96/1984, 64/1990 y 118/1996). Sin la igualdad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica no es posible alcanzar en el mercado nacional el grado de integración que su carácter le impone (STC 64/1990). Parece pues, innecesario destacar el carácter básico que, la competencia estatal "ex" art. 149.1.13 reviste en cuanto a la defensa de la competencia se refiere, pues nos hallamos ante un elemento definitorio del mercado. Además, la libertad de empresa es no sólo un corolario de lo que hemos denominado "Constitución económica" sino sobre todo una garantía de las relaciones entre empresarios y trabajadores, sin que suponga

limitación alguna a los derechos fundamentales de estos últimos (SSTC 88/1985, 80/2001, 20/2002 y 75/2010, de 19 octubre).

Y es que este artículo 38 viene a establecer los límites dentro de los que necesariamente han de moverse los poderes constituidos al adoptar medidas que incidan sobre el sistema económico de nuestra sociedad. El mantenimiento de estos límites está asegurado por una doble garantía: por un lado, la reserva de ley y por otro, la que resulta de la atribución a cada derecho o libertad de un núcleo del que ni siquiera el legislador puede disponer de un contenido esencial. No determina la Constitución cual debe ser este contenido esencial, por lo que corresponde al Tribunal Constitucional el resolver las controversias que al respecto puedan plantearse. (SSTC [37/1981](#) y [109/2003](#)).

La incorporación de España a la Unión Europea ha tenido, sin duda, en la libertad de empresa un importante apoyo. Las cuatro libertades comunitarias, a saber, libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales, enmarcadas en un sistema de libre competencia real y efectivo constituyen elementos sustanciales de la organización económica que reconoce la Constitución.

En el ámbito interno y consecuencia tanto de la adhesión de nuestro país a las instituciones europeas como al desarrollo de este principio constitucional de la libertad de empresa habría que referirse a la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia como a la [Ley 3/1991, de 10 de enero](#), de Competencia Desleal. Ambos textos contienen constantes referencias a la importancia de la economía de mercado.

En la Exposición de Motivos de la Ley de Defensa de la Competencia pone de manifiesto cómo la existencia de una competencia efectiva entre las empresas constituye uno de los elementos definitorios de la economía de mercado, disciplina la actuación de las empresas y reasigna los recursos productivos en favor de los operadores o las técnicas más eficientes. Esta eficiencia productiva se traslada al consumidor en la forma de menores precios o de un aumento de la cantidad ofrecida de los productos, de su variedad y calidad, con el consiguiente incremento del bienestar del conjunto de la sociedad.

Por ello, resulta preciso disponer de un sistema que, sin intervenir de forma innecesaria en la libre toma de decisiones empresariales, permita contar con los instrumentos adecuados para garantizar el buen funcionamiento de los procesos del mercado.

Con este objeto se promulgó la Ley 16/1989, de Defensa de la Competencia, de 17 de julio, sobre cuya base se ha articulado un sistema basado en la existencia de dos órganos administrativos especializados de ámbito nacional para la lucha contra las prácticas restrictivas de la competencia y el control de concentraciones económicas, el Servicio y el Tribunal de Defensa de la Competencia.

Desde su entrada en vigor, se produjeron modificaciones, algunas de gran calado, y además, se ha aprobado la Ley 1/2002, de 21 de febrero de Coordinación de las Competencias del Estado y las Comunidades Autónomas en materia de defensa de la competencia. En la Unión Europea, en los últimos años se ha producido una importante reforma del marco comunitario de defensa de la competencia, que ha fructificado en el nuevo Reglamento (CE) núm. 139/2004 del Consejo, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas y, sobre todo, en la modernización de la lucha contra las conductas restrictivas de la competencia centrada en el Reglamento (CE) núm. 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea .

La Ley de Defensa de la Competencia de 2007 se dictó para abordar la reforma del sistema español de defensa de la competencia en el sentido de reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlo de los instrumentos y la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados, teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario y las competencias de las Comunidades Autónomas para la aplicación de las disposiciones relativas a prácticas restrictivas de la competencia según lo dispuesto en la Ley 1/2002.

La Ley se estructura en cinco títulos que regulan, respectivamente, las cuestiones sustantivas, los aspectos institucionales, la Comisión Nacional de la Competencia, las cuestiones procedimentales y el régimen sancionador.

El título primero recoge los aspectos sustantivos de los tres tipos de instrumentos principales de esta política: régimen aplicable a las conductas restrictivas de la competencia, principios del control de concentraciones y sistema de seguimiento y propuesta en materia de ayudas públicas.

Por lo que respecta al capítulo primero, relativo a las conductas restrictivas de la competencia, la Ley introduce cambios principalmente en tres líneas. En primer lugar, se aclaran y simplifican los diferentes tipos de infracción. En segundo lugar, se pasa del régimen de autorización singular de acuerdos prohibidos a un sistema de exención legal en línea con el modelo comunitario. En tercer lugar, se aclaran los efectos de la exención legal y el tratamiento de las conductas «de minimis».

En cuanto a los tipos de infracción, se mantiene la prohibición de los acuerdos entre empresas y del abuso de posición de dominio así como del falseamiento de la libre competencia por actos desleales, aclarándose la redacción de este último tipo. Sin embargo, se elimina la referencia específica al abuso de dependencia económica, que ya se encuentra regulado en la Ley 3/1991, de Competencia Desleal, y puede, por tanto, incardinarse en el falseamiento de la libre competencia por actos desleales.

En cuanto al capítulo segundo, relativo a los aspectos sustantivos del control de las concentraciones económicas, la Ley aporta novedades en tres ámbitos principales. En primer lugar, aclara y amplía el concepto de concentración a efectos de control, estableciendo un procedimiento «simplificado» para aquellas operaciones menos susceptibles de afectar a la competencia. En segundo lugar, flexibiliza el régimen de notificación obligatoria con efecto suspensivo en tanto no recaiga resolución favorable de la Administración. Finalmente, refuerza la participación de la Comisión Nacional de la Competencia en el control de concentraciones, limita el papel del Gobierno en el mismo y concreta los criterios de valoración sustantiva que guiarán las decisiones de ambos órganos.

El capítulo tercero se ocupa de las ayudas públicas. En este ámbito se completan las competencias de la Comisión Nacional de la Competencia, que podrá analizar los criterios de concesión de las ayudas desde la perspectiva de la competencia con el fin de emitir informes y dirigir recomendaciones a los poderes públicos. Para ello, se establecen determinadas obligaciones de información a la Comisión Nacional de la Competencia y se prevé expresamente la posible participación complementaria de los órganos competentes de las Comunidades Autónomas mediante la emisión de informes con respecto a las ayudas que concedan las Administraciones autonómicas y locales en el ámbito territorial de su competencia. Todo ello, por supuesto, sin perjuicio del sistema de control por parte de la Comisión Europea previsto en la normativa comunitaria.

El título segundo se ocupa del esquema institucional. El capítulo primero se refiere a los órganos administrativos competentes para la aplicación de esta Ley, con una novedad principal, la creación en el ámbito estatal de una institución única e independiente del Gobierno, la Comisión Nacional de la Competencia, que integrará a los actuales Servicio y Tribunal de Defensa de la Competencia que desaparecen. La Comisión Nacional de la Competencia presenta una estructura piramidal centrada en la existencia de dos órganos separados, la Dirección de Investigación y el Consejo, que realizan con independencia sus respectivas funciones de instrucción y resolución bajo la supervisión y coordinación del Presidente, apoyado en un conjunto de servicios comunes. En el capítulo segundo se prevén mecanismos para la coordinación de todos los órganos administrativos que intervienen en la aplicación de la Ley así como la coordinación con los reguladores sectoriales, con objeto de velar por la coherencia de la política de competencia, la eficiencia en la asignación de los recursos públicos y la seguridad jurídica de los operadores económicos.

El título tercero se refiere a la Comisión Nacional de la Competencia, órgano encargado de aplicar esta Ley, promover y proteger el mantenimiento de una competencia efectiva en todos los sectores productivos y en todo el territorio nacional. En este ámbito, la Ley se estructura en dos capítulos: el primero regula los aspectos generales de la Comisión Nacional de la Competencia y el segundo sus órganos de dirección.

En cuanto a los aspectos generales, recogidos en el capítulo primero, la Ley especifica en primer lugar la naturaleza jurídica y régimen de funcionamiento de la nueva Comisión Nacional de la Competencia, detallando su composición y recursos económicos. En segundo lugar, se recogen las funciones de la nueva Comisión Nacional de la Competencia, tanto instructoras, resolutorias y de arbitraje como consultivas y de promoción y armonización de la defensa de la competencia en los mercados. Finalmente, se incluye una sección sobre la transparencia y responsabilidad social de la

Comisión Nacional de la Competencia, en la que se incide en la publicidad de todas sus actuaciones así como en la especial responsabilidad ante la sociedad por su actuación.

Por lo que se refiere al capítulo segundo, relativo a los órganos de dirección de la Comisión Nacional de la Competencia, dos principios fundamentales rigen su diseño: la independencia de criterio de esta institución con respecto al Gobierno y la separación entre instrucción y resolución. Estos principios han de conjugarse además con la necesidad de coordinar adecuadamente las actuaciones de los órganos encargados de la instrucción y resolución, así como de asegurar la eficacia de la política de competencia como instrumento de política económica.

Por otra parte, la Ley establece la independencia en el ejercicio de las funciones de instrucción o propuesta y resolución por parte de la Dirección de Investigación y del Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia. No obstante, preserva la unidad de actuación y coordinación de todos los servicios y órganos bajo la dirección del Presidente de la Comisión Nacional de la Competencia, que cuenta con amplias funciones, entre otras, la jefatura de todo el personal, los planes plurianuales de inspección y presidir el Consejo de Defensa de la Competencia.

El título cuarto regula los distintos procedimientos tanto por conductas prohibidas como de control de concentraciones. En este ámbito, la reforma se guía por la búsqueda del equilibrio entre los principios de seguridad jurídica y eficacia administrativa. Así, se simplifican notablemente los procedimientos y se separa con claridad, la instrucción y la pura resolución, con lo que se elimina la posible duplicación de actuaciones y los recursos administrativos contra actos que pongan fin al procedimiento.

El capítulo primero recoge las disposiciones comunes a los procedimientos de conductas restrictivas, medidas cautelares y control de concentraciones. En concreto, se detallan las normas en cuanto a plazos máximos para las resoluciones correspondientes a los procedimientos especiales previstos en esta Ley así como las facultades de la Comisión Nacional de la Competencia para recabar información, realizar inspecciones y vigilar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Ley y los recursos que proceden.

El capítulo segundo regula el procedimiento sancionador por conductas restrictivas, con una fase de instrucción por parte de la Dirección de Investigación en la que se realizarán todos los actos precisos para el esclarecimiento de los hechos y se garantizará la contradicción y el derecho de defensa de los denunciados. Tras la elevación del correspondiente informe-propuesta, el Consejo adoptará una resolución, realizadas las actuaciones complementarias de la instrucción que considere precisas, las consultas previstas por la normativa vigente y, en su caso, una vista. En línea con la normativa comunitaria, la Ley introduce la posibilidad de que en dicha resolución se impongan condiciones estructurales.

En cuanto a las medidas cautelares, la Ley flexibiliza y agiliza el sistema para su acuerdo, en cualquier momento del procedimiento y sin plazo máximo de duración.

El capítulo tercero se refiere al procedimiento de control de concentraciones. En este ámbito, la Ley mantiene las dos fases del procedimiento y los reducidos plazos que vienen caracterizando al sistema en España pero asigna la competencia para su instrucción y resolución a la Comisión Nacional de la Competencia. En la primera fase, que durará un máximo de un mes, se analizarán y aprobarán las operaciones que no planteen problemas de competencia. En la segunda fase se realizará un análisis más detallado de la operación, con participación de terceros interesados, con el fin de que el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia adopte la resolución final.

En el procedimiento ante la Comisión Nacional de la Competencia se prevé, junto a la imposición de condiciones, la presentación de compromisos por parte de los notificantes para resolver los posibles problemas de competencia derivados de la concentración así como la posible consulta a terceros interesados sobre los mismos.

En caso de que la resolución del Consejo sea de prohibición o subordinación a compromisos o condiciones, el Ministro de Economía y Hacienda dispondrá de un plazo de quince días para elevar la concentración al Consejo de Ministros para su intervención. El acuerdo final del Consejo de Ministros, debidamente motivado, que podrá autorizar con o sin condiciones la concentración, deberá adoptarse

en un plazo máximo de un mes tras la elevación del expediente, pudiendo solicitarse informe a la Comisión Nacional de la Competencia.

Finalmente, el título quinto recoge el régimen sancionador. En este ámbito, la Ley supone un importante avance en seguridad jurídica por cuanto realiza una graduación de las diversas infracciones previstas por la misma y aclara las sanciones máximas de cada tipo, fijadas en términos de un porcentaje del volumen de ventas totales de los infractores. Asimismo, se especifican los criterios que determinarán la multa concreta en cada caso, en línea con las tendencias actuales en el ámbito europeo. Además, se prevé la publicidad de todas las sanciones impuestas en aplicación de la Ley, lo que reforzará el poder disuasorio y ejemplar de las resoluciones que se adopten.

También se introduce un procedimiento de clemencia, similar al vigente en el ámbito comunitario, en virtud del cual se exonerará del pago de la multa a las empresas que, habiendo formado parte de un cártel, denuncien su existencia y aporten pruebas sustantivas para la investigación, siempre y cuando cesen en su conducta infractora y no hayan sido los instigadores del resto de miembros del acuerdo prohibido. Igualmente, el importe de la multa podrá reducirse para aquellas empresas que colaboren pero no reúnan los requisitos para la exención total.

Una de las cuestiones más controvertidas en relación con el cumplimiento de las normas sobre defensa de la competencia es el régimen de ayudas y subvenciones que puede poner en peligro el principio de igualdad de oportunidades en el mercado. El Tribunal Constitucional ha establecido una doctrina jurisprudencial "completa y estable" en materia subvencional que podemos resumir en tres puntos:

- * El Estado no dispone de un poder para subvencionar de carácter general, entendido como poder libre o desvinculado del poder competencial.
- * La técnica de reparto territorial de las subvenciones para su gestión descentralizada resulta la más ajustada al modelo diseñado por la Constitución.
- * Las dotaciones presupuestarias deben territorializarse en los Presupuestos del Estado.

Esta doctrina se recoge, entre otras, en SSTC 13/1992, 79/1992, 330/1993, 213/1994, 59/1995, 16/1996, 68/1996, 109/1996, 70/1997, 71/1997 y 175/2003.

La [Ley 3/1991, de 10 de enero](#), de Competencia Desleal obedece, como expresamente declara su Preámbulo tanto a homologar nuestro ordenamiento concurrencial con el de los países de nuestro entorno geográfico y económico, especialmente con aquellos de la Comunidad Europea como a la necesidad de adecuar dicho ordenamiento de la competencia a los valores que han cuajado en nuestra Constitución económica.

Y continúa el Preámbulo "la Constitución española de 1978 hace gravitar nuestro sistema económico sobre el principio de libertad de empresa y, consiguientemente, en el plano institucional, sobre el principio de libertad de competencia. Por ello, el legislador tiene la obligación de establecer los mecanismos precisos para impedir que tal principio pueda verse falseado por prácticas desleales, susceptibles de perturbar el funcionamiento concurrencial del mercado".

La ley de Competencia Desleal ha sido profundamente reformada por Ley 29/2009, de 30 de diciembre que modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios, reforma en su mayor parte debida a la necesidad de incorporar la Directiva 2005/29/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones con los consumidores en el mercado interior, y la Directiva 2006/114/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa. La incorporación al Derecho español de estas directivas, que lleva a cabo esta Ley, ha comportado una modificación importante de otras leyes: el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que lleva esta protección al ámbito de la Ley anterior; la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

La Ley de Competencia Desleal establece en su Capítulo I, bajo el nombre de Disposiciones Generales, los elementos del ilícito competencial, aplicables a todos los supuestos concretos tipificados en el Capítulo II a excepción de la violación de secretos industriales, a los que se refiere el

artículo 13 de esta norma. Así, para que exista acto ilícito contra la lealtad en la competencia basta que se cumplan las dos condiciones siguientes: a) que el acto tenga lugar en el mercado, es decir que tenga trascendencia externa y b) que se lleve a cabo con fines concurrenciales, es decir que tenga como finalidad promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero. Sin embargo, el núcleo dispositivo de la Ley se ubica en el Capítulo II donde se tipifican las conductas desleales, recogiendo una cláusula general que contiene los criterios para valorar la deslealtad del acto así como también actos concretos de competencia desleal como prácticas de confusión (artículo 6), denigración (artículo 9), explotación de la reputación ajena (artículo 12), engaño (artículo 7), discriminación (artículo 16) y venta a pérdida (artículo 17) entre otros.

Los Capítulos III y IV establecen los mecanismos sustantivos y procesales para mantener la competencia. Así, en el Capítulo III se recoge un listado de acciones que podrán ejercerse contra los actos de competencia desleal (artículo 18). Respecto del procedimiento cabría destacar el catálogo de diligencias previas encaminado a facilitar al demandante la obtención de la información necesaria para preparar el juicio. Las medidas cautelares previstas en el artículo 25 y las especialidades en materia probatoria del artículo 26 han sido derogadas por la Disposición Derogatoria Única (número 2.11^º) de la [Ley 1/2000, de 7 de enero](#), de Enjuiciamiento Civil.

Finalmente hay que subrayar, respecto de este artículo 38 de la Constitución que estamos comentando, que la protección de la libertad de empresa y de la defensa de la productividad garantizada por los Poderes públicos de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso de la planificación, es una fórmula que de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 29/1986), debe ser interpretada en el conjunto del texto de la Constitución con especial referencia al artículo 131 y su apelación a una opción planificadora, que como consecuencia de la experiencia de los últimos años ha variado enormemente, no pudiendo entenderse como un "instrumento operativo general del Estado" sino, por el contrario, como una programación de desarrollo regional elaborada por las Comunidades Autónomas y coordinada por el Estado.

Por lo que hace a la [bibliografía](#) deben citarse las aportaciones de Ruiz-Rico, Martín Bassols, García Pelayo, Entrena, Ariño, Aznar, Rubio, entre otros.

Sinopsis realizada por:

José Luis Ruiz-Navarro Pinar, Letrado de las Cortes Generales. Abril, 2004.

Actualizada por Sara Sieira, Letrada de las Cortes Generales. Enero, 2011.

Copyright © 2003 Congreso de los Diputados.

Informe 47/99, de 21 de diciembre de 1999. "Naturaleza de los contratos cuyo objeto consiste en la organización y desarrollo de cursos de idiomas en el extranjero para becarios del Ministerio de Educación y Cultura y, en su caso, exigencia de clasificación." (ver informe en 4.1.)

4.1. / 5.1. Conceptos generales.

ANTECEDENTES

1. Por la Directora General de Formación Profesional y Promoción Educativa del Ministerio de Educación y Ciencia se remite a la Junta Consultiva de Contratación Administrativa el siguiente escrito:

"Desde hace ya cinco años se viene produciendo la contratación de cursos de idiomas en el extranjero por parte de esta Unidad. Estos contratos se venían considerando como de servicios e incluidos en el Título IV de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas. Se adjunta con esta petición de informe una fotocopia de los Pliegos de Cláusulas Administrativas de uno de estos contratos.

Surge sin embargo, la duda de si realmente estos contratos tienen la naturaleza que se les ha venido otorgando tradicionalmente, es decir, si se trata de contratos de servicios. Una alternativa podría ser considerarlos de trabajos específicos y concretos no habituales, si bien éstos contratos parece que deben ser realizados por personas físicas, lo que no es el caso que nos ocupa. Parecería entonces que se tratarían de contratos de servicios, aunque hay que tener en cuenta que estos servicios no son prestados a la Administración, sino a los alumnos que son destinatarios de las ayudas convocadas por el Ministerio de Educación y Cultura.

En el caso de que fueran considerados como contratos de servicios, sería de interés que por parte de ese Órgano Consultivo se determinara, a efectos de la clasificación que pudiera exigirse en los Pliegos, la categoría en la que estarían integrados. Podría mantenerse que es la 24. del Artículo 208, de la Ley 13/1995, "Educación y formación profesional", pues esta es la prestación fundamental del contrato, aún cuando la organización de estos cursos incluye otros elementos además de los puramente lectivos, como es el alojamiento de los participantes, el transporte, excursiones y la contratación de una póliza de seguro que cubra los riesgos relacionados con las actividades que se realicen durante el curso.

Otra tercera alternativa sería considerar estos contratos como de naturaleza administrativa especial, según lo descrito en el artículo 5.2.b) de la ya mencionada Ley 13/1995, por el carácter complejo de la prestación solicitada por la Administración, que hace difícil su clasificación en ninguna de las categorías del Título IV.

Por todo ello, ruego que elabore un informe acerca de la naturaleza jurídica de estos contratos, para proceder a la preparación de los correspondientes Pliegos de Cláusulas Administrativas".

2. Conforme se indica en el anterior escrito se acompaña al mismo el denominado pliego de cláusulas administrativas particulares que rigen el contrato administrativo de servicios relativo a la organización y realización para 2.000 alumnos becarios del Ministerio, de un curso de lengua inglesa en Gran Bretaña en el verano de 1999, del cual, a efectos del presente informe, interesa destacar el contenido de las siguientes cláusulas:

a) 1. Régimen jurídico.

1.1. El contrato a que se refiere el presente pliego tiene la calificación de contrato de servicios de conformidad con lo dispuesto en los

artículos 5.2. a) en relación con el 197.3 de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (B.O.E. del 19).

b) 2. Objeto del contrato.

2.1. El presente contrato tiene por objeto la prestación, durante el verano de 1999, de los servicios que de forma pormenorizada se enumeran en el Pliego de Prescripciones Técnicas Particulares respectivo y que consisten en la organización y realización de un curso de lengua inglesa para 2000 alumnos becarios del Ministerio, en el mes de agosto de 1999, en el Reino Unido de Gran Bretaña. Distribuidos en 4 lotes independientes de 500 alumnos cada uno, que podrán ser adjudicados por la Administración de forma separada o conjunta, sin rebasar el límite fijado en la cláusula 2.2. siguiente.

c) 7. Capacidad para contratar

7.4. Para celebrar el presente contrato, los licitadores deberán haber obtenido de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Ministerio de Economía y Hacienda la siguiente clasificación:

Grupo III, Subgrupo 8, Categoría D

o alternativamente:

Grupo III, Subgrupo 3, Categoría D

Las empresas extranjeras y las Uniones Temporales de empresas, deberán cumplir lo que específicamente se prevé en la cláusula 9.3 del presente Pliego.

d) 9. Documentación exigible

9.4. Sobre "C" Requisitos técnicos. Contendrá los siguientes documentos:

1. - Medios organizativos, técnicos, de infraestructura y personales afectados de modo permanente a la empresa.

2. - Memoria detallada del programa que se oferta con justificación del cumplimiento de lo establecido en el Pliego de Prescripciones Técnicas, citando expresamente:

2.1. Las ciudades y centros donde se desarrollarán las actividades. Los centros relacionados, para los que se concretará nombre y dirección completa, así como su situación en un plano, no podrán ser modificados más que en casos de fuerza mayor libremente apreciados por el Ministerio de Educación y Cultura. Las empresas licitadoras deberán incluir como reservas dos centros por cada grupo de 500 alumnos para cubrir este tipo de contingencias.

A tal efecto, deberá incluir el compromiso por escrito de todos los Directores del Centro docentes implicados, en el sentido de la plena disponibilidad del Centro a favor de la empresa licitadora que presenta la oferta, para llevar a cabo la actividad docente en las fechas establecidas. En Anexo número III se establece el modelo establecido al efecto.

2.2. Plan de transporte, con indicación específica de días, horarios de viaje y empresas de transporte, así como los otros medios complementarios utilizados para acceder al destino definitivo.

2.3. Informe pormenorizado sobre el contenido pedagógico de los cursos, con especial referencia a los aspectos orales y prácticos del aprendizaje del idioma inglés y material didáctico a utilizar.

2.4. Número de monitores encargados de la asistencia a los alumnos, así como un informe sobre su cualificación y experiencia.

2.5. Determinación del equipo y medios a emplear en el desarrollo del programa, con expresión de la persona responsable. Asimismo, deberá cumplimentarse la declaración que se incluye como Anexo número IV.

2.6. Enumeración y descripción de las actividades complementarias.

2.7. Declaración sobre las características de la póliza de seguros a contratar en caso de resultar adjudicatarios del concurso que, en ningún caso, podrán ser inferiores a las fijadas como mínimos por la Administración en el Pliego de Prescripciones Técnicas. A tal efecto se cumplimentará el modelo Anexo V.

2.8. Cualquier otro elemento que pueda mejorar la calidad del programa o cualquier otro documento técnico que pueda servir para ponderar la experiencia profesional de la empresa.

3. Asimismo se acompaña al escrito de consulta el denominado pliego de prescripciones técnicas que han de regir el mismo contrato en el que sus diversas cláusulas se van detallando siete apartados relativos a aspectos educativos, traslados, alojamiento y manutención, actividades complementarias, seguro, información y otros.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

1. De los términos en que aparece redactado el escrito de consulta se desprende que son dos las cuestiones planteadas en el presente expediente consistiendo la primera en determinar la naturaleza jurídica, es decir el tipo, del contrato relativo a la organización y realización para alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura de cursos de idiomas en el extranjero y la segunda, consecuencia de la anterior, en determinar la clasificación exigible para estos contratos.

2. La determinación de la naturaleza jurídica o tipo de los contratos administrativos, como de los contratos en general, ha de realizarse partiendo de su objeto concreto y del contenido de las prestaciones de las partes y, en el presente caso, dado que la obligación principal de la Administración consiste en pagar el precio del contrato, de las prestaciones a que se obliga el contratista.

Descartando, sin necesidad de razonamiento alguno, que el tipo de contrato que se examina pueda ser un contrato de obras, de gestión de servicios públicos, de suministro o de consultoría y asistencia, las posibilidades restantes, de conformidad con la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas han de quedar reconducidas a determinar si el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idiomas en el extranjero para becarios del Ministerio constituye un contrato de servicios, un contrato de trabajos específicos y concretos no habituales o un contrato administrativo especial, posibilidades que, por otra parte, son las tres únicas que se manejan en el propio escrito de consulta.

3. El artículo 197.3, letra a), de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas define los contratos de servicios como "aquéllos en los que la realización de su objeto sea:

- a) De carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquiera otro de naturaleza análoga, siempre que no se encuentren comprendidos en los contratos de consultoría y asistencia trabajos específicos y concretos no habituales o en alguno de los regulados en otros Títulos de este Libro.
- b) Complementario para el funcionamiento de la Administración.
- c) De mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes equipos e instalaciones.
- d) Los programas de ordenador desarrollados a medida para la Administración, que serán de libre utilización por la misma".

El dato decisivo de que los servicios o actividades que integran el contenido del contrato para el contratista no se realicen directamente para la Administración sino para los alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura determina la imposibilidad de encaje de dicho contrato en el artículo 197.3, letra a) que sería el procedente, ya que puede afirmarse que el servicio, servicios y actividades que integran el contenido del contrato no pueden ser calificados como servicios de carácter técnico, económico, industrial, comercial o de naturaleza análoga prestados a la Administración, confirmándose esta primera conclusión por el carácter heterogéneo, al que posteriormente aludiremos, de las prestaciones del contratista, que impedirían hablar, incluso de actividades de servicio o de prestaciones objeto específico de los contratos administrativos típicos.

4. Los contratos para la realización de trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración se caracterizan en el artículo 197.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como los que no estando incluidos en los dos apartados anteriores (consultoría y asistencia y servicios) "se celebren excepcionalmente por la Administración cuando su objeto no pueda ser atendido por la labor ordinaria de los órganos administrativos".

El origen concreto de estos contratos reflejado en el Real Decreto 1465/1985, de 17 de julio, para atender fundamentalmente a la contratación con profesionales, su configuración actual en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas declarando su carácter excepcional y con una definición residual y puramente negativa que ha permitido a esta Junta Consultiva de Contratación Administrativa afirmar que "los contratos que se refieren a actividades docentes o relacionados con la docencia constituyen uno de los supuestos, quizá el único, de contratos de trabajos específicos y concretos no habituales a que se refiere el artículo 197.4 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (informe de 18 de diciembre de 1996, expediente 68/96) y su proyección futura en el proyecto de modificación de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que suprime este tipo de contratos y viene a configurar las actividades docentes como objeto de contratos de consultoría y asistencia y que si bien no puede tenerse en cuenta como norma jurídica en vigor pero sí como importante elemento interpretativo, conducen a la conclusión de que el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idiomas en el extranjero para alumnos becarios del Ministerio tampoco puede considerarse contrato de trabajos específicos y concretos no habituales, debiendo añadirse, para eliminar ésta última calificación, el carácter heterogéneo de las prestaciones del contratista, en el sentido anteriormente reflejado para los contratos de servicios de no poder constituir el objeto específico de contratos administrativos típicos.

5. Los contratos administrativos especiales se definen en el artículo 5.2.b de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas como los de objeto distinto a los anteriormente expresados (obras, gestión de servicios públicos, suministros, consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales) "pero que tengan naturaleza administrativa especial por resultar vinculados al giro o tráfico específico de la Administración contratante, por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla o por declararlo así una Ley".

Resulta evidente, en el presente caso, que no existe ninguna Ley que declare el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idioma en el extranjero para alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura contrato administrativo especial, pero también lo es que concurren las otras dos características que permiten tal calificación, pues el tipo de contrato que venimos examinando resulta vinculado al giro o tráfico específico del Ministerio de Educación y Cultura y satisface de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia del citado Ministerio, por lo que no existe dificultad alguna para la calificación del contrato como administrativo especial.

Tal conclusión viene confirmada, además, por el carácter heterogéneo de las prestaciones del contratista que constituye su objeto. De las distintas cláusulas del pliego de cláusulas administrativas particulares y de prescripciones técnicas para la adjudicación del contrato resulta que el mismo supone para el contratista las obligaciones de realizar por sí o a través de empresas el transporte de los alumnos, cumpliendo la normativa vigente en materia de transportes; organizar los cursos eligiendo los Centros y estableciendo el contenido pedagógico; aportar el equipo y medios necesarios para la ejecución del contrato, contratando el personal necesario para atender a sus obligaciones, entre éste, un número determinado de monitores y uno de ellos, para cada ciudad, para la asistencia permanente bilingüe las 24 horas del día; organizar actividades deportivas dos tardes a la semana, dos excursiones de medio día y una de día completo y desarrollar actividades culturales; atender las posibles necesidades especiales de alumnos que presenten alguna discapacidad física y sensorial, y, finalmente, suscribir una póliza de seguros con una compañía del ramo, a favor de todos los alumnos participantes, que cubra las contingencias que se detallan en la cláusula quinta del pliego de prescripciones técnicas.

Del contenido de las prestaciones que ha de realizar el contratista fácilmente se comprende que el objeto del contrato, como anticipábamos, no puede ser el específico de un contrato de servicios o de trabajos específicos y concretos no habituales, sino que conviene más a un contrato administrativo especial, que legalmente no tiene limitación de objeto, lo que unido a su encaje en la definición del artículo 5.2.b de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas permite concluir que el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idiomas en el extranjero para alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura debe configurarse como contrato administrativo especial, descartando, por el contrario, que se trate de un contrato de servicios o un contrato de trabajos específicos y concretos no habituales.

6. La conclusión sentada permite resolver sin dificultad la segunda cuestión suscitada dado que en los contratos administrativos especiales no es exigible el requisito de la clasificación como se desprende de la actual redacción del artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que solamente exige tal requisito para los contratos de cuantía igual o superior a 20.000.000 de pesetas de obras y de servicios, con excepción, respecto de éstos últimos, de los incluidos en las categorías 6, 21 y 26 del artículo 207 de la propia Ley. Por lo demás, la declaración expresa de que en los contratos administrativos especiales no resulta exigible clasificación se incorpora al Acuerdo de esta Junta de 17 de marzo de 1999, por el que se sientan criterios para la inclusión en subgrupos de las actividades de empresas consultoras y de servicios, hecho público por Resolución de 22 de marzo de 1999 de la Dirección General del Patrimonio del Estado insertada en el Boletín Oficial del Estado, número 84, de 8 de abril de 1999.

CONCLUSIÓN

Por lo expuesto, la Junta Consultiva de Contratación Administrativa entiende que el contrato relativo a la organización y realización de cursos de idiomas en el extranjero para alumnos becarios del Ministerio de Educación y Cultura debe configurarse como contrato administrativo especial, sin que proceda, en consecuencia, exigencia de clasificación, aunque su cuantía sea igual o superior a 20.000.000 de pesetas, de conformidad con el artículo 25 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.

**FIGURAS CONTROVERTIDAS EN LA APLICACIÓN DE
LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES Y SU
REGLAMENTO DE DESARROLLO.-**

Carlos Cubillo Rodríguez
Doctor en Derecho
Letrado del Tribunal de Cuentas

I. **INTRODUCCIÓN: DELIMITACIÓN LEGAL DE LAS DIVERSAS FIGURAS JURÍDICAS SUJETAS A LA LEY GENERAL DE SUBVENCIONES Y A SU REGLAMENTO.**

Decía Kierkegaard que la vida sólo se comprende mirando hacia atrás pero hay que vivirla hacia delante. Por eso me gustaría iniciar el examen de este régimen jurídico dando unas breves pinceladas de la situación inmediatamente anterior al mismo.

Dicha situación venía caracterizada por dos rasgos merecedores de una valoración jurídica negativa.

1º.- No existía un adecuado tratamiento normativo de la “**identidad de subvención**”. Sabíamos que eran ayudas públicas, pero también lo eran por ejemplo las exenciones y demás beneficios fiscales o las becas.

¿Qué singularizaba a la subvención respecto a las demás ayudas públicas?.

El primer intento moderno de dar una definición legal a las subvenciones fue el del artículo 81 del TRLGP, tal y como quedó redactado de acuerdo con la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 1991.

El problema es que este precepto:

- No distinguía a las subvenciones de las demás ayudas públicas.
- Provocaba cierta confusión mezclando el origen presupuestario de los fondos afectados con su posible titularidad por parte de la Unión Europea.

Las subvenciones sí fueron objeto, en cambio, de definición específica y singularizada en el artículo 1.1 de la **Ley 2/1995, de 8 de marzo de la Comunidad de Madrid.**

Pero tampoco este concepto legal nos resultaba suficiente:

- Por su ámbito territorial: Sólo la Comunidad de Madrid.
- Por su ámbito objetivo: “Sólo a los efectos de esta Ley”.

El Plan General de Contabilidad Pública, aprobado por **Orden de 6 de mayo de 1994**, también recogía en su glosario de términos una definición de subvención pública. En su caso el problema radica en el rango reglamentario y no legal de la norma que aprueba esa definición.

La Unión Europea, por su parte, define las subvenciones en el **Reglamento 2026/97**, del Consejo, pero el concepto que da, en línea con el que aparece en el **Acuerdo Internacional relativo a la aplicación de los artículos VI, XVI y XXIII del GATT**, está orientado a la defensa de la libre competencia, por lo que constituye una definición demasiado amplia que puede cobijar prácticamente a todas las ayudas públicas.

2º.- El régimen jurídico regulador de las subvenciones públicas en España estaba disperso en normas de rango y contenido material diverso. Faltaba una Codificación y una sistematización de toda esta compleja normativa.

El Libro “**Régimen Jurídico de las Subvenciones Públicas**”, de José Pascual García, contiene la siguiente afirmación: *“Al no existir en nuestro país una Ley General de Subvenciones, la normativa aplicable se encuentra dispersa en variadas disposiciones. Ello origina una dificultad en su conocimiento y, lo que es más grave, una cierta inseguridad, tanto en los gestores públicos como en las entidades, empresas y particulares que las perciben, los cuales pueden incurrir, si no las aplican o justifican correctamente, en diversos tipos de responsabilidad: Penal, contable y administrativa”*.

Esa inseguridad –esto ya lo añadido yo- se extendía a los órganos de control de la actividad económico-financiera del Sector Público. No es causalidad que el Tribunal de Cuentas se haya manifestado con rotundidad a favor de una Ley General de Subvenciones en diversos momento entre los que cabe destacar:

- a) Moción a las Cortes Generales de 29 de julio de 1993.
- b) Conclusiones del Seminario de Toledo de 1996.

El informe sobre el fraude en España, publicado en los años 90 por el Instituto de Estudios fiscales, reconocía la existencia –sólo en el ámbito estatal- de hasta 200 procedimientos distintos en materia de concesión, justificación, control y reintegro de subvenciones.

El tratamiento jurídico de las subvenciones públicas en España, antes de esta nueva Ley, no permitía una clara identificación de esta concreta ayuda pública ni un régimen codificado y sistematizado regulador de la misma.

Es verdad que esta situación era muy común en el Derecho comparado. En Francia y en Italia puede considerarse muy similar. En Alemania algo mejor, pero con el problema de que el concepto de subvención y su régimen regulador sólo se definían con claridad a efectos penales. Quizá los dos ejemplos que constituyen excepciones a este desolador panorama sean las legislaciones de Bélgica y Suiza.

La Ley General de Subvenciones 38/2003, de 17 de noviembre y su Reglamento aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, siguieron la máxima de Kierkegaard y, teniendo muy en cuenta los problemas que había suscitado la deficiente normativa que les había precedido, aportaron una delimitación exhaustiva del concepto de subvención y del régimen jurídico aplicable a esta figura jurídica y a otras de carácter más o menos similar.

No sería justo negar que ello ha supuesto un avance notable de nuestro Derecho Público y un apoyo a la transparencia y al rigor en la concesión, gestión, justificación, control y reintegro de estas ayudas públicas.

Sin embargo, para no dejar las referencias filosóficas, llegados a este punto conviene no olvidar la estimulante frase de nuestro Miguel de Unamuno: “No dejes que el pasado sea el tirano de tu futuro”.

La delimitación del concepto legal de subvención y del ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones y de su Reglamento que ha aportado el legislador de 2003 y 2006, en mi opinión es consecuencia directa de las sombras de la normativa anterior que pretendió disipar. El pasado ha sido tirano de esta nueva normativa y ello ha supuesto que el modelo de concreción de la operaciones que

quedan bajo este régimen general y de las que quedan fuera del mismo sea demasiado complejo y prolijo, lo que no siempre es causa de eficacia.

Para poder abarcar este modelo, tenemos que conectar los siguientes preceptos:

- Todo el Capítulo I del Título Preliminar de la Ley, dedicado al ámbito de aplicación de la misma.
- Las siguientes Disposiciones Adicionales de la Ley: quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décimosexta, décimoctava y décimonovena.
- Todo el Capítulo I del Título Preliminar del Reglamento, dedicado al ámbito de aplicación del mismo.
- Las siguientes Disposiciones Adicionales del Reglamento: Primera, Segunda y Décima.

El modelo, por tanto, al margen de matices aplicables de otros preceptos de la Ley y del Reglamento de Subvenciones y del complemento normativo procedente de otras disposiciones de Derecho Público es consecuencia, al menos, del contenido conexo de 28 preceptos distintos.

¿Cómo podemos sistematizar este diseño jurídico?

Podríamos distinguir las siguientes categorías:

1. Operaciones a las que la propia Ley y su Reglamento califican, directa o indirectamente, de “subvenciones”.
 - a) Subvenciones a las que se aplica la Ley y el Reglamento sin matices.

Son las que se ajustan al concepto jurídico de subvención que se recoge en la Ley, y que se caracteriza por los siguientes rasgos:

- Subjetivos: Los destinatarios pueden ser personas física o jurídicas, públicas o privadas, y los concedentes tienen que estar en alguna de las siguientes categorías:
 - La Administración General del Estado.

- La Administración Autonómica.
 - La Administración Local.
 - Organismos y demás entidades de Derecho Público, con personalidad jurídica propia, vinculados o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que actúen en el ejercicio de sus potestades administrativas.
- Objetivos: Se trata de disposiciones dinerarias que se entregan sin contraprestación directa del beneficiario y que se otorgan para el cumplimiento de determinados objetivos o conductas de interés público o utilidad social.
- b) Subvenciones que se rigen por su propia normativa, pero ésta debe ajustarse a los principios de la Ley General de Subvenciones:
- Subvenciones a la Cooperación internacional.
 - Subvenciones que se otorgan por consorcios, mancomunidades u otras personificaciones públicas creadas por diversas Administraciones u organismos públicos.
 - Subvenciones que deriven de Convenios formalizados entre Administraciones Públicas.
- c) Subvenciones a las que se aplica la Ley General de Subvenciones y su Reglamento, pero sólo supletoriamente:
- Subvenciones financiadas con cargo a los fondos de la Unión Europea.
 - Subvenciones del Estado para planes de financiación de inversiones de las Corporaciones Locales.
- d) Subvenciones a las que no se aplica, ni la Ley General de Subvenciones, ni su Reglamento.
- Las Subvenciones previstas en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General.
 - Las Subvenciones previstas en la Ley Orgánica de Financiación de los Partidos Políticos.

- Las Subvenciones a los Grupos Parlamentarios de las Cortes Generales y de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, así como a los Grupos Políticos de las Corporaciones Locales.
 - Las Subvenciones del Instituto para la Reestructuración de la Minería del Carbón.
 - Las Subvenciones del Plan de Ayuda a la Pequeña y Mediana Empresa.
2. Operaciones a las que la Ley General de Subvenciones y su Reglamento no califican expresamente como subvenciones pero tampoco excluyen expresamente de dicha categoría:
- a) Operaciones a las que se aplica sin matices la Ley General de Subvenciones y su Reglamento:
- Convenios de Colaboración entre Administraciones Públicas, cuando la Administración beneficiaria es la única que ostenta competencias para la ejecución, salvo que la actividad a desarrollar sea obligatoria por norma con rango de Ley.
 - Convenios de Colaboración de las Administraciones y otras entidades del Sector Público con personas sujetas a Derecho Privado, cuando el resultado de la actividad que se despliegue sea de propiedad o utilización exclusiva del beneficiario.
- b) Operaciones a las que se aplica sólo parcialmente la Ley General de Subvenciones y su Reglamento:
- Entregas dinerarias sin contraprestación que realicen los organismos y demás entidades de Derecho Público, con personalidad jurídica propia, que estén vinculadas o dependan de una Administración Pública, y se rijan por el Derecho Privado.
 - Premios educativos, culturales, científicos o de cualquier otra naturaleza.
 - Entregas dinerarias sin contraprestación que realicen las Fundaciones del Sector Público.

c) Operaciones a las que se aplica supletoriamente la Ley General de Subvenciones y su Reglamento:

- Créditos concedidos por la Administración a particulares sin interés o con interés inferior al de Mercado.

d) Operaciones a las que no se aplica ni la Ley General de Subvenciones ni su Reglamento:

- Aportaciones dinerarias entre Administraciones Públicas para financiar globalmente la actividad de aquella a la que van destinadas.
- Aportaciones dinerarias entre agentes de una misma Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenecen.
- Aportaciones dinerarias que en concepto de cuotas realice la Administración Local a favor de las Asociaciones, de ámbito estatal o autonómico, para la protección y promoción de sus intereses comunes (dichas Asociaciones se prevén en la Disposición Adicional Décimoquinta de la Ley de Bases Régimen Local).
- Operaciones de perfil subvencional del Banco de España.
- Convenios celebrados entre las Administraciones Públicas que conlleven una contraprestación a cargo del beneficiario.
- Convenios entre Administraciones Públicas para la realización de los programas conjuntos del artículo 7 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común.
- Convenios entre Administraciones Públicas para la canalización de las Subvenciones gestionadas a las que se refiere el artículo 86 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria.
- Convenios entre Administraciones Públicas que comparten la competencia para la ejecución de los mismos.
- Aportaciones dinerarias, en concepto de cuotas, que satisfaga una Administración Pública Española a organismos internacionales para financiar la totalidad de su actividad o un sector de la misma.

- Convenios celebrados entre la Administración General del Estado y las Sociedades Mercantiles y Fundaciones del Sector Público Estatal, para su financiación.
 - Las ayudas en especie, salvo que los bienes, derechos o servicios se adquieran con la finalidad exclusiva de entregarlos a un tercero.
3. Operaciones que la Ley General de Subvenciones y su Reglamento no consideran subvenciones y a las que dicha normativa no se aplica:
- Prestaciones contributivas y no contributivas del Sistema de Seguridad Social.
 - Determinadas pensiones y prestaciones a españoles residentes en el extranjero.
 - Determinadas prestaciones por enfermedad (minusvalía, síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida, Síndrome Tóxico, Hemofilia).
 - Prestaciones derivadas de clases pasivas de los funcionarios.
 - Prestaciones derivadas de actos de terrorismo.
 - Prestaciones del Fondo de Garantía Salarial.
 - Beneficios fiscales y de cotización a la Seguridad Social.
 - El Crédito Oficial, aunque con excepciones.

Sabiendo cuál es la naturaleza y el régimen jurídico que la Ley 38/2003, de 17 de noviembre y su Reglamento conceden a cada tipo de actuación, en teoría bastaría con introducir en un ordenador los datos de la que interese y nos saldría con carácter inmediato la catalogación jurídica de la figura y la normativa aplicable a la misma.

Sin embargo, como sabemos, en Derecho las cosas no funcionan así. La aplicación de un precepto no es posible sin el desarrollo previo de una tarea más o menos compleja de interpretación del mismo.

Afortunadamente, como veremos, el propio Ordenamiento Jurídico nos da herramientas para esta actividad hermeneútica pero ello no evita, como también veremos, que se puedan plantear supuestos especialmente controvertidos.

I. LA INTERPRETACIÓN DEL DISEÑO LEGAL Y REGLAMENTARIO SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE A LAS SUBVENCIONES.

La exégesis del modelo ofrecido por la Ley General de Subvenciones y por su Reglamento, que hemos examinado en el anterior epígrafe, requiere como sucede en todo complejo normativo del uso de todos los instrumentos de interpretación que nos ofrece el Derecho y, muy especialmente, de dos: El Título Preliminar del Código Civil y las Exposiciones de Motivos:

1. El Título Preliminar del código Civil: Contiene la Teoría General del Derecho y su aplicación resulta básica para la interpretación del Ordenamiento.

En lo que se refiere, en concreto, al ámbito de aplicación de la Ley General de Subvenciones y de su Reglamento, cabe destacar los siguientes aspectos:

a) Teoría General de las Fuentes del Derecho.

- Los principios generales del Derecho: Como sabemos se trata de postulados que no se concretan en una determinada disposición pero que rezuma el Ordenamiento Jurídico en su conjunto y, en este sentido, forman parte del Derecho Positivo.

Siendo las Subvenciones una modalidad del gasto público, conviene tener muy en cuenta principios como transparencia o eficacia que resultan de directa aplicación al mismo.

- La jurisprudencia, entendida como doctrina de los Tribunales de Justicia sobre interpretación y aplicación de las normas.

El Tribunal Supremo en alguna ocasión, Sentencias de 21 de septiembre de 1995, 28 de noviembre de 1997 y 12 de enero de 1998, ha defendido el concepto amplio de subvención como “toda clase de favorecimiento económico” orientado a potenciar conductas de interés general.

Sin embargo la doctrina más reciente del Tribunal Supremo, sobre todo Sentencia de 4 de noviembre de 2005, se incardina en el criterio restrictivo del concepto de subvención. Sobre este particular tiene mucho interés la idea de que el concepto de subvención es más estricto que el concepto general de ayuda (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 2004, que sigue los postulados del Tribunal de Justicia de la Unión Europea).

b) Los criterios de interpretación: Se recogen en el artículo 3 del Código Civil y pueden sistematizarse en los siguientes apartados:

- Criterio literal o gramatical: Las normas se deben interpretar de acuerdo con el tenor literal de las palabras: En principio, cuando la Ley alude a las subvenciones financiadas con cargo a fondos de la Unión Europea, la literalidad resulta suficiente para poder delimitar las concretas ayudas a las que se está refiriendo sin necesidad, por tanto de recurrir a ningún criterio de interpretación subsidiario.
- Criterio teleológico: Es el que permite interpretar la norma atendiendo a la finalidad perseguida a través de la misma por el Legislador: Así, cuando la Ley excluye de su ámbito de aplicación a los beneficios fiscales y a las cotizaciones a la Seguridad Social, es casi unánime en la doctrina la idea de que quiere expulsar de este régimen jurídico a toda medida que implique ventaja en el contenido de las obligaciones de los contribuyentes, respecto a la Administración Tributaria y de los cotizantes, respecto a la Seguridad Social.
- Criterio sistemático: Hace posible una interpretación de la norma atendiendo a su ubicación dentro del Ordenamiento Jurídico: En el caso del concepto de subvención y del régimen aplicable a las diversas ayudas

públicas, este criterio no nos va a resultar muy útil pues el legislador, con buen criterio, trata de delimitar de forma casi exhaustiva la identidad de cada supuesto incluido o excluido de la aplicación de esta concreta normativa. Es un criterio hermeneútico útil, sin embargo, en otras materias de la Ley y del Reglamento.

- Criterio histórico-legislativo: También resulta interesante el seguimiento de los debates parlamentarios y de la evolución de la norma a lo largo de su proceso de elaboración, para encontrar criterios de interpretación adecuados.

Resulta llamativo, por ejemplo, en la materia objeto de esta ponencia, el debate sobre la posible incidencia del régimen jurídico incorporado a la Ley General de Subvenciones sobre la financiación territorial.

El seguimiento de esta controversia permite entender que el legislador ha querido excluir del ámbito de aplicación de esta normativa a la financiación territorial, lo que según la propia Exposición de Motivos del Reglamento ha supuesto la exclusión de las transferencias derivadas de convenios y conciertos entre Administraciones Públicas, así como las subvenciones gestionadas y otros convenios cuando las Administraciones concertadas ostenten competencias públicas compartidas de ejecución.

- Criterio sociológico: las normas se interpretarán de acuerdo con la realidad social del momento en que deban aplicarse.

Es obviamente el criterio hermeneútico más flexible y, por tanto, el que debe aplicarse de forma más sólidamente motivada.

En materia de concepto de subvención y distinción respecto de otras ayudas públicas, la principal influencia del entorno social opera sobre el legislador sobre todo, que adoptará posiciones más flexibles o

más estrictas atendiendo a la coyuntura de la economía de mercado, importancia del fraude, criterios de estabilidad presupuestaria, sensibilidad social respecto a la financiación de determinadas actividades, etc.

Sin embargo, es un criterio que siempre ha de tenerse en cuenta a los efectos, al menos, de evitar interpretaciones jurídicas que técnicamente puedan parecer irreprochables, pero que lleven a soluciones incompatibles con la realidad social.

En la materia que nos atañe, es verdad que en principio podemos atribuir un estricto concepto legal a las ideas de utilidad pública, interés social o promoción de una finalidad públicas, objetivos a los que debe conectarse la actividad financiada para que la ayuda pueda ser considerada como subvención, pero también es cierto que la interpretación de estos aspectos tiene una innegable relación con la sensibilidad social de cada momento y puede provocar controversia entre la misma y la concepción de la Administración concedente. Una actividad industrial que genera muchos puestos de trabajo pero degrada el medio ambiente, ¿es una actividad de interés social a los efectos de una subvención?.

- c) La analogía: Permite aplicar una misma norma a supuestos distintos pero entre los que existe identidad de razón.

Ello hace posible, en primer lugar, que pueda completarse el régimen jurídico de la Ley General de Subvenciones y de su Reglamento con otras normas del Ordenamiento Jurídico, tanto de Derecho Público como Derecho Privado, según dice el artículo 5 de la Ley. Sobre este particular siempre conviene recordar la importancia a estos efectos de la legislación de Contratos del Sector Público respecto a la normativa de subvenciones.

También hace posible, en segundo término, la aplicación analógica de disposiciones de la Ley General de Subvenciones y de su Reglamento, a supuestos excluidos de su regulación.

Hay algunos ejemplos muy claros de reglas contempladas en la citada normativa que presentan una vocación tan evidente de proyección general, que son susceptibles de una frecuentísima interpretación analógica. Piénsese, por ejemplo, en el artículo 92.2 del Reglamento: “Se entenderá cumplida la obligación de justificar cuando la Administración en sus actuaciones de comprobación o control financiero, detectara que en la justificación realizada por el beneficiario se hubieran incluido gastos que no respondieran a la actividad subvencionada, que no hubieran supuesto un coste susceptible de subvención, que hubieran sido ya financiados por otras subvenciones o recursos, o que se hubieran justificado mediante documentos que no reflejaran la realidad de las operaciones”.

Otro tanto se puede decir de la definición de incumplimiento de las obligaciones contables, registrales o de conservación de documentos que cabe extraer del artículo 37 de la Ley, y que perfila dichas infracciones como aquéllas de las que se deriva la imposibilidad de verificar el empleo dado a los fondos percibidos, el cumplimiento del objetivo, la realidad y regularidad de las actividades subvencionadas o la concurrencia de subvenciones, ayudas, ingresos o recursos para la misma finalidad procedentes de cualquier Administración, ente público o privado, nacional o de la Unión Europea, o de organismos internacionales.

En todo caso, hay que recordar que la analogía no cabe en materia sancionatoria.

Claro está que en la aplicación analógica de las normas, lo mismo que en su aplicación directa, siempre hay que evitar resultados deformes o desproporcionados y, para ello, resulta un arma muy eficaz la equidad, que también se reconoce en el Título Preliminar del Código Civil como forma de integración del Ordenamiento Jurídico y de interpretación del mismo.

- d) La equidad: Es un recurso hermeneútico perfectamente asumido por el Derecho Positivo, aunque debe fundamentarse en alguna norma del mismo.

Es común, por ejemplo, aplicar analógicamente disposiciones sobre justificación o reintegro de la Legislación General de Subvenciones al ámbito de la ayuda humanitaria lo que, por razón de las especiales condiciones de guerra, epidemia, desastre natural, etc, en las que puede desarrollarse dicha actividad, podría dar lugar a soluciones exorbitantes que se deben moderar a través de la equidad.

- e) El fraude de Ley: Es un viejo conocido en el ámbito de las subvenciones públicas y, regulado en el artículo 6.4 del Código Civil, supone el intento de disfrazar una operación bajo la apariencia de otra de distinta naturaleza, para eludir el régimen jurídico aplicable y sustituirlo por otro. La sanción civil al fraude de ley es la aplicación de la normativa que se pretendió eludir, la sanción administrativa puede ser incluso la nulidad del acto (por ejemplo, la resolución de concesión de la ayuda) y la declaración de haberse incurrido en desviación de poder. En casos extremos, una conducta en fraude de ley puede tener también relevancia penal.

Es evidente que en una materia como la que constituye el objeto de esta ponencia el fraude de ley tiene una especial importancia.

Son comunes y frecuentes los casos en los que se fuerza la naturaleza de un negocio jurídico para dejarlo fuera de la legislación general de subvenciones, o para introducirlo en su ámbito de aplicación, en ambos casos de forma indebida y fraudulenta.

Son conocidos los casos de maquillaje de subvenciones para darles apariencia de contratos menores y eludir así el régimen jurídico, más estricto, aplicable a las primeras.

En sentido inverso, son también destacables los supuestos de contratos para la prestación de servicios concretos, que se disfrazan como subvenciones directas.

- f) Abuso de derecho y buena fe. Son principios jurídicos contemplados también en el Título Preliminar del Código Civil y que tienen cabida respecto a la actuación del concedente, entidad colaboradora y beneficiario de las subvenciones, en general, y en relación con la materia de esta ponencia en particular.

Hay que tener en cuenta que los Tribunales de Justicia han venido desarrollando el criterio de que las facultades que corresponden a las Administraciones para interpretar el régimen jurídico aplicable a su actividad deben aplicarse dentro de los postulados de la buena fe, y que resultan controlables a través de la doctrina del abuso de Derecho.

Este punto de vista jurisprudencial ha adquirido especial desarrollo en el ámbito de la contratación del Sector Público, pero también tiene clara incidencia en materia de determinación del régimen jurídico aplicable a las diversas ayudas públicas.

En manos de la entidad concedente, queda, en primera instancia, la decisión de cuándo estamos ante una subvención o no en sentido técnico-jurídico y, sobre todo, cuándo estamos ante operaciones a las que se aplica sin matices la Ley General de Subvenciones y su Reglamento, o ante negocios jurídicos a los que sólo se aplica parcialmente, o supletoriamente, o como referencia, o en ningún caso.

El uso abusivo de esta facultad puede generar una vulneración de las reglas de la buena fe e, incluso, en casos extremos (por ejemplo la imposición a sabiendas del régimen sancionatorio de esta normativa a un ámbito al que no le sea aplicable –el derecho sancionatorio no es susceptible de interpretación analógica-), la concurrencia de abuso de derecho, lo que puede provocar diversas consecuencias jurídicas y, entre ellas, la obligación de indemnizar a los perjudicados.

2.- Exposiciones de Motivos o Preámbulos.

Las Exposiciones de Motivos de las normas jurídicas constituyen un recurso muy importante para la adecuada interpretación de las mismas, y ello por tres razones.

En primer lugar, porque como viene recordando el Tribunal Supremo en una larga Jurisprudencia que se remonta a 1973, los preámbulos de las normas tienen “una cierta trascendencia normativa”.

En segundo término, porque las Exposiciones de Motivos contienen las razones y argumentos del propio Legislador, es decir, suponen una forma eficaz y sencilla de acceso a la “mens legislatoris”, por eso hacen posible lo que técnicamente llamamos “interpretación auténtica” de la norma.

Finalmente, porque a menudo el Legislador incorpora al Preámbulo de una norma los principales objetivos que se ha propuesto con la misma y ello facilita la interpretación teleológica, de la que antes hemos hablado, que permite el artículo 3 del Código Civil.

En la Exposición de Motivos de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, aparecen algunos elementos interesantes relativos a la determinación de su ámbito de aplicación:

- a) Las subvenciones, desde la perspectiva económica, son una modalidad del gasto público y en consecuencia deben ajustarse a las directrices de la política presupuestaria.

Esta naturaleza de “modalidad de gasto público” sirve para resolver algunos conflictos jurídicos que plantea la regulación de estas ayudas.

Así, la doctrina es prácticamente unánime en afirmar que las transferencias verticales (esto es, las que se producen entre dos agentes de una misma Administración) que se obtienen bajo una convocatoria pública quedan sujetas a la Ley General de Subvenciones y a su Reglamento pero, cuando no concurre ese requisito de convocatoria pública, quedan fuera de ese

régimen jurídico y, dada su condición de “modalidad de gasto público”, se regirán por la normativa presupuestaria general.

- b) Las subvenciones, desde una perspectiva administrativa, se consideran una técnica de fomento de conductas consideradas de interés general y un procedimiento de colaboración entre las Administraciones Públicas y los particulares para el desarrollo de actividades de interés público.

Es un criterio que más que a la delimitación del régimen jurídico aplicable a una determinada ayuda, afecta a la valoración de la legalidad de la misma en atención a su “justa causa”. Son conocidas, en este sentido, las polémicas en torno a las subvenciones para el desarrollo de actividades artísticas (rodaje de películas, celebración de exposiciones) o científicas (líneas de investigación éticamente controvertidas).

- c) El valor referencial del Derecho de Subvenciones de la Unión Europea para la adecuada interpretación del Derecho interno sobre la materia.

Este valor referencial permite, por ejemplo, tener criterios claros sobre la tormentosa relación entre economía de mercado y ayudas públicas.

No obstante, hay que decir que el legislador español a veces se aparta de manera rotunda de los criterios del Legislador Comunitario en materias en las que jurídicamente puede hacerlo.

Puede ilustrar este punto el hecho de que, conforme al artículo 3 de la Ley General de Subvenciones, queden fuera del ámbito de aplicación de la misma las aportaciones dinerarias de las empresas de capital público, solución diferente a la adoptada en el artículo 87 del Tratado de la Comunidad Europea que, para decidir cuándo estamos ante auténticas subvenciones, atiende al origen de los fondos y no a la forma jurídica de la entidad concedente.

- d) El interés público demanda un tratamiento homogéneo de la relación jurídica subvencional en las diferentes Administraciones Públicas.

Ello implica que haya que compatibilizar el contenido de la Ley General de Subvenciones y de su Reglamento, con el contenido de las normas que las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales pueden dictar en la materia en virtud de sus potestades jurídicas normativas.

En el campo que nos afecta, será difícil imaginar que pueda haber operaciones de una misma naturaleza que para una Administración deban regularse por el régimen general de subvenciones y, por otra, no.

- e) La subvención se diferencia de otras ayudas públicas en que en ella lo fundamental es la afectación de los fondos públicos entregados al cumplimiento de un objetivo, a la ejecución de un proyecto específico, a la realización de una actividad o a la adopción de un comportamiento singular.

Este criterio, como sabemos, no sólo está en la Exposición de Motivos de la Ley, sino que tiene fiel reflejo en el texto articulado.

No debemos olvidar que ello no obsta a que la ayuda no sólo pueda destinarse a una actividad futura (subvenciones ex ante), sino también a actividades o comportamientos ya realizados (subvenciones ex post), que aunque son poco comunes en la práctica administrativa han preocupado al Legislador lo suficiente como para establecer, por ejemplo, para estos casos, normas especiales de justificación.

También en el Reglamento aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio, podemos encontrar un Preámbulo que nos suministra algunos criterios de interpretación:

- a) Reticencia aplicativa respecto a materias específicas como la cooperación internacional, subvenciones concedidas por las Corporaciones Locales y control financiero de las subvenciones.

En lo que a las Corporaciones Locales se refiere, conviene recordar que Ley General de Subvenciones y Reglamento les resultan de aplicación pero en los términos de la Disposición Final Primera de una y otra Norma.

- b) Reticencias aplicativas a los negocios jurídicos que implican financiación territorial y, en este sentido, como ya se ha dicho, quedan fuera del ámbito de aplicación del régimen general de las subvenciones, las transferencias derivadas de convenios y conciertos entre Administraciones Públicas y las subvenciones gestionadas y otros convenios cuando las Administraciones afectadas compartan competencias para su ejecución.

Recapitulando, el Título Preliminar del Código Civil, por un lado, con su sistema de fuentes, su concepción de los principios general del Derecho y de la Jurisprudencia, su aportación de criterios para la interpretación de las normas , su regulación de la equidad, de la analogía, del fraude de ley, de la buena fe y del abuso de derecho, así como la Exposición de Motivos de la Ley y el Preámbulo del Reglamento, por otra parte, constituyen dos columnas básicas para fundamentar una correcta interpretación de la extensión y límites de la aplicación de la Ley General de Subvenciones y de su Reglamento.

Desde el punto de vista de la realidad práctica, mi experiencia profesional me ha llevado a defender que prefiero una mala norma con un buen exégeta, que una buena norma en manos de un intérprete inexperto ó de visión jurídica angosta.

III. ESPECIAL REFERENCIA A SUPUESTOS CONTROVERTIDOS.

1. Aportaciones dinerarias entre Administraciones Públicas y entre agentes de una misma Administración.

El artículo 2.2. de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, en la redacción que le dio la Ley 42/2006, de 28 de diciembre, establece: “No están comprendidas en el ámbito de aplicación de esta Ley las aportaciones dinerarias entre diferentes Administraciones Públicas, para financiar globalmente la actividad de la Administración a la que vayan destinadas, y las que se realicen entre los distintos agentes de una Administración cuyos presupuestos se integren en los Presupuestos Generales de la Administración a la que pertenezcan, tanto si se destinan a financiar globalmente su actividad como a la realización de actuaciones concretas a desarrollar en el marco de las funciones atribuidas, siempre que no resulten de una convocatoria pública”.

La aplicación práctica de este precepto ha planteado algunas dudas de interpretación.

Se ha suscitado en primer lugar si, con arreglo al mismo, deben considerarse excluidas de la ley sólo las aportaciones dinerarias que, ajustándose al perfil descrito en el citado artículo 2.2, se realicen entre las Administraciones Públicas en sentido estricto, esto es, la Administración General del Estado, las Administraciones Autonómicas y las Administraciones Locales, o también las que tengan lugar entre una de estas Administraciones Públicas territoriales y alguna entidad dependiente de otra.

Desde un punto de vista de interpretación literal, visto el concepto estricto de Administración Pública como Administración Territorial que aporta el artículo 3 de la ley, podría pensarse que la exclusión del artículo 2.2 sólo sería aplicable a las transferencias entre Administración Estatal, Autonómica y Local.

Sin embargo, resulta más adecuado en el presente caso recurrir a una “interpretación sistemática” de este precepto, y en este sentido debe tenerse en cuenta que en la segunda parte del mismo, al regular las transferencias entre agentes de una misma Administración, se habla no de “agentes dependientes o

vinculados”, sino de “agentes de una Administración”, lo que implica un concepto integrador de Administración Pública que va más allá de la idea estricta de Administración Territorial.

Este es el criterio que ha aportado la Intervención General de la Administración del Estado en el desarrollo de sus funciones consultivas, y se resume en la idea de que cuando el artículo 2.2 de la Ley alude a transferencias globales de financiación entre Administraciones Públicas, se refiere no sólo a las que se producen entre Administraciones Territoriales, sino también a las que tienen lugar entre una Administración territorial y los organismos y entes integrados en otra Administración territorial, así como entre agentes de distintas Administraciones territoriales.

También ha suscitado controversia jurídica el alcance de la expresión “agentes de una Administración”.

Sobre este particular, los informes de la Intervención General de la Administración del Estado han optado por un concepto amplio de agente, capaz de englobar a toda entidad o ente con capacidad de obrar perteneciente a una Administración y ello con independencia de su denominación. Este criterio conecta con el concepto de “agente” que reconoce la Ley 18/2001, de 12 de diciembre, General de Estabilidad Presupuestaria, cuyo artículo 2 dice:

“A los efectos de la presente Ley, el Sector Público se considera integrado por los siguientes grupos de agentes:

- a) La Administración General del Estado, los Organismos autónomos y los demás entes públicos dependientes de aquélla, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, así como los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado.
- b) La Entidades que integran el Sistema de la Seguridad Social.
- c) La Administración de la Comunidades Autónomas, así como los entes y Organismos públicos dependientes de aquélla, que

presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales.

- d) Las Entidades Locales, los Organismos autónomos y los entes públicos dependientes de aquélla, que presten servicios o produzcan bienes que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales.
2. El resto de las entidades públicas empresariales, sociedades mercantiles y demás entes de derecho público dependientes de la Administración del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas o de las Entidades Locales y no comprendidos en el número anterior, tendrán asimismo consideración del sector público y quedarán sujetos a lo dispuesto en el Título I de esta Ley y a las normas que específicamente se refieran a las mismas.”

También estima necesario la Intervención General de la Administración del Estado tener en cuenta, a los efectos del concepto de “agente” del artículo 2.2 de la Ley General de Subvenciones, la definición de Sector Público estatal del artículo 2 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria:

“1.- A los efectos de esta Ley forman parte del Sector Público Estatal:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Los organismos autónomos dependientes de la Administración General del Estado.
- c) Las entidades públicas empresariales, dependientes de la Administración General del Estado, o de cualesquiera otros organismos públicos vinculados o dependientes de ella.
- d) Las entidades gestoras, servicios comunes y las mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la

Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social.

- e) Las sociedades mercantiles estatales, definidas en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.
- f) Las fundaciones del sector público estatal, definidas en la Ley de Fundaciones.
- g) Las entidades estatales de derecho público distintas a las mencionadas en los párrafos b) y c) de este apartado.
- h) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren los artículo 6, apartado 5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en este artículo hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se haya comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado”.

Debe entenderse que los “agentes” a que se refiere el artículo 2.2 de la Ley General del Subvenciones son las entidades previstas, para el ámbito estatal, en el artículo 2.1 de la Ley General Presupuestaria, lo que nos debe servir de referencia respecto al ámbito local.

2.- Contrato de patrocinio.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de manifestarse, a través de la reciente Sentencia de 25 de junio de 2007, de la Sala de lo Civil, sobre la naturaleza y régimen jurídico de estos contratos.

El Alto Tribunal partió, en el caso mencionado, de un supuesto de incumplimiento contractual en un Convenio entre una Corporación Local y

una Sociedad Mercantil, suscrito para la realización por esta última de diversas actividades de patrocinio de un congreso sobre cuestiones ecológicas.

La Sentencia, mediante la aplicación de la normativa vigente en el momento en que sucedieron los hechos, que era la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, llegó a las siguientes conclusiones:

- a) El contrato de patrocinio debía considerarse como innominado o atípico, al no estar expresamente contemplado en el legislación de contratación pública vigente en aquel momento.
- b) El contrato de patrocinio debía considerarse un contrato privado y no administrativo, pues el objeto del mismo no tiene relación relevante con el giro o tráfico específico de la Administración contratante. En este sentido, la propia Sentencia reconoce que aplica el criterio sociológico y el teleológico para la aplicación de la norma y sostiene que: “no es posible apreciar la vinculación al desenvolvimiento regular de un servicio público o al giro o tráfico que caracteriza la relación administrativa, en un contrato que... tiene por objeto la realización de actividades de patrocinio para la celebración de un Congreso, por más que el contenido de éste viniera referido a una materia (cuestiones medio ambientales) respecto de la que la Administración Municipal (contratante) tiene innegables competencias.”
- c) En consecuencia, por ser un contrato privado, debería regirse por el Derecho Administrativo en lo relativo a la formación de la voluntad administrativa, preparación y adjudicación, pero le sería de aplicación el Derecho Privado en lo que se refiere a los efectos del Contrato y su extinción.

Este criterio jurisprudencial no parece afectado en ningún aspecto esencial por la entrada en vigor, cuatro meses después de la Sentencia, de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

El contrato de patrocinio no resulta subsumible en ninguna de las categorías recogidas en el Capítulo II del Título Preliminar de la Ley, por lo que persiste su condición de atípico, desde la perspectiva de la legislación de contratos del Sector Público.

Por otra parte, es significativo que el criterio para distinguir a los contratos administrativos de los privados que se recoge en el artículo 19.1, b) sea, precisamente, el mismo que aparece en la Sentencia antes citada y en otras anteriores del Tribunal Supremo, esto es, que el contrato esté o no vinculado al giro o tráfico específico de la Administración Contratante o que satisfaga de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de dicha Administración.

Este precepto convierte, al menos al concreto contrato de patrocinio al que se refiere la antes mencionada Sentencia del Tribunal Supremo, en un contrato privado.

Finalmente, el régimen jurídico de los contratos privados es el que se expone en la aludida Sentencia, y que se ha incorporado al artículo 20.2 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público: La normativa de la contratación pública respecto a la preparación y adjudicación, y el Derecho Privado en cuanto a efectos y extinción.

3.- Las encomiendas de gestión.

Se trata de una denominación asumida con entusiasmo por la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 1995, pero admitida con mucha más timidez por la vigente Ley de Contratos del Sector Público (artículos 4.1, n) y 24.6), que le otorga un perfil no siempre coincidente con el establecido por el artículo 15 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Los caracteres principales de esta figura jurídica son los siguientes:

a) Aspectos subjetivos:

El encargo lo hará el poder adjudicador a una entidad pública que actúa como instrumento del mismo, y deben cumplirse los siguientes requisitos:

- El poder adjudicador que hace el encargo debe ostentar sobre la entidad pública que lo recibe un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios.
- El ente que recibe el encargo debe dedicar la parte esencial de su actividad general al poder adjudicador de que se trate.
- Si el ente que recibe el encargo es una empresa pública, el 100% de su capital debe ser de titularidad pública.

De estos aspectos subjetivos pueden extraerse soluciones concretas o problemas prácticos de interpretación.

Así, según Sentencia de 11 de enero de 2005 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, no puede haber encomienda de gestión cuando el encargo lo hace una Administración territorial a un ente que depende de otra Administración territorial.

Sin embargo, sí habrá encomienda de gestión cuando el ente que recibe el encargo es una Sociedad cuyo capital es íntegramente público, pero son titulares del mismo distintas Administraciones o entidades públicas (Instrucción 2/2005, de 21 de julio, de la Abogacía General del Estado).

b) Aspectos objetivos:

El encargo consistirá en una ejecución directa de obras, en una fabricación de bienes muebles o en una ejecución de servicios, todo ello con los límites previstos en los citados artículos 4.1, n) y 24.6 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre.

En este sentido, cabe destacar nuevamente la opinión de José Pascual García cuando afirma que “de acuerdo con la doctrina “in house providing”, la encomienda no es un verdadero contrato, sino más bien una opción de la

Administración encomendante a la hora de organizar sus propios servicios; en suma, la cuestión se reduce a una manifestación de su poder de autoorganización”.

c) Aspectos normativos:

- Las encomiendas de gestión no se rigen de forma directa e integral ni por la Legislación general de Subvenciones, ni por la de Contratación del Sector Público.
- La norma que cree un medio propio deberá reconocerle dicha condición y regular el régimen de las encomiendas que se le puedan conferir.
- Los contratos que deba celebrar el medio propio para cumplir el encargo, sí quedan bajo el ámbito de aplicación de la Ley de Contrato del Sector Público.

En la práctica, la encomienda de gestión plantea problemas que exigen una reflexión de cierta profundidad. Así sucede con la cuestión de las tarifas que le entidad que recibe la encomienda tiene derecho a cobrar por las prestaciones realizadas. Nada se dice en la Ley de Contratos de Sector Público sobre este particular y el Tribunal de Cuentas ha aportado como criterio clarificador que las tarifas deberían ajustarse al coste efectivo de realización de las prestaciones atendiendo a los precios del Mercado.

Además, no debemos olvidar que, como ya se dijo, la nueva regulación incorporada a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, sobre convenios con estas entidades instrumentales afecta al régimen de las encomiendas de gestión que se recoge en el artículo 15 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, 30/1992, de 26 de noviembre.

Manual
sobre
la transposición de la
Directiva
de servicios

Exención de responsabilidad

El presente documento, elaborado por los servicios de la Dirección General de Mercado Interior y Servicios, no es vinculante para la Comisión Europea como institución. Téngase en cuenta que la Comisión Europea podrá adoptar una postura diferente a la expuesta en el presente documento, por ejemplo, en relación con los procedimientos de infracción, tras un examen detenido de las medidas nacionales de transposición.

El presente documento se encuentra disponible en Internet y puede descargarse en todas las lenguas oficiales de la UE en el servidor Europa, en la dirección que sigue:

http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en.htm

***Europe Direct es un servicio que le ayudará a encontrar respuestas
a sus preguntas sobre la Unión Europea***

Número de teléfono gratuito (*):

00 800 6 7 8 9 10 11

(* Algunos operadores de telefonía móvil no autorizan el acceso a los números 00 800 o cobran por ello.

Más información sobre la Unión Europea, en el servidor Europa de Internet (<http://europa.eu>).

Al final de la obra figura una ficha bibliográfica.

Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 2007

ISBN 978-92-79-05983-4

© Comunidades Europeas, 2007

Se autoriza la reproducción siempre que se cite la fuente.

Printed in Italy

IMPRESO EN PAPEL BLANQUEADO SIN CLORO

INTRODUCCIÓN	8
1. CUESTIONES GENERALES	8
1.1. RELACIÓN DE LA DIRECTIVA CON EL TRATADO CE	8
1.2. MÉTODO DE TRANSPOSICIÓN	8
1.2.1. Legislación de transposición	8
1.2.2. Medidas de transposición no legislativas	9
1.2.3. Medidas posteriores	10
2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA	10
2.1. SERVICIOS INCLUIDOS	10
2.1.1. Concepto de «servicio»	10
2.1.2. Servicios excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva	11
2.1.3. Fiscalidad	14
2.1.4. Relación con la libre circulación de mercancías	14
2.2. PRESTADORES INCLUIDOS	14
2.3. REQUISITOS INCLUIDOS	14
2.3.1. Concepto de requisito	14
2.3.2. Requisitos generales que no afectan al acceso a una actividad de servicios ni a su ejercicio	15
2.3.3. Requisitos que rigen el acceso a fondos públicos	15
3. RELACIÓN ENTRE LA DIRECTIVA Y DETERMINADAS ÁREAS DE LA LEGISLACIÓN O LAS POLÍTICAS	15
3.1. DERECHO PENAL	15
3.2. DERECHO LABORAL Y LEGISLACIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL	16
3.3. DERECHOS FUNDAMENTALES	16
3.4. DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO	16
4. RELACIÓN ENTRE LA DIRECTIVA Y OTRAS DISPOSICIONES DEL DERECHO COMUNITARIO	17
5. SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA	17
5.1. SIMPLIFICACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS Y TRÁMITES APLICABLES A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS	18
5.2. VENTANILLAS ÚNICAS	19
5.2.1. Establecimiento de las «ventanillas únicas»	20
5.2.2. Realización de los procedimientos y trámites a través de las ventanillas únicas	21
5.3. INFORMACIÓN Y ASISTENCIA A TRAVÉS DE LAS VENTANILLAS ÚNICAS	22
5.3.1. Información que debe proporcionarse	22
5.3.2. Asistencia que debe prestarse	22
5.3.3. Fomento del uso de otras lenguas	23
5.4. PROCEDIMIENTOS ELECTRÓNICOS	23
5.4.1. Alcance de la obligación de establecimiento de procedimientos electrónicos	23
5.4.2. Transposición de los procedimientos electrónicos	24

6.	LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO	25
6.1.	REGÍMENES DE AUTORIZACIÓN Y PROCEDIMIENTOS	25
6.1.1.	Identificación y evaluación de los regímenes de autorización	26
6.1.2.	Condiciones para la concesión de la autorización	27
6.1.3.	No duplicación de requisitos y controles	27
6.1.4.	Duración de las autorizaciones	28
6.1.5.	Ámbito territorial	28
6.1.6.	Limitación del número de autorizaciones	29
6.1.7.	Obligación de motivar las decisiones y derecho de recurso	29
6.1.8.	Procedimientos de autorización	29
6.2.	REQUISITOS DE ESTABLECIMIENTO PROHIBIDOS	30
6.2.1.	Prohibición de los requisitos basados directa o indirectamente en la nacionalidad	31
6.2.2.	Prohibición de los requisitos que limiten el establecimiento de prestadores de servicios a un único Estado miembro	32
6.2.3.	Prohibición de los requisitos que limiten la capacidad de elección del prestador de servicios entre un establecimiento principal y otro secundario	32
6.2.4.	Prohibición de las condiciones de reciprocidad	32
6.2.5.	Prohibición de las pruebas económicas	33
6.2.6.	Prohibición de la intervención de competidores en las decisiones de las autoridades competentes	33
6.2.7.	Prohibición de las obligaciones de obtener avales financieros o contratar seguros de operadores establecidos en el mismo Estado miembro	34
6.2.8.	Prohibición de las obligaciones de haber estado inscrito previamente en el territorio nacional, o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio	34
6.3.	REQUISITOS A EVALUAR	34
6.3.1.	Límites cuantitativos o territoriales	35
6.3.2.	Obligación de que el prestador de servicios adopte una forma jurídica particular	35
6.3.3.	Requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad	36
6.3.4.	Requisitos que dan lugar a la reserva de la prestación de ciertos servicios a determinados prestadores	37
6.3.5.	Prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional	37
6.3.6.	Obligaciones de disponer de un número mínimo de empleados	37
6.3.7.	Obligaciones de aplicar tarifas mínimas o máximas fijas	37
6.3.8.	Obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos	38
7.	LIBRE CIRCULACIÓN DE SERVICIOS	38
7.1.	CLÁUSULA SOBRE LA LIBERTAD DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y EXCEPCIONES APLICABLES	38
7.1.1.	Distinción entre establecimiento y prestación transfronteriza de servicios	38
7.1.2.	Alcance y efecto de la cláusula sobre libertad de prestación de servicios	39
7.1.3.	Requisitos que pueden imponer los Estados miembros respecto a los servicios transfronterizos	39
7.1.4.	Excepciones del artículo 17	43
7.1.5.	Excepciones en casos individuales con arreglo al artículo 18	46
7.2.	OBLIGACIONES RELATIVAS A LOS DERECHOS DE LOS DESTINATARIOS DE SERVICIOS	46
7.2.1.	Restricciones que no pueden imponerse a los destinatarios	47
7.2.2.	Principio de no discriminación	47
7.2.3.	Obligación de asistencia a los destinatarios	48

8.	CALIDAD DE LOS SERVICIOS	49
8.1.	INFORMACIÓN SOBRE LOS PRESTADORES Y SUS SERVICIOS	50
8.1.1.	Información que deberá facilitarse a iniciativa del prestador	50
8.1.2.	Información que deberá facilitarse a petición del destinatario	51
8.2.	SEGUROS Y GARANTÍAS DE RESPONSABILIDAD PROFESIONAL	51
8.2.1.	Obligaciones de seguro o garantía para los prestadores de servicios que plantean determinados riesgos	51
8.2.2.	No duplicación de los requisitos de seguro o garantía	51
8.3.	COMUNICACIONES COMERCIALES POR PARTE DE PROFESIONES REGULADAS	52
8.4.	ACTIVIDADES MULTIDISCIPLINARES	52
8.4.1.	Supresión de las restricciones de las actividades multidisciplinares	53
8.4.2.	Prevención de conflictos de intereses y garantía de la independencia y la imparcialidad de los prestadores de servicios	53
8.4.3.	Revisión de la legislación y contenido del informe de evaluación	53
8.5.	POLÍTICA DE CALIDAD DE LOS SERVICIOS	53
8.6.	RESOLUCIÓN DE LITIGIOS	54
8.6.1.	Mejora de la gestión de reclamaciones por parte de los prestadores de servicios	54
8.6.2.	Garantías económicas para la ejecución de resoluciones judiciales	54
8.7.	CÓDIGOS DE CONDUCTA	54
8.7.1.	Elaboración de normas comunes a escala comunitaria	54
8.7.2.	Contenido de los códigos de conducta	54
9.	COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA	55
9.1.	EL FUNDAMENTO DE LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA	55
9.2.	ASPECTOS BÁSICOS	55
9.2.1.	Asistencia recíproca	55
9.2.2.	Apoyo técnico por parte del sistema de información del mercado interior (IMI)	56
9.3.	INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN	56
9.3.1.	Obligación de suministro de información previa petición	56
9.3.2.	Obligación de realizar controles previa petición	58
9.4.	ASISTENCIA RECÍPROCA EN CASO DE PRESTACIÓN TRANSFRONTERIZA DE SERVICIOS	58
9.4.1.	División de las tareas de supervisión entre los Estados miembros	58
9.4.2.	Asistencia recíproca en caso de excepciones individuales	59
9.5.	MECANISMO DE ALERTA	59
10.	REVISIÓN DE LA LEGISLACIÓN Y PROCESO DE EVALUACIÓN RECÍPROCA	60
10.1.	OBJETIVOS Y PLANTEAMIENTO BÁSICO	60
10.2.	PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 39, APARTADOS 1 A 4	61
10.2.1.	Revisión y evaluación de la legislación	61
10.2.2.	Informes a presentar	61
10.2.3.	El proceso de evaluación recíproca	61
10.2.4.	La revisión y evaluación de los requisitos establecidos en el artículo 15, apartado 2, y los servicios de interés económico general	62
10.2.5.	Notificaciones de nuevos requisitos de los tipos enumerados en el artículo 15, apartado 2	62
10.3.	EL PROCEDIMIENTO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 39, APARTADO 5	62

roducción

El objetivo de la Directiva de servicios ⁽¹⁾ es avanzar hacia un auténtico mercado interior de los servicios de modo que, en el mayor sector de la economía europea, tanto empresas como consumidores puedan aprovechar plenamente las oportunidades que brinda. Mediante el apoyo al desarrollo de un mercado interior de los servicios verdaderamente integrado, la Directiva contribuirá a hacer realidad el considerable potencial de crecimiento económico y de creación de empleo de este sector en Europa. Por esta razón, la Directiva de servicios constituye un elemento fundamental de la renovada Estrategia de Lisboa de crecimiento y empleo ⁽²⁾. Por otra parte, al exigir la simplificación administrativa, facilita la ejecución del programa «Legislar mejor» ⁽³⁾.

La Directiva de servicios constituye un enorme paso adelante para garantizar que tanto los prestadores como los destinatarios de los servicios se beneficien con mayor facilidad de las libertades fundamentales consagradas en los artículos 43 y 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea: la libertad de establecimiento y la de prestación de servicios a través de las fronteras. Para conseguirlo, la Directiva pretende simplificar procedimientos, eliminar obstáculos a las actividades de servicios y promover tanto la confianza recíproca entre Estados miembros como la confianza de los prestadores y los consumidores en el mercado interior.

La Directiva se aplica a una amplia gama de actividades de servicios. Sus disposiciones se basan, en gran medida, en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de servicios, y complementan diversos instrumentos comunitarios en vigor, que continúan siendo plenamente aplicables.

Además de exigir a los Estados miembros ⁽⁴⁾ la adopción de medidas legislativas concretas, en la Directiva se les pide que apliquen varias medidas de índole práctica, como el establecimiento de ventanillas únicas para los prestadores de servicios, la implantación de procedimientos por vía electrónica y la cooperación administrativa. La Directiva introduce asimismo instrumentos innovadores, como la revisión de la legislación nacional y el proceso de evaluación recíproca. Si se aplican debidamente, tales instrumentos seguirán favoreciendo el desarrollo del mercado interior de servicios más allá del plazo de transposición de la Directiva. Es evidente además que ésta no requerirá solo un acto aislado de transposición, sino que desencadenará un proceso dinámico cuyos beneficios se desplegarán con los años.

Es importante destacar asimismo que la Directiva reforzará los derechos de los destinatarios de los servicios, en particular los consumidores, y establecerá medidas concretas para la formulación de una política sobre calidad de los servicios en toda Europa.

Para alcanzar sus objetivos, una transposición plena y oportuna de la Directiva de servicios resulta esencial. Por esta razón, el Consejo Europeo concluyó en su cumbre de marzo de 2007 que *«la Directiva de servicios recientemente adoptada es un instrumento clave para desbloquear todo el potencial del sector de los servicios en Europa. Debería concederse gran prioridad, en consecuencia, a la transposición completa, coherente y puntual de sus disposiciones»*. Una transposición completa y puntual de la Directiva ayudará asimismo a los Estados miembros a modernizar sus Administraciones nacionales y los correspondientes marcos reguladores. La Directiva se aprobó el 12 de diciembre de 2006 y deberá ser aplicada por los Estados miembros, a más tardar, tres años después de su publicación, es decir, el 28 de diciembre de 2009.

La transposición de la Directiva constituye un reto significativo para los Estados miembros y requiere un esfuerzo pronto y decidido. Considerando su gran alcance y la amplia gama de cuestiones que aborda, la novedad del planteamiento y las numerosas medidas que deben adoptarse, resulta evidente que una estrecha cooperación y asociación entre la Comisión y los Estados miembros revestirá especial

⁽¹⁾ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, DO L376 de 27.12.2006, p. 36.

⁽²⁾ Comunicación de la Comisión «Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo. Relanzamiento de la Estrategia de Lisboa» COM(2005) 24 de 2.2.2005.

⁽³⁾ Comunicación de la Comisión «Análisis estratégico del programa “Legislar mejor” en la Unión Europea» COM(2006) 689 de 14.11.2006.

⁽⁴⁾ El Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo (Acuerdo EEE) amplía el mercado interior a tres Estados de la AELC: Islandia, Liechtenstein y Noruega. La asistencia prestada en el presente Manual se dirige asimismo a estos Estados.

importancia en este caso. Así, de conformidad con su política general de mejora de la aplicación del Derecho comunitario, la Comisión ha ofrecido su asistencia y se ha comprometido a cooperar estrechamente con los Estados miembros a lo largo del proceso de transposición. Esto contribuirá a la transposición y aplicación correctas y coherentes de la Directiva por todos los Estados miembros, y garantizará la existencia de un terreno de juego equilibrado para los prestadores y los destinatarios de los servicios. Ello resultará de particular utilidad para la identificación y tratamiento de los problemas en una fase temprana.

Con el presente «Manual de transposición» se pretende brindar a los Estados miembros asistencia técnica en el proceso de transposición, y es una de las medidas de acompañamiento concretas con las que la Comisión se propone ayudarles. El Manual forma parte asimismo de la respuesta de la Comisión a la solicitud que le dirigió el Consejo, en su reunión del 29 y 30 de mayo de 2006, pidiendo su asistencia a los Estados miembros para la transposición de la Directiva ⁽⁵⁾. El Manual no es exhaustivo ni legalmente vinculante, ni prescribe un único modo de transposición. Trata más bien de describir vías de transposición apropiadas y llama la atención sobre cuestiones importantes en el proceso de transposición. Se basa en conversaciones preliminares mantenidas con Estados miembros y trata de dar respuesta a preguntas ya planteadas por éstos o que pueden fácilmente anticiparse. A medida que avance el proceso, se plantearán nuevas preguntas y, en su caso, este Manual se complementará en una etapa posterior.

1. CUESTIONES GENERALES

1.1. Relación de la Directiva con el Tratado CE

Como todo instrumento de Derecho derivado, la Directiva de servicios ha de contemplarse en el contexto del Derecho primario, es decir, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (Tratado CE) y, sobre todo, las libertades relativas al mercado interior. La Directiva debe interpretarse y transponerse en este contexto.

Ha de quedar claro asimismo que las materias excluidas del ámbito de la Directiva seguirán rigiéndose plenamente por el Tratado CE. Lógicamente, los servicios excluidos continuarán sujetos a los principios de libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios. La legislación nacional reguladora de estas actividades de servicios debe ajustarse a lo dispuesto en los artículos 43 y 49 del Tratado CE y ha de respetar los principios que el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) ha desarrollado sobre la base de la aplicación de los mismos. Corresponde a los propios Estados miembros garantizar que su legislación se ajusta al Tratado CE conforme a la interpretación de éste por parte del TJCE. La Comisión continuará ejerciendo su papel de guardiana del Tratado CE y asistiendo a los Estados miembros en esta tarea.

1.2. Método de transposición

La transposición de la Directiva de servicios exigirá que los Estados miembros adopten una combinación de medidas legislativas y no legislativas, es decir, organizativas o prácticas. La Directiva es un instrumento horizontal que abarca una amplia gama de servicios y que, probablemente, afectará a un número significativo de leyes y reglamentos nacionales. Por esta razón, en lo que concierne a la legislación de transposición, los Estados miembros deberán considerar la aprobación de una gama de medidas legislativas específicas y horizontales, que probablemente incluirá la modificación de algunas disposiciones vigentes, así como la adopción de otras nuevas y de una ley marco horizontal de transposición.

1.2.1. Legislación de transposición

De conformidad con la jurisprudencia del TJCE, es evidente que *«para garantizar no solo jurídicamente, sino también de hecho, la plena aplicación de las Directivas, los Estados miembros deben establecer un marco legal preciso en el ámbito de que se trate»* que permita *«a los particulares conocer sus derechos e invocarlos ante los órganos jurisdiccionales nacionales»* ⁽⁶⁾. Esto significa que los Estados miembros tendrán que adoptar disposiciones nacionales de carácter vinculante, de manera que los prestadores y los destinatarios de los servicios puedan beneficiarse de los derechos que les confiere la Directiva.

⁽⁵⁾ Declaraciones en el Documento nº 11296/06 del Consejo, de 14.7.2006 (<http://register.consilium.europa.eu/pdf/en/06/st11/st11296-ad01.en06.pdf>)

⁽⁶⁾ Véanse, entre otras, sentencia de 18 de enero de 2001, *Comisión contra Italia*, asunto C-162/99; sentencia de 15 de junio de 1995, *Comisión contra Luxemburgo*, asunto C-220/94, y sentencia de 30 de mayo de 1991, *Comisión contra Alemania*, asunto C-361/88.

Algunos de los artículos de la Directiva podrán transponerse modificando la legislación en vigor; por ejemplo, los correspondientes a los regímenes de autorización podrán introducirse en algunos Estados miembros modificando la legislación nacional sobre procedimientos administrativos. En otros casos, especialmente en lo que atañe a los artículos en los que se establecen principios generales, como el 16 o el 20, deberá considerarse la adopción de una ley marco horizontal nueva ⁽⁷⁾.

La adopción de legislación horizontal al nivel adecuado puede resultar especialmente necesaria como salvaguarda contra disposiciones en áreas específicas que pudieran escapar el examen de legislación, así como para garantizar que queden reguladas las actividades de servicios que se desarrollen y se regulen a escala nacional en el futuro. Por lo demás, es evidente que, 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.

Asimismo, es posible que los Estados miembros tengan que adaptar disposiciones específicas en vigor en las que se establezcan requisitos cuya modificación o supresión exija la Directiva de manera explícita. Tal es el caso, por ejemplo, de los artículos 9, 14 y 15 relativos a los requisitos específicos que restringen la libertad de establecimiento, y de los artículos 24 y 25 sobre comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas y actividades multidisciplinares.

Ha de prestarse especial atención a la legislación que contenga normas específicas dirigidas a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros. En la medida en que tales normas sean incompatibles con la Directiva y no se basen en otros instrumentos comunitarios, tendrán que ser derogadas. Por ejemplo, los Estados miembros tendrán que comprobar si su legislación impone requisitos de registro a los prestadores establecidos en otros Estados miembros que deseen prestar servicios en su territorio; si tales requisitos ni están previstos en otro instrumento comunitario ni se justifican de conformidad con los artículos 16 o 17, tendrán que suprimirse.

Para poder evaluar si la transposición está completa, se aconseja a los Estados miembros que recurran a cuadros en los que se indique cómo se han transpuesto las diferentes disposiciones de la Directiva.

1.2.2. Medidas de transposición no legislativas

Algunas disposiciones de la Directiva requieren para su transposición el establecimiento de mecanismos y procedimientos administrativos adecuados. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las ventanillas únicas y los procedimientos por vía electrónica. Otro ejemplo es el de cómo organizar la identificación y evaluación de la legislación que los Estados miembros han de llevar a cabo antes de decidir si es preciso adoptar medidas modificativas o derogatorias (por ejemplo, para comprobar si sus regímenes de autorización están justificados, o para examinar su legislación e identificar los requisitos pertinentes).

Por otra parte, la Directiva contiene disposiciones que obligan a los Estados miembros a promover determinadas acciones a cargo del sector privado (por ejemplo, prestadores de servicios, asociaciones profesionales o de consumidores), como sucede con el artículo 26 sobre la calidad de los servicios o con el artículo 37 sobre los códigos de conducta a escala comunitaria. El cumplimiento de estas obligaciones exigirá a los Estados miembros la adopción de medidas prácticas, no legislativas, como la prestación de asistencia a los operadores o a sus asociaciones.

Por último, todo el capítulo sobre «Cooperación administrativa» exige la transposición de los mecanismos prácticos necesarios para que las autoridades competentes de los Estados miembros cooperen eficazmente entre sí.

Todas éstas son obligaciones en virtud de las cuales los Estados miembros han de obtener un resultado práctico (por ejemplo, garantizar que se disponga de ventanillas únicas en el plazo límite de transposición), o emprender una determinada acción (por ejemplo, verificar si los regímenes de autorización cumplen las condiciones establecidas en la Directiva).

⁽⁷⁾ Un ejemplo en el que se aplicó con éxito tal planteamiento por las mismas razones es el de la transposición de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, DO L 178 de 17.7.2000, p. 1.

1.2.3. Medidas posteriores

La Directiva de servicios requiere asimismo la adopción de medidas por los Estados miembros con posterioridad al plazo límite de transposición de diciembre de 2009. Es lo que sucede en particular con el proceso de revisión de la legislación y evaluación recíproca previsto en el artículo 39 de la Directiva. Por ejemplo, de conformidad con el artículo 39, apartado 5, los Estados miembros asumen la obligación permanente de transmitir a la Comisión toda modificación de los requisitos aplicables a la prestación transfronteriza de servicios (se impone una obligación similar respecto a ciertos requisitos relacionados con la libertad de establecimiento en el artículo 15, apartado 7). Conforme al artículo 39, apartado 2, los Estados miembros tienen asimismo la obligación de participar en el proceso de evaluación recíproca que seguirá a la revisión de la legislación y al envío de informes sobre ésta. Por último, resulta igualmente evidente que el desarrollo de una política sobre calidad de los servicios, como se prevé en el capítulo V de la Directiva, evolucionará a lo largo de los años.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

2.1. Servicios incluidos

2.1.1. Concepto de «servicio»

Como norma básica, la Directiva de servicios se aplica a todos los servicios que no se excluyan explícitamente de su ámbito.

Para empezar, es importante comprender el concepto de «servicio» y el alcance de las actividades que engloba. Dicho concepto, de conformidad con el Tratado CE y la jurisprudencia vinculada del TJCE, se define de un modo amplio⁽⁸⁾. Engloba toda actividad económica por cuenta propia realizada normalmente a cambio de una remuneración, como se recoge en el artículo 50 del Tratado CE.

Así, con arreglo al significado previsto en el Tratado CE y en la Directiva de servicios, para que una actividad constituya un «servicio» ha de realizarse por cuenta propia, es decir, ha de ser realizada por un prestador (que puede ser persona física o jurídica) al margen de un contrato de trabajo⁽⁹⁾. Además, debe realizarse normalmente a cambio de una remuneración; en otras palabras, ha de ser de naturaleza económica. Estas condiciones deben evaluarse caso por caso en cada actividad. El mero hecho de que una actividad sea realizada por el Estado, por un órgano de éste o por una organización sin ánimo de lucro no significa que no constituya un servicio conforme al significado recogido en el Tratado CE y en la Directiva de servicios⁽¹⁰⁾. Más bien, de conformidad con la jurisprudencia del TJCE, «*la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que esta última constituye la contrapartida económica de la prestación que se discute*»⁽¹¹⁾. Es irrelevante que la remuneración sea abonada por el destinatario del servicio o por un tercero⁽¹²⁾. En cualquier caso, cabe señalar que el TJCE, en el contexto de los servicios de educación prestados en el marco del sistema de educación nacional, declaró que las matrículas que los alumnos o sus padres deben abonar en ocasiones para contribuir en cierta medida a sufragar los costes de funcionamiento del mismo no constituyen como tales una remuneración si el sistema se financia de todos modos esencialmente mediante fondos públicos⁽¹³⁾.

En consecuencia, los Estados miembros tendrán que garantizar que las normas de la Directiva de servicios se apliquen a una amplia gama de actividades, ya se presten a empresas o a consumidores. Sin ánimo de exhaustividad, pueden mencionarse como ejemplos de servicios contemplados en la Directiva los siguientes: las actividades de la mayoría de las profesiones reguladas⁽¹⁴⁾ (como asesores jurídicos y fiscales, arquitectos, ingenieros, contables, peritos), los servicios de los artesanos, los servicios a empresas (como los de mantenimiento de oficinas, consultoría de gestión, organización de eventos, cobro de deudas, publicidad y selección de personal), las tareas de distribución (incluido el comercio minorista y mayorista de bienes y servicios), los servicios en el campo del turismo (como los que prestan las agencias de viaje), los servicios de ocio (como los que prestan centros deportivos y parques de atracciones), los servicios de construcción, los de instalación y mantenimiento de equipos, los servicios de información (como portales de Internet, agencias de noticias, editoriales, actividades de programación informática), los servicios de alojamiento y restauración (como los que prestan hoteles, restaurantes, empresas de comidas a domicilio), los servicios en el área de la formación y la educación, los servicios de alquiler

⁽⁸⁾ Véase el artículo 4, apartado 1.

⁽⁹⁾ Sentencia de 12 de diciembre de 1974, *Walrave*, asunto 36/74.

⁽¹⁰⁾ Sentencia de 11 de abril de 2000, *Deliège*, asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97.

⁽¹¹⁾ Sentencia de 27 de septiembre de 1988, *Humbel*, asunto 263/86.

⁽¹²⁾ Sentencia de 26 de abril de 1988, *Bond van Adverteerders*, asunto 352/85; sentencia de 13 de mayo de 2003, *Müller Fauré*, asunto C-385/99; sentencia de 12 de julio de 2001, *Smits y Peerbooms*, asunto C-157/99.

⁽¹³⁾ Sentencia de 7 de diciembre de 1993, *Wirth*, asunto C-109/92.

⁽¹⁴⁾ En este contexto, debe quedar claro que siguen siendo aplicables los instrumentos comunitarios vigentes, como, en el caso de las profesiones reguladas, la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales (DO L 255 de 30.9.2005, p.22). Véase el apartado 4 del presente Manual.

(incluido el alquiler de automóviles) y de leasing, los servicios inmobiliarios, los de certificación y verificación, los servicios domésticos (como los de limpieza, cuidadores de menores y jardinería), etc.

En la legislación marco de transposición de la Directiva, sería aconsejable que los Estados miembros siguieran el mismo planteamiento, es decir, que definieran el ámbito de dicha legislación como aplicable a la totalidad de las actividades de servicio que no se excluyeran de manera explícita.

2.1.2. Servicios excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva

En la Directiva de servicios se excluyen explícitamente de su ámbito de aplicación varios servicios. Tales exclusiones son opcionales, en el sentido de que los Estados miembros pueden, si así lo desean, aplicar a todos o parte de esos servicios excluidos los principios generales y mecanismos recogidos en la Directiva, como el de «ventanilla única». En cualquier caso, queda claro que la normativa nacional sobre los servicios excluidos deberá atenerse a lo previsto en las restantes disposiciones del Derecho comunitario, en particular a la libertad de establecimiento y a la libertad de prestación de servicios garantizadas en los artículos 43 y 49 del Tratado CE.

En lo que concierne al alcance de tales exclusiones, pueden ofrecerse las explicaciones que siguen:

○ Servicios no económicos de interés general

La exclusión contemplada en el artículo 2, apartado 2, letra a), está estrechamente vinculada al concepto de «servicio» antes expuesto. El término «servicios no económicos» alude a los que no se realizan a cambio de una contraprestación económica. Estas actividades no constituyen un servicio conforme al significado del artículo 50 del Tratado y, por tanto, no se regulan en la Directiva de servicios. Quedan, pues, excluidos de ésta los servicios no económicos de interés general, como los que no se prestan a cambio de una remuneración en el ámbito de la enseñanza primaria y secundaria. Por el contrario, los servicios de interés económico general, como los característicos del sector de la electricidad y el gas, se prestan a cambio de una contraprestación económica y, por tanto, en principio, se incluyen en el ámbito de aplicación de la Directiva ⁽¹⁵⁾. La determinación de si un servicio que un Estado miembro considera de interés general es de naturaleza económica o no económica ha de hacerse a la luz de la jurisprudencia del TJCE antes referida ⁽¹⁶⁾. En cualquier caso, los Estados miembros no pueden considerar todos los servicios de un determinado campo, como el de la educación, como servicios no económicos de interés general.

○ Servicios financieros

La exclusión consignada en el artículo 2, apartado 2, letra b), abarca la totalidad de servicios financieros, incluidos los bancarios, de crédito, de valores y fondos de inversión, de seguros y de pensiones. Se incluyen aquí los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio ⁽¹⁷⁾, como los de crédito al consumo, crédito hipotecario, arrendamiento financiero y emisión y gestión de medios de pago. Los que no implican un servicio financiero, como los de arrendamiento operativo de bienes («leasing»), no están comprendidos en esta exclusión y los Estados miembros tendrán que asegurarse de que estén cubiertos por las medidas de transposición.

○ Servicios y redes de comunicaciones electrónicas

La exclusión contemplada en el artículo 2, apartado 2, letra c), abarca los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados, conforme se define en el artículo 2 de la Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) ⁽¹⁸⁾. Entre tales servicios y redes figuran, por ejemplo, la telefonía vocal y los servicios de transmisión de correo electrónico. No obstante, estos servicios solo se excluyen en lo que respecta a las materias reguladas en las cinco directivas incluidas en el denominado «paquete de telecomunicaciones» ⁽¹⁹⁾. En las cuestiones no tratadas en estas cinco Directivas, como la «ventanilla única» o los procedimientos por vía electrónica, se aplicará

⁽¹⁵⁾ Aunque la aplicación de la disposición específica de las Directivas vigentes que regula tales servicios tendrá prioridad en caso de conflicto con alguna de las disposiciones de la Directiva de servicios. Véase el apartado 4 del presente Manual.

⁽¹⁶⁾ Véase el apartado 2.1.1 del presente Manual.

⁽¹⁷⁾ DO L 177 de 30.6.2006, p. 1.

⁽¹⁸⁾ DO L 108 de 24.4.2002, p. 33.

⁽¹⁹⁾ Directiva 2002/19/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al acceso a las redes de comunicaciones electrónicas y recursos asociados, y a su interconexión (Directiva de acceso) (DO L 108 de 24.4.2002, p. 7); Directiva 2002/20/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a la autorización de redes y servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de autorización) (DO L 108 de 24.4.2002, p. 21); Directiva 2002/21/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa a un marco regulador común de las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva marco) (DO L 108 de 24.4.2002, p. 33); Directiva 2002/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de marzo de 2002, relativa al servicio universal y los derechos de los usuarios en relación con las redes y los servicios de comunicaciones electrónicas (Directiva de servicio universal) (DO L 108 de 24.4.2002, p. 51), y Directiva 2002/58/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de julio de 2002, relativa al tratamiento de los datos personales y a la protección de la intimidad en el sector de las comunicaciones electrónicas (Directiva sobre la intimidad y las comunicaciones electrónicas) [DO L 201 de 31.7.2002, p. 37, modificada por la Directiva 2006/24/CE (DO L 105 de 13.4.2006, p. 54)].

la Directiva de servicios. En este sentido, los Estados miembros han de garantizar que estos servicios se beneficien de las disposiciones pertinentes de la Directiva de servicios, para lo que podrán modificar la legislación específica en el sector de las telecomunicaciones o abordar la cuestión en la ley marco horizontal de transposición de la Directiva.

○ Servicios en el ámbito del transporte

La exclusión que figura en el artículo 2, apartado 2, letra d), abarca los servicios de transporte que entren en el ámbito de aplicación del título V del Tratado CE. En consecuencia, comprende el transporte aéreo, el transporte marítimo y por vías navegables, incluidos los servicios portuarios, así como el transporte por carretera y ferrocarril, incluido en particular el transporte urbano, y los servicios de taxi y ambulancia ⁽²⁰⁾. La exclusión no abarca los servicios que no son propiamente de transporte, como los prestados por autoescuelas, empresas de mudanzas, de alquiler de automóviles, funerarias o de fotografía aérea. Tampoco abarca las actividades comerciales en puertos o aeropuertos, como las que realizan tiendas y restaurantes. Por tanto, estas actividades de servicio quedan reguladas por la Directiva y han de ser objeto de las medidas de transposición.

○ Servicios de las empresas de trabajo temporal

La exclusión recogida en el artículo 2, apartado 2, letra e), abarca el servicio de contratación temporal de trabajadores que prestan las empresas de trabajo temporal. Los servicios ajenos a los de contratación de trabajadores que, en ocasiones, ofrecen estos mismos prestadores, como los de colocación o selección, no son objeto de la exclusión y, por tanto, han de considerarse en las medidas de transposición.

○ Servicios sanitarios

La exclusión recogida en el artículo 2, apartado 2, letra f), abarca «*los servicios sanitarios y farmacéuticos prestados por profesionales de la salud a sus pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud cuando estas actividades están reservadas a profesiones reguladas en el Estado miembro en que se presta el servicio*» ⁽²¹⁾. Esto significa que no se excluyen los servicios que no se prestan a un paciente, sino al propio profesional sanitario o a un hospital, como los servicios contables, de limpieza, de secretaría o administrativos, el suministro y mantenimiento de equipos médicos y los servicios de los centros de investigación médica. Tampoco se excluyen las actividades no destinadas a mantener, evaluar o recuperar el estado de salud de los pacientes. Por ejemplo, las actividades concebidas para mejorar el bienestar o procurar relajación, como las que se realizan en centros deportivos o gimnasios, quedan reguladas en la Directiva y tendrán que ser consideradas en las medidas de transposición. Por otra parte, la exclusión de los servicios sanitarios solo abarca las actividades que se reservan a las profesiones de salud reguladas en el Estado miembro en el que se presten. Por tanto, los servicios que se presten sin que se requiera una cualificación profesional específica han de ser objeto de las medidas de transposición. Por último, debe quedar claro que la exclusión de los servicios sanitarios abarca los servicios relativos a la salud humana y no debe extenderse a los servicios veterinarios, por lo que éstos deberán ser considerados en las medidas de transposición.

○ Servicios audiovisuales y de radiodifusión

La exclusión consignada en el artículo 2, apartado 2, letra g), abarca los servicios audiovisuales, es decir, aquellos cuya finalidad principal es la comunicación de imágenes en movimiento con o sin sonido, incluida la televisión y la exhibición de películas en cines, independientemente del modo en que se produzcan, distribuyan o transmitan. Abarca asimismo los servicios de radiodifusión. Otros servicios vinculados a los audiovisuales o de radiodifusión, como los de publicidad o la venta de bebidas y comida en los cines, no están excluidos y han de ser objeto de las medidas de transposición.

○ Juegos de azar

La exclusión recogida en el artículo 2, apartado 2, letra h), abarca todo servicio que implique apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidos en particular los juegos numéricos como las loterías, las tarjetas de sorteo directo, los servicios de juego ofrecidos en casinos y otras instalaciones con licencia, los servicios de apuestas, el bingo y los servicios de juego gestionados por instituciones benéficas u organizaciones sin ánimo de lucro y prestados a beneficio de éstas. Por el contrario, los juegos de habilidad, las máquinas de juego que no dan premios o que solo recompensan en forma de juegos gratis o promocionales cuyo propósito exclusivo es promover la venta de bienes o servicios, no son objeto de la exclusión y, por tanto, quedan regulados por la Directiva de servicios. Otros servicios

⁽²⁰⁾ Véase el considerando 21.

⁽²¹⁾ Véase el considerando 22.

prestados en casinos, como la venta de comida o bebidas, tampoco son objeto de la exclusión y han de considerarse en las medidas de transposición.

○ **Actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública**

La exclusión consignada en el artículo 2, apartado 2, letra i), refleja lo dispuesto en el artículo 45 del Tratado CE, con arreglo al cual las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública no se someten a las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios. Esta exclusión, de conformidad con la jurisprudencia del TJCE, solo abarca actividades específicas, no profesiones enteras ⁽²²⁾. La determinación de si ciertas actividades están vinculadas o no de manera directa o específica al ejercicio de la autoridad pública no es cuestión que pueda decidir unilateralmente un Estado miembro, sino que ha de evaluarse con arreglo a los criterios generales establecidos por el TJCE. Así, el mero hecho de que un Estado miembro considere una actividad como ejercicio de autoridad pública, o que sea desempeñada por él, por un órgano administrativo o por una entidad a la que se hayan asignado tareas públicas, no significa que tal actividad encaje en lo dispuesto en el artículo 45 del Tratado CE. Cuando se enfrenten a casos en los que tengan que evaluar si una actividad de servicios cae dentro del artículo 45 del Tratado CE, con lo que quedaría excluida de la Directiva de servicios, los Estados miembros deberán tener en cuenta el estrecho ámbito de aplicación que el TJCE ha reconocido al referido artículo ⁽²³⁾.

○ **Servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas**

Los servicios sociales consignados en el artículo 2, apartado 2, letra j), se excluyen en la medida en que sean prestados por el Estado, por prestadores encargados por éste o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado. La noción de «asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado» comprende las iglesias y las organizaciones eclesiales que atiendan fines benéficos. Teniendo en cuenta el texto de la exclusión y las explicaciones que se dan en el considerando 27, queda claro que tales servicios no se excluyen si son prestados por otros tipos de prestadores, como los operadores privados que actúen sin mandato del Estado. Por ejemplo, no están excluidos los servicios de atención a la infancia y los demás servicios específicos (como los campamentos de verano) a cargo de cuidadores u operadores privados. Del mismo modo, los servicios sociales relativos al apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas debido a la insuficiencia de sus ingresos familiares o a la falta parcial de independencia, así como los prestados a las que corren el riesgo de marginación, como los servicios de cuidado de personas de edad avanzada o los prestados a desempleados, se excluyen del ámbito de aplicación de la Directiva únicamente en la medida en que sean prestados por cualquiera de los prestadores antes mencionados (es decir, el Estado, los prestadores encargados por éste o las asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado). Así, por ejemplo, los servicios domésticos privados no se excluyen de la Directiva y han de ser objeto de las medidas de transposición.

○ **Servicios de seguridad privados**

La exclusión recogida en el artículo 2, apartado 2, letra k), abarca los servicios de vigilancia de bienes e instalaciones, los de protección de personas (guardaespaldas), las patrullas de seguridad y supervisión de edificios y asimismo los servicios relativos al depósito, salvaguarda, transporte y distribución de efectivo y objetos de valor. Los servicios que no son «de seguridad» propiamente dichos, como los de venta, entrega, instalación y mantenimiento de equipos técnicos de seguridad, no son objeto de la exclusión. Por tanto, tendrán que considerarse en las medidas de transposición de la Directiva.

○ **Servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración**

Estos servicios se excluyen en el artículo 2, apartado 2, letra l) de la Directiva, independientemente de que puedan considerarse o no vinculados al ejercicio de la autoridad pública al que se refiere el artículo

⁽²²⁾ Sentencia de 9 de marzo de 2000, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-355/98; véase asimismo la sentencia de 29 de octubre de 1998, *Comisión contra España*, asunto C-114/97; sentencia de 13 de julio de 1993, *Thijssen*, asunto C-42/92, y la sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners*, asunto 2/74.

⁽²³⁾ El TJCE ha declarado que el artículo 45 no atañe a las actividades de índole meramente auxiliar y preparatoria en relación con el ejercicio de la autoridad pública (sentencia de 13 de julio de 1993, *Thijssen*, asunto 42/92), ni a las actividades de naturaleza meramente técnica, como las que conciernen al diseño, la programación y la operación de sistemas de proceso de datos (sentencia de 5 de diciembre de 1989, *Comisión contra Italia*, asunto 3/88). Por otra parte, hay varias actividades de servicio que el TJCE ha considerado ya excluidas del ámbito del artículo 45 del Tratado CE, como las de «avocat» (sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners*, asunto 2/74), las actividades de las empresas de seguridad (sentencia de 31 de mayo de 2001, *Comisión contra Italia*, asunto C-283/99; sentencia de 9 de marzo de 2000, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-355/98; sentencia de 26 de enero de 2006, *Comisión contra España*, asunto C-514/03), las actividades de auditores autorizados ante entidades aseguradoras (sentencia de 13 de julio de 1993, *Thijssen*, asunto C-42/92), las actividades de diseño, programación y operación de sistemas de proceso de datos (sentencia de 5 de diciembre de 1989, *Comisión contra Italia*, asunto 3/88), las actividades llevadas a cabo en el marco de contratos relativos a los locales, suministros, instalaciones, mantenimiento, funcionamiento y transmisión de datos necesarios para la gestión de una lotería (sentencia de 26 de abril de 1994, *Comisión contra Italia*, asunto C-272/91).

45 del Tratado CE. La exclusión comprende los servicios prestados por notarios y agentes judiciales designados mediante un acto oficial de la Administración. Incluye, por ejemplo, los servicios de legalización de los notarios y los de embargo de bienes a cargo de agentes judiciales.

2.1.3. Fiscalidad

Como se indica en el artículo 2, apartado 3, la Directiva de servicios no se aplica a la fiscalidad. Se incluyen en este concepto tanto el Derecho fiscal sustantivo como los requisitos administrativos necesarios para la aplicación de las leyes fiscales, como la asignación de los números de IVA. Lógicamente, los Estados miembros podrán optar por aplicar ciertos aspectos de la Directiva de servicios también a las cuestiones fiscales; por ejemplo, en lo que atañe a la asignación de números de IVA a través de las «ventanillas únicas» y por medios electrónicos.

2.1.4. Relación con la libre circulación de mercancías

Como se indica en el considerando 76, la Directiva de servicios no se aplica a las actividades reguladas por los artículos 28 a 30 del Tratado CE relativos a la libre circulación de mercancías. En este sentido, la Directiva de servicios no se aplica a los requisitos que han de ser evaluados con arreglo a las disposiciones del Tratado CE sobre libre circulación de mercancías y que no afectan al acceso o al ejercicio de una actividad de servicios, como los que conciernen al etiquetado de productos, materiales de construcción o uso de plaguicidas. No obstante, debe quedar claro que los requisitos que restringen el uso de equipos que son necesarios para la prestación de un servicio afectan al ejercicio de una actividad de servicios y, por tanto, son objeto de la Directiva ⁽²⁴⁾.

Al aplicar la Directiva, los Estados miembros han de tener en cuenta que, aunque la fabricación de bienes no es una actividad de servicios ⁽²⁵⁾, existen muchas actividades auxiliares vinculadas a ella (por ejemplo, venta minorista, instalación y mantenimiento, servicios posventa) que sí constituyen una actividad de servicios y, por tanto, deben ser objeto de las medidas de transposición.

2.2. Prestadores incluidos

La Directiva se aplica a los servicios prestados por una persona física que sea nacional de un Estado miembro o por una persona jurídica, tal como es definida ésta en el artículo 48 del Tratado CE ⁽²⁶⁾, establecida en un Estado miembro. Como se aclara en el considerando 38, el concepto de «persona jurídica» engloba todas las entidades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro ⁽²⁷⁾ o que se rijan por la misma, independientemente de que, de conformidad con la legislación nacional, se les reconozca o no personalidad jurídica. Todas estas entidades quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva. Por el contrario, los servicios prestados por personas físicas que no sean nacionales de un Estado miembro o por entidades establecidas fuera de la Comunidad, o no constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro, no están cubiertos por la Directiva.

2.3. Requisitos incluidos

2.3.1. Concepto de requisito

La Directiva de servicios se aplica a aquellos requisitos que afectan al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Como se señala en el artículo 4, apartado 7, el concepto de requisito engloba cualquier obligación, prohibición, condición o límite impuestos a los prestadores (o a los destinatarios) de los servicios, como la obligación de obtener una autorización o de efectuar una declaración ante las autoridades competentes. Se incluye cualquier obligación, prohibición, condición o limitación previstas en disposiciones legales, reglamentarias o administrativas tanto a escala nacional como regional o local. Además, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE ⁽²⁸⁾, la Directiva también se aplica a toda disposición impuesta en las normas de los colegios profesionales o en las normas colectivas de asociaciones o de organismos profesionales adoptadas por estas entidades en el ejercicio de su autonomía jurídica.

⁽²⁴⁾ Véase el apartado 7.1.3.4 del presente Manual.

⁽²⁵⁾ Sentencia de 7 de mayo de 1985, *Comisión contra Francia*, asunto 18/84; sentencia de 11 de julio de 1985, *Cinéthèque*, asuntos acumulados 60-61/84.

⁽²⁶⁾ Véase el considerando 36. El artículo 48 del Tratado CE hace referencia a las empresas y otras personas jurídicas constituidas de conformidad con la legislación de un Estado miembro que dispongan de su domicilio social, su administración central o su lugar de actividad principal en la Comunidad.

⁽²⁷⁾ Incluidas, por ejemplo, la sociedad de responsabilidad limitada conforme a la legislación británica, o la «*offene Handelsgesellschaft*» (oHG) constituida con arreglo a la legislación alemana.

⁽²⁸⁾ De acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, la abolición de las barreras estatales no debe quedar neutralizada por obstáculos resultantes de normas establecidas por asociaciones u organizaciones en el ejercicio de su autonomía jurídica. Véase la sentencia de 12 de diciembre de 1974, *Walrave*, asunto 36/74, apartados 17, 23 y 24; la sentencia de 14 de julio de 1976, *Donà*, asunto 13/76, apartados 17 y 18; la sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, asunto C-415/93, apartados 83 y 84; la sentencia de 19 de febrero de 2002, *Wouters*, C-309/99, apartado 120.

2.3.2. Requisitos generales que no afectan al acceso a una actividad de servicios ni a su ejercicio

Como se explica en el considerando 9, la Directiva de servicios no se aplica a los requisitos que no regulen ni afecten específicamente a la actividad del servicio, pero que hayan de ser respetados por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada. Esto significa que requisitos tales como los impuestos en el código de circulación, en las normas urbanísticas o de uso del suelo, en las normas de ordenación del territorio o en las ordenanzas de construcción, en general, no se verán afectadas por la Directiva de servicios. Por supuesto, el mero hecho de que se dé a tales normas la denominación específica, por ejemplo, como normas urbanísticas, o de que los requisitos se formulen de un modo general, es decir, que no se dirijan específicamente a los prestadores de servicios, no basta para excluirlas del ámbito de la Directiva de servicios. De hecho, ha de evaluarse el efecto real de los requisitos en cuestión para determinar si son de carácter general o no. Así, al transponer la Directiva, los Estados miembros deberán tener en cuenta que las «normas urbanísticas» o las «ordenanzas de construcción» pueden contener requisitos que regulen de manera específica actividades de servicios y que, por tanto, estén cubiertos por la Directiva de servicios. Por ejemplo, las disposiciones sobre la superficie máxima de ciertos establecimientos comerciales, aun cuando figuren en las normas urbanísticas generales, están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios y, en consecuencia, han de atenerse a lo previsto en el capítulo sobre libertad de establecimiento de ésta.

2.3.3. Requisitos que rigen el acceso a fondos públicos

Como se explica en el considerando 10, la Directiva de servicios no afecta a los requisitos cuyo cumplimiento es condición para acceder a fondos públicos, como ocurre con las normas de calidad o con las condiciones contractuales específicas aplicables a ciertos servicios de interés económico general. Tales requisitos no se verán afectados por la aplicación de la Directiva. En particular, ésta no obliga a los Estados miembros a reconocer a los prestadores establecidos en otros Estados miembros el derecho a recibir los mismos fondos que los prestadores de servicios establecidos en su propio territorio. En todo caso, es evidente que los requisitos que rigen el acceso a los fondos públicos por parte de los prestadores de servicios, así como las demás ayudas concedidas por Estados miembros (u otorgadas a través de recursos del Estado), han de cumplir otras normas comunitarias, entre ellas las relativas a la competencia, en particular el artículo 87 del Tratado CE.

3. RELACIÓN ENTRE LA DIRECTIVA Y DETERMINADAS ÁREAS DE LA LEGISLACIÓN O LAS POLÍTICAS

3.1. Derecho penal

Como se explica en el considerando 12, el objetivo de la Directiva de servicios es crear un marco jurídico que garantice la libertad de establecimiento y la libre circulación de servicios entre los Estados miembros, y no armonizar, menoscabar ni (como se indica en el artículo 1, apartado 5) afectar al Derecho penal de los Estados miembros. Queda claro, por ejemplo, que si un prestador de servicios de otro Estado miembro comete un delito, como una difamación o una estafa, al prestar los servicios, tal delito quedará fuera del ámbito de aplicación de la Directiva.

Por lo demás, es evidente que el Derecho penal no puede utilizarse para restringir las libertades fundamentales garantizadas por el Derecho comunitario⁽²⁹⁾ y que los Estados miembros no pueden ampararse en sus disposiciones penales para eludir o impedir la aplicación de las disposiciones de la Directiva de servicios. Esto significa, por ejemplo, que un Estado miembro que, de conformidad con el artículo 9 de la Directiva, no pueda mantener un régimen de autorización por ser discriminatorio o desproporcionado, no podrá mantenerlo tampoco por la vía de la imposición de una sanción penal en caso de incumplimiento de ese régimen de autorización. Del mismo modo, si un Estado miembro no puede aplicar ciertos requisitos nacionales a servicios provenientes de otros Estados miembros, por incumplir la aplicación de dichos requisitos los criterios expuestos en el artículo 16, no podrá eludir tal imposibilidad por la vía de la imposición de una sanción penal por incumplimiento de tales requisitos. Así, cuando se examinen los requisitos nacionales aplicables a los prestadores de servicios, puede que

⁽²⁹⁾ Véanse, por ejemplo, la sentencia de 19 de enero de 1999, *Calfa*, asunto C-348/96; la sentencia de 6 de marzo de 2007, *Placanica*, asuntos acumulados C-338/04, C-359/04 y C-360/04.

los Estados miembros también tengan que revisar ciertas disposiciones de su Derecho penal cuya aplicación podría dar lugar a una elusión de las obligaciones recogidas en la Directiva.

3.2. Derecho laboral y legislación de seguridad social

En el artículo 1, apartado 6, se establece que la Directiva de servicios no afecta al Derecho laboral ni a la legislación en materia de seguridad social de los Estados miembros. La Directiva ni contiene normas referentes al ámbito del Derecho laboral o de la seguridad social, ni obliga a los Estados miembros a modificar su legislación en estas materias. Puesto que no existe una noción común del Derecho laboral en el Derecho comunitario, en el artículo 1, apartado 6, se explica lo que se entiende por tal: cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, o las relaciones entre empleadores y trabajadores. Se incluyen aquí todas las normas que abordan las condiciones de empleo específicas de los trabajadores y la relación entre éstos y sus empleadores. Comprende asimismo la normativa sobre salarios, tiempo de trabajo, vacaciones anuales y cualesquiera obligaciones contractuales entre el empleador y sus empleados. En el artículo 1, apartado 6, se establece asimismo que la aplicación de la legislación nacional deberá ser conforme con el Derecho comunitario. Esto significa que, en lo que se refiere a los trabajadores desplazados, el Estado miembro receptor deberá someterse a lo dispuesto en la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores ⁽³⁰⁾.

3.3. Derechos fundamentales

En el artículo 1, apartado 7, se establece que la Directiva no afecta al ejercicio de los derechos fundamentales tal y como se reconocen en los Estados miembros y el Derecho comunitario, sin especificar más este concepto. En su segunda frase se alude al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales conformes al Derecho comunitario. En este artículo 1, apartado 7, no se toma partido sobre si la negociación, la celebración y la aplicación de convenios colectivos constituyen derechos fundamentales. A este respecto, el considerando 15 reviste especial importancia. En él se detalla el principio básico de que no existe conflicto inherente entre el ejercicio de derechos fundamentales y las libertades fundamentales del Tratado CE y de que aquellos no prevalecen sobre éstas, ni viceversa ⁽³¹⁾.

3.4. Derecho internacional privado

Como se indica en el artículo 3, apartado 2, la Directiva de servicios no afecta a las normas de Derecho internacional privado. Tales normas, incluido el Convenio de Roma (y los futuros Reglamentos Roma I y Roma II) ⁽³²⁾ determinan qué disposiciones de Derecho privado son aplicables, en particular a las obligaciones contractuales y extracontractuales, en caso de litigio entre prestadores y destinatarios de los servicios u otros prestadores. En su artículo 17, apartado 15, la Directiva de servicios establece una derogación específica a la cláusula sobre libertad de prestación de servicios y garantiza así que las normas de Derecho internacional privado no se vean afectadas por la aplicación de la propia Directiva.

Tal excepción es aplicable a todas las normas de Derecho internacional privado, incluidas las que, como ocurre en el artículo 5 del Convenio de Roma, establecen que, en casos específicos relativos a los consumidores, la legislación aplicable será la de su Estado de residencia habitual. No obstante, cabe señalar que las normas de Derecho internacional privado solo determinan qué disposiciones de Derecho privado se aplican a una relación contractual o extracontractual, incluida la existente entre un prestador de servicios y un consumidor. No determinan, por ejemplo, las normas de Derecho público aplicables. La determinación de si pueden aplicarse o no las normas del Estado miembro de residencia habitual del consumidor, distintas de las normas de Derecho privado, a un prestador de servicios concreto no corresponde al Derecho internacional privado, sino a la Directiva de servicios y, en particular, a su artículo 16.

Por último, la Directiva de servicios no afecta a la jurisdicción de los tribunales. Estas cuestiones están reguladas por el Reglamento comunitario relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la aplicación de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil ⁽³³⁾.

⁽³⁰⁾ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DO L 18 de 21.1.1997, p. 1.

⁽³¹⁾ Siguiendo la línea de razonamiento del TJCE en sus sentencias de 12 de junio de 2003, *Schmidberger*, asunto C-112/00, y de 9 de diciembre de 1995, *Comisión contra Francia (fresas)*, asunto C-265/95, el ejercicio de derechos fundamentales puede y debe conciliarse con el de las libertades fundamentales del Tratado CE.

⁽³²⁾ Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, DO C 27 de 26.1.1998, p. 34, actualmente en proceso de modernización y transformación en un instrumento comunitario; véase la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (*«Roma I»*), COM(2005) 650 final. Reglamento relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (*«Roma II»*) (propuesta de la Comisión, COM(2006) 83 final), aprobado por el Parlamento Europeo el 10 de julio de 2007.

⁽³³⁾ Reglamento (CE) n° 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, DO L 12 de 16.1.2001, p. 1.

4. RELACIÓN ENTRE LA DIRECTIVA Y OTRAS DISPOSICIONES DEL DERECHO COMUNITARIO

Como norma básica, la Directiva de servicios se aplica además del Derecho comunitario vigente. Los posibles conflictos entre la Directiva y otros instrumentos del Derecho derivado comunitario se abordan en ella, en general, de manera explícita, en particular previendo excepciones a la aplicación de determinadas disposiciones ⁽³⁴⁾. En cualquier caso, en el artículo 3 se establece una norma aplicable a los casos residuales o excepcionales en los que se plantee un conflicto entre una disposición de la Directiva de servicios y una disposición de otro instrumento del Derecho derivado comunitario.

En concreto se establece que, en caso de conflicto entre una disposición de la Directiva de servicios y una disposición de otro instrumento del Derecho derivado comunitario, primará esta última. No se aplicará, pues, la Directiva de servicios. Cabe señalar que tal primacía atañe únicamente a la disposición en conflicto de que se trate y no a las restantes disposiciones de la Directiva de servicios, que seguirán siendo de aplicación.

La cuestión de si existe o no un conflicto entre una disposición de la Directiva de servicios y una disposición de otro instrumento comunitario ha de evaluarse detenidamente en cada caso concreto. El mero hecho de que se incluyan normas sobre aspectos específicos de un determinado servicio en otro instrumento comunitario (incluidos los mencionados en el artículo 3) no basta para concluir que exista un conflicto con una disposición de la Directiva. Para dejar de aplicar una disposición de ésta ha de demostrarse que existe una contradicción entre normas específicas de los dos instrumentos. Esta evaluación ha de basarse en una interpretación exhaustiva de las disposiciones en cuestión, de conformidad con su fundamento jurídico y con las libertades fundamentales consagradas en los artículos 43 y 49 del Tratado CE.

5. SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

En el capítulo II de la Directiva de servicios (artículos 5 a 8) se expone un ambicioso programa de modernización y simplificación administrativa. Se insta a los Estados miembros a simplificar los procedimientos administrativos, a establecer «ventanillas únicas» que actúen como interlocutores de los prestadores de servicios, a brindar la posibilidad de realizar los procedimientos a distancia y por medios electrónicos, y a procurar que la información sobre procedimientos y requisitos nacionales resulte fácilmente accesible para los prestadores y los destinatarios de los servicios.

Los artículos 5 a 8 se aplican a todos los procedimientos y trámites necesarios para el acceso y el ejercicio de una actividad de servicios incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva, independientemente de que tengan un origen central, regional o local. No se establece ninguna distinción entre prestadores nacionales y extranjeros. Por tanto, se aplican del mismo modo a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro y a los establecidos (o que deseen establecerse) en el territorio de su propio Estado miembro.

Por otra parte, esos artículos se aplican a todos los procedimientos, independientemente de que el prestador de servicios deba cumplirlos para establecerse en un Estado miembro o para acceder a su prestación transfronteriza (en la medida en que los procedimientos y trámites se apliquen a los prestadores establecidos en otros Estados miembros que presten sus servicios de manera transfronteriza) ⁽³⁵⁾.

La simplificación administrativa contemplada contribuirá a promover la competitividad de la economía europea ⁽³⁶⁾. Por tanto, es posible que los Estados miembros consideren la aplicación de la totalidad o parte de las disposiciones del capítulo II, en particular las relativas a la ventanilla única y a los procedimientos electrónicos, a servicios y cuestiones no abordados en la Directiva de servicios.

⁽³⁴⁾ Véanse, por ejemplo, el artículo 5, apartado 3; el artículo 9, apartado 3; o el artículo 15, apartado 2, letra d).

⁽³⁵⁾ A este respecto, ha de tenerse en cuenta que, con arreglo al artículo 16, los Estados miembros pueden imponer sus requisitos a los prestadores de servicios que acceden a su territorio únicamente en casos limitados. Véase el apartado 7.1.3 del presente Manual.

⁽³⁶⁾ De conformidad con la Estrategia de Lisboa renovada y las iniciativas del programa «Legislar mejor», véase la Comunicación de la Comisión «Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo. Relanzamiento de la Estrategia de Lisboa», COM(2005) 24 de 2.2.2005, y la Comunicación de la Comisión «Análisis estratégico del programa “Legislar mejor” en la Unión Europea», COM(2006) 689 de 14.11.2006.

5.1. Simplificación de los procedimientos y trámites aplicables a los prestadores de servicios

De conformidad con el artículo 5, apartado 1, los Estados miembros han de verificar los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio, y deberán simplificarlos si no son suficientemente simples. Esta disposición exige a los Estados miembros que dediquen un esfuerzo real a la simplificación administrativa. Al abordar tal ejercicio, deberán examinar y evaluar los procedimientos y trámites desde la perspectiva del prestador, teniendo en cuenta asimismo que la simplificación de los procedimientos atenuará a su vez la carga administrativa para la propia Administración. Los Estados miembros deberían tomar en consideración los procedimientos administrativos simplificados utilizados en otros Estados miembros e intercambiar buenas prácticas. La Comisión hará cuanto esté a su alcance para facilitarlos.

El concepto de procedimientos y trámites es amplio y comprende toda medida administrativa que los prestadores de servicios estén obligados a adoptar, como la remisión de documentos, la presentación de declaraciones o el registro ante autoridades competentes. Abarca no solo los procedimientos y trámites que constituyen una condición previa para el ejercicio de una actividad de servicios, sino también los exigidos en una fase posterior, durante ese ejercicio o incluso tras su culminación (por ejemplo, la obligación de declarar anualmente los datos pormenorizados de las transacciones realizadas).

En términos prácticos, los Estados miembros tendrán que evaluar si sus requisitos administrativos son verdaderamente necesarios y si algunos, o partes de ellos, pueden suprimirse o sustituirse por alternativas que resulten menos gravosas para los prestadores de servicios. Por otra parte, habrán de evaluar el número de procedimientos administrativos que debe seguir un prestador de servicios, su posible duplicidad, su coste, claridad y accesibilidad, así como la demora y las dificultades prácticas que suponen ⁽³⁷⁾.

Los Estados miembros deberán evaluar además si la totalidad de los datos y documentos solicitados son necesarios, si hay que exigir su presentación al propio prestador de servicios y si cierta información no se encuentra ya disponible en otras fuentes (por ejemplo, otras autoridades competentes). Por ejemplo, las normas que obligan a un prestador de servicios a presentar un expediente completo, incluidos documentos o datos que se encuentran ya en posesión de la Administración, son normalmente innecesarias y, en tal caso, deberán derogarse. Del mismo modo, los procedimientos que exijan presentaciones de documentación separadas, en cumplimiento de requisitos diferentes, podrían simplificarse para permitir una presentación única.

Los Estados miembros tendrán que evaluar asimismo si está justificado exigir que se presenten ciertos datos de una forma específica, por ejemplo, en su formato original, como copia compulsada o con una traducción compulsada, o si bastaría con presentar una copia no compulsada o una traducción no compulsada. En cualquier caso, de conformidad con el artículo 5, apartado 3, los Estados miembros solo podrán exigir que se presenten originales de documentos, o copias compulsadas, o que éstos se acompañen de traducciones juradas, si tal exigencia está justificada por una razón imperiosa de interés general, o se prevé en otro instrumento comunitario. Cabe señalar que la mera duda sobre la autenticidad de un documento dado, o sobre su contenido exacto, puede resolverse mediante los contactos apropiados con las autoridades competentes (en particular, con la autoridad que haya expedido el documento en cuestión), en especial a través de la cooperación administrativa. Este ejercicio no debe resultar particularmente gravoso, puesto que el sistema de información del mercado interior (IMI) ⁽³⁸⁾ permitirá la descarga fácil de los documentos y su verificación a distancia.

Por otra parte, con arreglo al artículo 5, apartado 3, los Estados miembros han de aceptar los documentos de otros Estados miembros que tengan una función equivalente o de los que se desprenda que el requisito en cuestión está cumplido. Esto obliga a las Administraciones nacionales a hacer un esfuerzo para evaluar el fondo, no solo la forma, de los documentos expedidos por otros Estados miembros. Por ejemplo, los Estados miembros podrían no exigir la presentación de un certificado de nacionalidad o de residencia en los casos en que otros documentos de identificación oficiales (como un pasaporte o un documento nacional de identidad) permitan comprobar ya la nacionalidad o la residencia del interesado.

⁽³⁷⁾ Véase el considerando 45.

⁽³⁸⁾ Véase el apartado 9.2.2 del presente Manual.

No obstante, lo dispuesto en el artículo 5, apartado 3, no se aplica a varios documentos que se prevén en los instrumentos comunitarios siguientes: la Directiva sobre cualificaciones profesionales ⁽³⁹⁾, la Directiva sobre contratos públicos ⁽⁴⁰⁾, la Directiva sobre el establecimiento de abogados ⁽⁴¹⁾ y la primera y undécima Directivas sobre Derecho de sociedades ⁽⁴²⁾.

De conformidad con el artículo 5, apartado 2, la Comisión podrá utilizar el procedimiento de comitología mencionado en el artículo 40, apartado 2, para establecer formularios armonizados «*referentes a certificados, acreditaciones u otros documentos requeridos para el establecimiento de un prestador*». Podrán adoptarse formularios armonizados para determinados certificados o documentos afines cuando las divergencias entre los documentos nacionales diseñados para fines similares dificulten a las autoridades competentes la determinación de su contenido o significado y los prestadores de servicios, como consecuencia, hayan de cumplimentar un elevado número de formularios diferentes. Por ejemplo, la prueba del establecimiento en un Estado miembro puede obtenerse de diversos documentos, que van desde un certificado de constitución emitido por una autoridad pública hasta un certificado de afiliación a una cámara de comercio o profesional, dependiendo del Estado miembro de que se trate. Si la experiencia demostrase en la práctica que los prestadores de servicios siguen teniendo que cumplimentar multitud de formularios diferentes (a pesar de la asistencia ofrecida mediante la cooperación administrativa prevista en la Directiva), un formulario armonizado podría resultar una solución efectiva. En cualquier caso, se trata de una decisión que solo podrá adoptarse en una etapa posterior, a partir de la experiencia adquirida en la aplicación de la Directiva de servicios.

5.2. Ventanillas únicas

De conformidad con el artículo 6, los Estados miembros están obligados a garantizar que los prestadores de servicios puedan llevar a cabo los procedimientos y trámites necesarios para el acceso a sus actividades de servicios, y el ejercicio de éstas, mediante «ventanillas únicas». Ésta es una de las obligaciones de resultado contenida en la Directiva de servicios. Los Estados miembros tendrán que adoptar varias decisiones sobre el modo de organizar sus «ventanillas únicas» y garantizar que éstas se establecen y entran en funcionamiento, a más tardar, a la conclusión del período de transposición.

Tales ventanillas se conciben como interlocutores institucionales únicos desde la perspectiva del prestador de servicios, de modo que éste no tenga que ponerse en contacto con varias autoridades u órganos competentes para recabar toda la información pertinente y completar lo necesario para el ejercicio de sus actividades de servicio. Los Estados miembros han de poner las ventanillas únicas a disposición de todos los prestadores de servicios, independientemente de que éstos se encuentren establecidos en su territorio o en el de otro Estado miembro. Lógicamente, tal obligación procede tan solo en relación con los sectores incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, pero es posible que los Estados miembros decidan considerar su ampliación a la totalidad o parte de los sectores excluidos. El mismo razonamiento se aplica en relación con ciertas cuestiones excluidas de la Directiva. Por ejemplo, es posible que los Estados miembros consideren el establecimiento del sistema de ventanilla única también para el cumplimiento de determinados requisitos fiscales, como la asignación de números del IVA.

El establecimiento de mecanismos de este tipo para las empresas es un objetivo perseguido por los Estados miembros desde hace años y la obligación prevista en la Directiva de servicios es, por tanto, acorde con los fines de otras iniciativas comunitarias y tiene carácter complementario de los mismos, en particular en lo que respecta al compromiso asumido por el Consejo Europeo de establecer ventanillas únicas para las empresas incipientes para finales de 2007 ⁽⁴³⁾. No obstante, la obligación legal contenida en la Directiva de servicios es más amplia y comprende todo tipo de empresas (no solo las incipientes), todos los destinatarios de servicios (con fines informativos) y todos los tipos de procedimientos (no únicamente los que atañen a empresas incipientes). Por otra parte, no cabe duda de que otras funciones

⁽³⁹⁾ Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, DO L 255 de 30.9.2005, p. 22.

⁽⁴⁰⁾ Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, DO L 134 de 30.4.2004, p. 114.

⁽⁴¹⁾ Directiva 98/5/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de febrero de 1998, destinada a facilitar el ejercicio permanente de la profesión de abogado en un Estado miembro distinto de aquel en el que se haya obtenido el título, DO L 77 de 14.3.1998, p. 36.

⁽⁴²⁾ Primera Directiva 68/151/CEE del Consejo, de 9 de marzo de 1968, tendente a coordinar, para hacerlas equivalentes, las garantías exigidas en los Estados miembros a las sociedades definidas en el artículo 58, párrafo 2, del Tratado, para proteger los intereses de socios y terceros, DO L 65 de 14.3.1968, p. 8; undécima Directiva 89/666/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la publicidad de las sucursales constituidas en un Estado miembro por determinadas formas de sociedades sometidas al Derecho de otro Estado, DO L 395 de 30.12.1989, p. 37.

⁽⁴³⁾ El objetivo de establecer, para finales de 2007, ventanillas únicas para empresarios se incluyó en las «Directrices integradas para el crecimiento y el empleo 2005-2008» (directriz nº 15) aprobadas por el Consejo en junio de 2005; y en la Recomendación del Consejo, de 12 de julio de 2005, relativa a las orientaciones generales de las políticas económicas de los Estados miembros y la Comunidad (2005-2008) (2005/601/CE).

desempeñadas por las ventanillas únicas en relación con las empresas incipientes⁽⁴⁴⁾, como las de tutoría, formación, asesoramiento financiero y orientación del plan de negocio, van más allá de las obligaciones contempladas en la Directiva de servicios. La consecución del objetivo relativo a la ventanilla única establecido por el Consejo Europeo contribuirá al establecimiento de la ventanilla única prevista en la Directiva. En cualquier caso, resulta evidente que los Estados miembros no tienen que establecer dos redes separadas y que pueden servirse de las iniciativas existentes para cumplir la obligación legal contenida en la Directiva.

5.2.1. Establecimiento de las «ventanillas únicas»

Cada Estado miembro es libre de decidir cómo organiza el sistema de «ventanilla única» en su territorio, pero ha de asegurarse de que éste se ofrece a todos los prestadores de servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva en lo que respecta a la realización de todos los procedimientos y trámites relativos a los servicios y cuestiones incluidos.

El concepto de «ventanilla única» no significa que los Estados miembros estén obligados a establecer un único órgano centralizado en su territorio. Pueden optar por una pluralidad de ventanillas. Sin embargo, tales centros deberán ser «únicos» desde el punto de vista del prestador (es decir, debe brindarse a éste la oportunidad de realizar todos los procedimientos a través de un solo punto de contacto).

Los Estados miembros podrán optar por establecer ventanillas únicas diferentes para distintos sectores, como las profesiones reguladas o diferentes tipos de actividades comerciales, como, por ejemplo, la venta al por menor. En todo caso, es importante evitar posibles lagunas en la cobertura. En este sentido, si un Estado miembro decide establecer ventanillas únicas destinadas a sectores específicos, necesitará otras ventanillas que tengan competencia para la totalidad de servicios no cubiertos por aquellas. En cualquier caso, si un Estado miembro decide crear diferentes ventanillas únicas, las disparidades de cobertura deberán resultar fácilmente identificables por el prestador de servicios. Para ello es probable que haya que abrir un sitio web central que permita a los prestadores identificar y ponerse en contacto de una manera sencilla con las ventanillas únicas pertinentes en cada Estado miembro. Asimismo, si existen varias ventanillas únicas, aquélla con la que se haya puesto en contacto el prestador, pero que no sea competente en relación con sus actividades, deberá ayudarle a encontrar la que le corresponda.

La creación de ventanillas únicas diferentes para prestadores de servicios extranjeros y nacionales podría dar lugar a casos de discriminación. El mismo problema puede producirse si los Estados miembros crean ventanillas únicas diferentes para las cuestiones referentes al establecimiento y para las referentes a la prestación de servicios transfronterizos. Tales diferencias deben evitarse.

Los Estados miembros podrán determinar que las ventanillas únicas solo desempeñen un papel coordinador, reservándose las decisiones finales para las autoridades competentes. Los que elijan tal opción tendrán que organizar la comunicación entre las ventanillas y las autoridades mencionadas de forma que se garanticen su rapidez y fiabilidad. En cualquier caso, los Estados miembros podrán optar por asignar a las ventanillas únicas ciertas facultades de decisión. Por ejemplo, pueden asignarles la competencia directa en materia de registro de la actividad empresarial o de concesión de las autorizaciones sencillas. En todo caso, en la Directiva se deja claro que las «ventanillas únicas» no deben interferir en el reparto de competencias entre las autoridades competentes⁽⁴⁵⁾.

Asimismo, los Estados miembros pueden decidir a quién asignan la función de ventanillas únicas: a las autoridades competentes a escala nacional, regional o local, a cámaras profesionales, a otras organizaciones profesionales o incluso a operadores privados. En cualquier caso, han de respetarse las normas sobre contratación pública, en particular las referentes a los contratos de servicios públicos⁽⁴⁶⁾. Si los Estados miembros deciden que las ventanillas únicas sean gestionadas por operadores privados, deberán establecer mecanismos pertinentes para garantizar que éstos desempeñan su labor de conformidad con los requisitos establecidos en la Directiva.

Por otra parte, los Estados miembros pueden optar por constituir ventanillas únicas de carácter electrónico, evitando la implantación de infraestructuras físicas específicas a las que deban acudir los prestadores de servicios. En este caso, ha de prestarse especial atención a una estructuración clara de la

⁽⁴⁴⁾ Véase el documento de trabajo de los servicios de la Comisión: *Assessing Business Start-up Procedures in the context of the renewed Lisbon strategy for growth and jobs* (Evaluación de los procedimientos relativos a empresas incipientes en el contexto de la Estrategia de Lisboa renovada para el crecimiento y el empleo (SEC(2007) 129).

⁽⁴⁵⁾ Véase el artículo 6, apartado 2.

⁽⁴⁶⁾ Véase en particular la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios, DO L 134 de 30.4.2004, p. 114.

información y de los procedimientos en sitios web o en herramientas electrónicas similares, en los que se faciliten orientaciones comprensibles referidas a la totalidad de los procedimientos y trámites que han de seguirse para el acceso a las actividades de servicio y para su ejercicio. A través de estas ventanillas únicas de formato electrónico se debe facilitar a los prestadores la identificación de todos los procedimientos y trámites aplicables a sus solicitudes en concreto, así como la obtención de una visión general uniforme de las que se encuentran en curso. En consecuencia, no bastará con incluir una mera relación o compilación de vínculos de Internet en un sitio web central. Asimismo, si se crean ventanillas únicas de carácter electrónico, será necesario establecer una línea de asistencia a la que puedan recurrir los prestadores en caso de dificultad. En todo caso, los Estados miembros deben considerar la posibilidad de apoyar el funcionamiento electrónico de estas ventanillas con una cierta infraestructura física, sobre todo si ésta facilita su utilización por los prestadores de servicios no necesariamente familiarizados con los medios electrónicos.

Por último, los Estados miembros son libre de elegir el modo de financiar las ventanillas únicas. Como se indica en el considerando 49, éstas podrán cobrar a los usuarios por los servicios que presten. No obstante, sus precios deberán ser proporcionales al coste efectivo de los procedimientos de que se ocupen. En cualquier caso, estos precios no deben suponer un desincentivo para su uso por parte de los prestadores. Además, los Estados miembros podrán encomendar a las ventanillas el cobro de otras tasas administrativas, como las que perciben los órganos de supervisión.

La Comisión hará cuanto esté a su alcance para facilitar el intercambio de buenas prácticas respecto a la organización y financiación de las ventanillas únicas entre los Estados miembros.

5.2.2. Realización de los procedimientos y trámites a través de las ventanillas únicas

Como se ha mencionado, ha de disponerse de ventanillas únicas para que los prestadores de servicios lleven a cabo los procedimientos y trámites a que están obligados en cada Estado miembro para acceder a una actividad de servicios o para ejercerla (bien estableciéndose en el Estado en cuestión, bien de forma transfronteriza desde otro Estado miembro, en la medida en que esos procedimientos y trámites sean aplicables en el caso de la prestación transfronteriza). Se incluyen en este concepto las autorizaciones, así como las declaraciones, las notificaciones, la asignación de números de registro como sociedad y otros procedimientos y trámites. Debe quedar claro que han de quedar fuera de la actuación de las ventanillas únicas los procedimientos de recurso, ya sea por vía judicial o administrativa, como la presentación de reclamaciones o la interposición de demandas solicitando la anulación de una decisión.

Para llevar a cabo todos los procedimientos pertinentes a través de las ventanillas únicas, ha de reconocerse a los prestadores de servicios la posibilidad de obtener de éstas toda la información, formularios y documentos necesarios, así como presentar documentos y solicitudes, y de recibir las decisiones y otras respuestas a sus peticiones.

Algunos de los procedimientos pueden resultar complejos, como los referentes al establecimiento de grandes superficies comerciales o los que conllevan la obtención de diversas autorizaciones. Ahora bien, como se ha mencionado, puede encomendarse a las ventanillas una tarea de mera coordinación, encomendándose la facultad de decisión a las autoridades competentes. En cualquier caso, seguirá revistiendo gran importancia que las ventanillas únicas ofrezcan a los prestadores una visión global clara de todos los pasos que han de dar y les presten asistencia sobre los procedimientos pertinentes e información sobre los que estén en curso.

Obviamente, los prestadores de servicios no están obligados a recurrir a las ventanillas únicas. Seguirán siendo libres de utilizarlas o no, así como de ponerse en contacto de manera directa con cualquier autoridad competente y de presentar y recibir directamente documentos, autorizaciones y otras certificaciones afines. En los casos en que los procedimientos y trámites emprendidos a través de una ventanilla única deban ajustarse a plazos (por ejemplo, porque haya un plazo límite para la presentación de un documento, o para que una autoridad competente tome una decisión sobre una solicitud de autorización), el cómputo de éstos deberá hacerse a partir del momento de la recepción por la ventanilla de toda la documentación requerida.

Una vez que se ha presentado una solicitud, la ventanilla única deberá responder a la mayor brevedad posible, e informar al solicitante sin demora si la solicitud en cuestión es incompleta o infundada.

Por último, cabe señalar que las ventanillas únicas contempladas en la Directiva de servicios y los «puntos de contacto» previstos en el artículo 57 de la Directiva relativa al reconocimiento de las cualificaciones profesionales ⁽⁴⁷⁾ persiguen objetivos diferentes. Mientras que, de conformidad con el artículo 57 mencionado, debe establecerse en cada Estado miembro un punto de contacto único que suministre información sobre el reconocimiento de las cualificaciones profesionales y preste asistencia a los ciudadanos que deseen que éstas les sean reconocidas en otro Estado miembro, las ventanillas únicas a las que se alude en la Directiva de servicios ofrecerán a los ciudadanos y las empresas la posibilidad de realizar por su mediación todos los procedimientos y trámites necesarios para el acceso a actividades de servicio y para su ejercicio, incluidos los referentes al reconocimiento de las cualificaciones profesionales.

5.3. Información y asistencia a través de las ventanillas únicas

5.3.1. Información que debe proporcionarse

En el artículo 7, apartado 1, figura una lista de la información esencial que los Estados miembros deben facilitar de manera sencilla a través de ventanillas únicas a los prestadores y destinatarios de los servicios. Tal información ha de resultar accesible a distancia y por medios electrónicos. Las ventanillas únicas deberán responder a la mayor brevedad posible a toda petición de información y, en caso de que la solicitud sea poco clara o incompleta, informar al solicitante de ello sin demora.

La información considerada comprende ante todo los requisitos exigibles a los prestadores para prestar servicios en un Estado miembro. Comprende asimismo los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a los prestadores y a los servicios, como los registros de sociedades, las bases de datos sobre profesiones reguladas o las bases de datos públicas sobre estadísticas de servicios. Deben facilitarse también los datos de las autoridades competentes, incluidas las que tengan competencia en materias relacionadas con el ejercicio de actividades de servicio, así como los de las asociaciones y organizaciones a los que prestadores y destinatarios pueden dirigirse para obtener ayuda práctica o información adicional. Debe suministrarse además información sobre las vías de recurso generalmente disponibles en caso de litigio.

Para cumplir esta obligación, los Estados miembros tendrán que organizar un cierto volumen de información. Las bases de datos existentes y las herramientas de información en línea (como los sitios web de Ministerios o Administraciones regionales) deben facilitar la tarea, pero, aun así, los Estados miembros tendrán que realizar un importante esfuerzo para organizar la información de una manera clara (por ejemplo, por sectores de actividad y diferenciando entre los requisitos que han de cumplir los que deseen establecerse y los que solo pretendan prestar servicios de manera transfronteriza) y para velar por que se ofrezca en un lenguaje sencillo e inequívoco y se presente de un modo coherente, comprensible y estructurado. Lógicamente, una mera referencia a los textos legales pertinentes, o la reproducción de los mismos, no será suficiente. Además, los Estados miembros tendrán que revisar y actualizar la información periódicamente.

La Directiva no se ocupa de las cuestiones referentes a la responsabilidad derivada de las acciones u omisiones de las ventanillas únicas, en caso, por ejemplo, de información incorrecta o engañosa. Tal responsabilidad se determinará con arreglo a la legislación nacional ⁽⁴⁸⁾.

5.3.2. Asistencia que debe prestarse

Además de proporcionar información sobre los requisitos que han de cumplir los prestadores de servicios, las autoridades competentes deberán prestar, a petición de éstos o de los destinatarios de los servicios, asistencia sobre la interpretación o aplicación habitual de los mismos. Tal asistencia podrá ofrecerse, por ejemplo, mediante la edición de guías fácilmente comprensibles en las que se explique la aplicación general de ciertos términos y las etapas que deben seguirse. Como se aclara en el artículo 7,

⁽⁴⁷⁾ Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, DO L 255 de 30.9.2005, p. 22, artículo 57.

⁽⁴⁸⁾ Véase el considerando 51.

apartado 6, esta obligación de asistencia se aplica al suministro de información general y no exige a las autoridades competentes que presten asesoramiento jurídico en casos particulares.

Tal información adicional ha de suministrarse asimismo de modo claro e inequívoco y debe resultar fácilmente accesible a distancia y a través de medios electrónicos, como Internet o el correo electrónico. Como se explica en el artículo 7, apartado 4, las autoridades competentes deberán responder a la mayor brevedad posible a toda petición de información o asistencia y, en caso de que la solicitud sea poco clara o incompleta, informarán al solicitante de lo que sucede sin demora.

5.3.3. Fomento del uso de otras lenguas

Para mejorar el funcionamiento del mercado interior y facilitar el establecimiento y la prestación de servicios transfronterizos, es importante (y redundante en interés de los Estados miembros y de los prestadores y destinatarios de los servicios) que la información proporcionada a través de las ventanillas únicas no solo se facilite en la lengua o lenguas propias del Estado miembro en cuestión, sino también en otras lenguas comunitarias⁽⁴⁹⁾. Como se dispone en el artículo 7, apartado 5, ha de fomentarse esta actuación. Por ejemplo, los Estados miembros podrían considerar el suministro de información en las lenguas de los Estados miembros vecinos, o en las que utilizan más frecuentemente las empresas en la UE.

5.4. Procedimientos electrónicos

El establecimiento de procedimientos electrónicos que sean plenamente funcionales e interoperables cuando finalice el período de transposición constituye un elemento esencial para el cumplimiento del objetivo de simplificación administrativa de la Directiva de servicios. Los procedimientos electrónicos representan una herramienta esencial para reducir la carga que los procedimientos administrativos suponen tanto para los prestadores de servicios como para las autoridades públicas. La posibilidad de llevar a cabo los procedimientos administrativos a distancia reviste especial importancia para los prestadores de servicios de otros Estados miembros. Por otra parte, los procedimientos electrónicos contribuirán asimismo a la modernización de las Administraciones Públicas, al mejorar su eficacia. Tras una inversión inicial, el uso de tales procedimientos debe ahorrar tiempo y dinero a las Administraciones.

El establecimiento de procedimientos electrónicos utilizables a través de las fronteras es uno de los objetivos de la administración electrónica perseguidos por los Estados miembros y por la Comunidad⁽⁵⁰⁾. En la Directiva de servicios, los Estados miembros han asumido el compromiso jurídico de ofrecer servicios de «administración electrónica» en una fecha determinada. Para finales de 2009, los prestadores de servicios deberán tener la posibilidad de realizar por medios electrónicos y a distancia todos los procedimientos y trámites necesarios para ofrecer un determinado servicio.

5.4.1. Alcance de la obligación de establecimiento de procedimientos electrónicos

En el artículo 8 se indica que los Estados miembros harán lo necesario para «que todos los procedimientos y trámites relativos al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio se puedan realizar fácilmente, a distancia y por vía electrónica, a través de la ventanilla única de que se trate y ante las autoridades competentes».

En principio, para garantizar que los procedimientos electrónicos resulten fácilmente accesibles para los prestadores, deberán ofrecerse a través de redes de comunicación de acceso público, como Internet. Tal interpretación es acorde asimismo con el uso del término «medios electrónicos» en otros instrumentos del mercado interior⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁹⁾ Esto no interfiere, como se indica en el artículo 7, apartado 5, con la legislación de los Estados miembros sobre el uso de las lenguas.

⁽⁵⁰⁾ En el ámbito político, en la Declaración ministerial de Manchester, de 2005, sobre administración electrónica, se reconoce que «el uso efectivo de las TIC debe ejercer un impacto positivo en las cuatro libertades de circulación del mercado interior incluidas en el Tratado CE (personas, bienes, capitales y servicios)...», y se establece el objetivo de 2010 para la consecución de un acceso ampliamente disponible y probado a los servicios públicos en toda la UE mediante identificaciones electrónicas recíprocamente reconocidas («Para 2010, los ciudadanos y las empresas europeos podrán beneficiarse de medios seguros de identificación electrónica que maximicen la comodidad para los usuarios y se atengan a la normativa sobre protección de datos. Tales medios se ofrecerán bajo la responsabilidad de los Estados miembros, pero serán reconocidos en toda la UE»).

⁽⁵¹⁾ La expresión «por vía electrónica» se definió, por ejemplo, en la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998, DO L 217 de 5.8.1998, p. 18 (conocida como «Directiva sobre la transparencia»). En la Directiva 2000/31/CE (Directiva sobre el comercio electrónico, DO L 178 de 17.7.2000, p. 1) se recoge la misma definición. Esta expresión se ha utilizado asimismo en las nuevas directivas sobre contratos públicos: Directivas 2004/18/CE (DO L 134 de 30.4.2004, p. 114) y 2004/17/CE (DO L 134 de 30.4.2004, p. 1). En la Directiva 98/48/CE se define la expresión «por vía electrónica» del siguiente modo: «un servicio enviado desde la fuente y recibido por el destinatario mediante equipos electrónicos de tratamiento (incluida la compresión digital) y de almacenamiento de datos y que se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético». En la misma Directiva se indica de manera explícita, en su anexo V, que los servicios transmitidos por telefonía vocal o fax no se consideran prestados por vía electrónica. En el contexto de la contratación pública se considera, por ejemplo, que la red utilizada para las contrataciones electrónicas debe ser abierta y de libre acceso, y que estos medios de disponibilidad general comprenden Internet y el correo electrónico.

El artículo 8 aborda los procedimientos y trámites exigidos para el establecimiento, así como los que puedan resultar necesarios en caso de prestación transfronteriza de servicios. Los procedimientos electrónicos han de ofrecerse, no solo a los prestadores residentes o establecidos en el Estado miembro de la Administración, sino también a los que residan o se encuentren establecidos en otros Estados miembros. Esto significa que los prestadores de servicios deben tener la posibilidad de realizar los procedimientos y trámites por medios electrónicos a través de las fronteras ⁽⁵²⁾.

Los procedimientos y trámites que los prestadores de servicios han de poder realizar por medios electrónicos son, en principio, todos los relativos al acceso a las actividades de servicio y a su ejercicio. Deberá ofrecérseles la posibilidad de usar medios electrónicos en todo el proceso administrativo, desde la solicitud inicial y la presentación de documentos hasta la recepción de la respuesta final, en su caso, de la autoridad competente. En cualquier caso, en el artículo 8, apartado 2, se disponen tres excepciones lógicas a la obligación de dotación de medios electrónicos: i) las inspecciones del lugar en el que se presta el servicio; ii) las inspecciones del equipo utilizado por el prestador; y iii) el examen físico de la capacidad o la integridad del prestador o del personal responsable.

De conformidad con el artículo 8, deberá disponerse de procedimientos electrónicos tanto para las transacciones que se realicen a través de las ventanillas únicas ⁽⁵³⁾ como para las transacciones directas con las autoridades competentes. En términos prácticos, esto implica en primer lugar que deberán ofrecerse procedimientos electrónicos para la totalidad de procedimientos administrativos que los prestadores de servicios puedan realizar a través de las ventanillas únicas. En segundo lugar, deberá brindarse a éstos la posibilidad de comunicarse directamente con una autoridad pertinente si así lo eligen, por ejemplo, en casos en los que solo intervenga una autoridad competente y resulte más fácil tratar directamente con ella.

Lógicamente, el establecimiento de procedimientos electrónicos para realizar la totalidad de los procedimientos y trámites necesarios no significa que los Estados miembros no puedan mantener u ofrecer otros medios con el mismo fin ⁽⁵⁴⁾. Por el contrario, posiblemente deberán coexistir diversos medios para la realización de los procedimientos y trámites administrativos. En cualquier caso, deberán brindarse los procedimientos electrónicos como opción a los prestadores de servicios.

Por último, con arreglo a los objetivos vinculados al concepto de administración electrónica, tendría sentido establecer procedimientos electrónicos no solo para los servicios objeto de la Directiva, sino también para otros servicios, en la medida en que las ventajas de tales procedimientos creados en virtud de la Directiva sean aprovechables más ampliamente en el marco de los servicios de administración electrónica a las empresas.

5.4.2. Transposición de los procedimientos electrónicos

En varios Estados miembros ya existen, o se están implantando, ciertos servicios de administración electrónica dirigidos a las empresas. Asimismo, se han puesto en marcha y están en curso varias iniciativas encaminadas a la prestación de servicios de administración electrónica interoperables tanto a escala nacional como comunitaria, en particular en el marco de la estrategia i2010 ⁽⁵⁵⁾.

El cumplimiento de la obligación asumida en el artículo 8 para finales de 2009 constituirá un reto considerable para los Estados miembros, que deberán redoblar sus esfuerzos para ofrecer servicios de administración electrónica interoperables para las empresas. Se les alienta, pues, a reforzar las iniciativas existentes. De hecho, la obligación recogida en la Directiva de servicios debe percibirse como una oportunidad para impulsar los esfuerzos presentes y para ayudar a los Estados miembros a concentrar su atención y alcanzar los objetivos que se han fijado en el campo de la administración electrónica.

Uno de los aspectos esenciales que deben abordarse para la aplicación de procedimientos electrónicos en toda la UE es el de la interoperabilidad ⁽⁵⁶⁾. Dadas las diferencias existentes, a escala nacional, en cuanto a los requisitos y mecanismos jurídicos, organizativos, semánticos y técnicos referidos a los procedimientos electrónicos existentes o previstos, pueden plantearse cuestiones, de índole política, jurídica o técnica (vinculadas a la identificación, la autenticación, el intercambio y reconocimiento de documentos electrónicos, etc.), que exigirán cierto nivel de coordinación y cooperación entre los Estados

⁽⁵²⁾ Véase el considerando 52.

⁽⁵³⁾ Véase el artículo 6.

⁽⁵⁴⁾ Véase el considerando 52.

⁽⁵⁵⁾ Comunicación de la Comisión, de 1 de junio de 2005, al Consejo, al Parlamento Europeo, y al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones «i2010. Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo» COM(2005) 229 final.

⁽⁵⁶⁾ El Marco Europeo de Interoperabilidad (MEI) (versión 1.0) define la interoperabilidad como «la capacidad de los sistemas de tecnologías de la información y las comunicaciones (TIC), y de los procesos empresariales a los que apoyan, de intercambiar datos y posibilitar la puesta en común de información y conocimientos» (p. 5). Véase <http://ec.europa.eu/idabc/en/document/2319/5644>

miembros. No obstante, esto no significa que se espere de los Estados miembros que armonicen sus soluciones respecto a la administración electrónica o que utilicen un único modelo. Los Estados miembros son libres de elegir sus modelos, aunque siempre teniendo en cuenta que deben ofrecer procedimientos electrónicos tanto a sus propios nacionales y residentes como a prestadores de servicios de otros Estados miembros que, en principio, deben tener la posibilidad de utilizar sus medios nacionales para tratar con las autoridades públicas pertinentes. Este condicionamiento concuerda con el objetivo de prestación de unos servicios de administración electrónica interoperables y transfronterizos, con la idea de simplificación administrativa y con la facilitación de la prestación transfronteriza de servicios. Si el acceso a los servicios de administración electrónica en otro Estado miembro obliga a los prestadores a utilizar los medios (de identificación y autenticación) de ese Estado miembro, se producirán nuevas complicaciones y cargas. De hecho, si los prestadores han de obtener los medios nacionales de todos los Estados miembros en los que desean ofrecer sus servicios, esta obligación dará lugar a demoras y costes que, en principio, habría que evitar (por otra parte, en algunos Estados miembros, es posible incluso que se les exija la obtención de medios específicos, uno para cada solicitud, lo que complica aún más la situación). Al considerar esta cuestión, los Estados miembros deben evitar la creación de cargas adicionales y la adopción de soluciones que ralenticen la introducción de servicios de administración electrónica interoperables transfronterizos a largo plazo.

Para facilitar la implantación de soluciones interoperables, la Comisión desempeñará un papel activo y asistirá a los Estados miembros en el establecimiento de procedimientos electrónicos. En particular, la Comisión fomentará el aprovechamiento de sinergias entre las iniciativas de administración electrónica existentes al amparo de la estrategia i2010 y el objetivo de aplicación de procedimientos electrónicos en toda la UE para finales de 2009.

Las cuestiones clave vinculadas a la interoperabilidad transfronteriza de diferentes servicios de administración electrónica (como los de autenticación e identificación o los documentos electrónicos) ya son objeto de debate en el marco de la administración electrónica y se están examinando posibles soluciones. No está claro aún si será necesario recurrir al procedimiento de comitología mencionado en el artículo 8, apartado 3, y, en caso afirmativo, en qué sentido. No debe repetirse la labor realizada en otros foros, sino que hay que utilizar la comitología únicamente si genera valor añadido. Para decidir si debe emplearse un comité o no, y qué papel puede desempeñar, es necesario avanzar en el análisis de la interoperabilidad, con objeto de determinar si las iniciativas en curso no bastan, y en qué medida, para resolver los problemas planteados.

6. LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO

Las disposiciones del capítulo III (artículos 9 a 15) se aplican únicamente a los casos de establecimiento, no a los de prestación transfronteriza de servicios, que se tratan en el capítulo IV.

Son de aplicación a todos los casos en que una empresa pretende establecerse en un Estado miembro, independientemente de que el prestador se proponga poner en marcha una nueva empresa o abrir un nuevo establecimiento, como una filial o una sucursal. El capítulo III comprende tanto los casos en que un prestador de servicios pretende establecerse en otro Estado miembro como aquellos en que trata de establecerse en su propio Estado miembro.

Las disposiciones del capítulo III se aplican a todos los requisitos relativos al establecimiento de un prestador de servicios, independientemente de que se impongan a escala nacional, regional o local. Se aplican asimismo a las normas promulgadas por órganos profesionales y otras asociaciones profesionales u organizaciones a que se refiere el artículo 4, apartado 7, que, en el ejercicio de su autonomía jurídica, regulen de manera colectiva el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio ⁽⁵⁷⁾.

6.1. Regímenes de autorización y procedimientos

Los regímenes de autorización constituyen uno de los trámites más comunes aplicados a los prestadores de servicios en los Estados miembros, así como una restricción a la libertad de establecimiento, como se reconoce de manera permanente en la jurisprudencia del TJCE ⁽⁵⁸⁾. Por esta razón, en la Directiva de servicios se exige que los Estados miembros revisen sus regímenes de autorización vigentes y los adapten a lo previsto en los artículos 9 a 13.

⁽⁵⁷⁾ Véase la definición de «requisito» en el artículo 4, apartado 7, y la de «autoridad competente» en el artículo 4, apartado 9. Para más información sobre la jurisprudencia del TJCE sobre esta cuestión, véase, por ejemplo, la sentencia del 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, asunto C-415/93, y la jurisprudencia citada en ella.

⁽⁵⁸⁾ Sentencia de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite*, asunto C-390/99.

Tales artículos se aplican a todos los regímenes de autorización relativos al acceso a actividades de servicios o a su ejercicio. No obstante, como se señala en el artículo 9, apartado 3, no se aplican a aquellos aspectos de esos regímenes que estén regidos, de manera directa o indirecta, por otros instrumentos comunitarios ⁽⁵⁹⁾. Hay que considerar como instrumentos comunitarios que rigen de manera indirecta esos aspectos aquellos actos comunitarios que, aun no estableciendo regímenes de autorización propiamente dichos, hagan referencia explícita a la posibilidad de que los Estados miembros los establezcan. No podrán considerarse como tales los que no hagan esa referencia explícita.

En todos los aspectos de los regímenes de autorización que no se rijan por otros instrumentos comunitarios, será aplicable lo dispuesto en la Directiva de servicios. Por ejemplo, en la Directiva sobre residuos ⁽⁶⁰⁾ se exige de manera explícita que los Estados miembros sometan ciertas actividades relativas a las aguas residuales a regímenes de autorización y, por tanto, éstos no se someterán a lo previsto en el artículo 9. En cambio, en los aspectos específicos que no se tratan en esta Directiva sobre residuos, como los relativos a las condiciones para la concesión de autorizaciones, la vigencia de éstas o el procedimiento aplicable, se estará a lo dispuesto en los artículos 10 a 13 de la Directiva de servicios. Así, los Estados miembros tendrán que garantizar que los regímenes de autorización (y sus procedimientos) cumplan las disposiciones de dichos artículos.

Los artículos 9 a 13 establecen varios principios generales para la revisión y adaptación de los regímenes de autorización. Para evitar lagunas en la transposición y garantizar que se cumplen esos principios a todos los niveles, los Estados miembros deben considerar la incorporación de los mismos en su legislación marco horizontal de transposición de la Directiva o, si existe, en la legislación general aplicable a los regímenes de autorización, como los códigos de procedimientos administrativos.

6.1.1. Identificación y evaluación de los regímenes de autorización

El término «régimen de autorización» engloba todo procedimiento en virtud del cual se obliga a un prestador o destinatario a obtener de una autoridad competente un documento oficial o una decisión tácita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio ⁽⁶¹⁾.

En la revisión que deben hacer los Estados miembros de su legislación para identificar los regímenes de autorización vigentes, el principal elemento que han de considerar es si esa legislación exige la adopción de una decisión, expresa o tácita, de una autoridad competente con carácter previo al ejercicio de la actividad por el prestador de servicios. Así, debe incluirse en el concepto de régimen de autorización, por ejemplo, un procedimiento en virtud del cual un prestador de servicio haya de presentar una declaración ante una autoridad competente y deba esperar el transcurso de un plazo, en caso de silencio administrativo, para iniciar el ejercicio de la actividad. Deber incluirse asimismo los casos en que el prestador de servicios haya de presentar declaraciones que, posteriormente, deban obtener el reconocimiento de la autoridad competente para poder iniciar la actividad en cuestión o para que ésta sea lícita.

De conformidad con la jurisprudencia del TJCE ⁽⁶²⁾ y el artículo 9, apartado 1, de la Directiva de servicios, únicamente podrán mantenerse regímenes de autorización que no sean discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados.

Así, por cada régimen de autorización identificado el Estado miembro en cuestión tendrá que comprobar, en primer lugar, si no es discriminatorio, es decir, si no da lugar, de manera directa o indirecta, a un trato diferenciado de los prestadores nacionales y de los procedentes de otros Estados miembros. En segundo lugar, tendrá que evaluar si el régimen de autorización persigue un objetivo de interés general [una razón imperiosa de interés general ⁽⁶³⁾] y si es idóneo para garantizar la consecución de tal objetivo. Por último, tendrá que valorar si el objetivo perseguido no puede alcanzarse por medios menos restrictivos.

Los Estados miembros deben tener en cuenta que son muchos los casos en los que los regímenes de autorización pueden simplemente suprimirse o sustituirse por medios menos restrictivos, como el seguimiento de las actividades por las autoridades competentes o la exigencia de presentación, por

⁽⁵⁹⁾ Por ejemplo, los artículos 9 a 13 no se aplicarán, en lo que respecta a las profesiones reguladas, a los aspectos de las autorizaciones que se rijan por la Directiva 2005/36/CE.

⁽⁶⁰⁾ Directiva 75/442/CEE del Consejo, de 15 de julio de 1975, relativa a los residuos, DO L 194 de 25.7.1975, p. 47, codificada en la Directiva 2006/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2006, relativa a los residuos, DO L 114 de 27.4.2006, p. 9.

⁽⁶¹⁾ Véase la definición de «régimen de autorización» en el artículo 4, apartado 6.

⁽⁶²⁾ Sentencia de 20 de febrero de 2001, *Analir*, C-205/99.

⁽⁶³⁾ Véase la definición de «razón imperiosa de interés general» en el artículo 4, apartado 8.

parte del prestador, de una declaración simple (que no constituya un régimen de autorización). En tales casos, el mantenimiento de regímenes de autorización previa no resultaría proporcionado.

El artículo 9 no solo exige a los Estados miembros que evalúen sus regímenes de autorización y que supriman o modifiquen los que no estén justificados, sino también que informen a la Comisión de las razones por las que consideran que los que se mantienen son compatibles con los criterios de no discriminación, justificación por una razón imperiosa de interés general y carácter proporcionado.

6.1.2. Condiciones para la concesión de la autorización

Mientras que en el artículo 9 se exige a los Estados miembros que evalúen la necesidad de mantener un régimen de autorización como tal, el artículo 10 les impone obligaciones específicas en lo que respecta a las condiciones para la concesión de la autorización. Los criterios correspondientes, derivados de la jurisprudencia del TJCE, garantizan por un lado que los regímenes de autorización resulten menos gravosos para los prestadores de servicios y, por el otro, que sean más predecibles y garanticen la transparencia. El objetivo, como se señala en el artículo 10, apartado 1, es garantizar que los prestadores de servicios puedan confiar en que las decisiones no se adoptan de una manera arbitraria.

En el artículo 10, apartado 2, se establecen las características de esas condiciones. En primer lugar, han de ser no discriminatorias, deben estar justificadas por una razón imperiosa de interés general y no han de ir más allá de lo que resulte necesario. Los Estados miembros tendrán que asegurarse de que las condiciones establecidas (como las relativas a la contratación de un seguro, a la prueba de solvencia o al personal del prestador de los servicios) cumplan los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

En el artículo 10, apartado 2, se exige asimismo que las condiciones para la concesión de la autorización sean claras e inequívocas, objetivas, transparentes y accesibles, y se hagan públicas con antelación. La claridad alude a la necesidad de que resulten fácilmente comprensibles para todos, mediante la evitación de un lenguaje ambiguo. La objetividad alude a la inexistencia de todo margen de apreciación por parte de la autoridad competente, a fin de evitar la adopción de decisiones arbitrarias. Es asimismo necesaria para garantizar que todos los operadores reciban un trato justo e imparcial y que las solicitudes se evalúen con arreglo a sus méritos. La transparencia, la accesibilidad y la publicidad garantizan que el régimen de autorización sea comprensible para todos los posibles solicitantes y que las diferentes etapas del procedimiento se conozcan con antelación.

Los criterios establecidos en el artículo 10, apartado 2, son aplicables a los regímenes de autorización que regulen el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio a todas las escalas. Para evitar lagunas, los Estados miembros deberían considerar su inclusión como principios generales en la legislación marco horizontal de transposición de la Directiva o en la legislación general sobre los procedimientos administrativos.

6.1.3. No duplicación de requisitos y controles

Con frecuencia, los prestadores de servicios establecidos en un Estado miembro habrán obtenido una autorización en él y habrán demostrado ya que cumplen diversas obligaciones y condiciones. De conformidad con la jurisprudencia del TJCE⁽⁶⁴⁾, en el artículo 10, apartado 3, se establece que las condiciones para la concesión de una autorización para un nuevo establecimiento no deberán dar lugar a solapamientos con los requisitos y controles equivalentes o comparables en lo esencial por su finalidad a los que ya esté sometido el prestador en el mismo o en otro Estado miembro. Esto significa que la autoridad competente, al aplicar los requisitos nacionales, ha de tener en cuenta los requisitos equivalentes, o esencialmente comparables, que hayan sido cumplidos previamente por el prestador de servicios⁽⁶⁵⁾. Para garantizar el cumplimiento efectivo del artículo 10, apartado 3, los Estados miembros deberían imponer a las autoridades competentes la obligación tajante de tener en cuenta los requisitos equivalentes satisfechos con anterioridad en otros Estados miembros⁽⁶⁶⁾. Para ello pueden servirse de la legislación marco horizontal de transposición de la Directiva. Alternativamente, podrían servirse de la legislación nacional sobre procedimientos administrativos.

⁽⁶⁴⁾ Sentencia de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite*, asunto C-390/99, apartado 36.

⁽⁶⁵⁾ Véase el considerando 61.

⁽⁶⁶⁾ En el artículo 10, apartado 3, se especifica que el prestador y los «puntos de contacto» establecidos en el capítulo sobre cooperación administrativa, incluidos los puntos de contacto del Estado miembro de (primer) establecimiento, deberán asistir a la autoridad competente para determinar qué requisitos son equivalentes o esencialmente comparables a los aplicables en su territorio. De hecho, en algunos casos, las autoridades competentes podrán determinar la equivalencia con mayor facilidad mediante el recurso al sistema de cooperación administrativa establecido por la Directiva y la coordinación directa con las entidades homólogas en otros Estados miembros.

6.1.4. Duración de las autorizaciones

La limitación de la vigencia de las autorizaciones entorpece el ejercicio de las actividades de servicios, ya que puede impedir que los prestadores desarrollen una estrategia a largo plazo, incluso en lo que atañe a las inversiones, y en términos generales puede introducir un elemento de inseguridad en la actividad empresarial. Una vez que un prestador ha demostrado que cumple los requisitos, no existe necesidad en general de limitar la autorización en el tiempo. Así, en el artículo 11 se dispone que la autorización deberá concederse en general por un período ilimitado.

En el mismo artículo 11 se recogen algunas excepciones a esta regla, como los casos en que la limitación temporal esté justificada por una razón imperiosa de interés general o en que el número de autorizaciones disponibles se encuentre limitado por una razón de la misma índole.

Al aplicar la Directiva de servicios, los Estados miembros tendrán que establecer el principio general de duración ilimitada de las autorizaciones, así como las posibles excepciones al mismo. Esto no obsta a su facultad de revocar una autorización cuando hayan dejado de cumplirse las condiciones, como se dispone expresamente en el artículo 11, apartado 4.

Al considerar la fijación de un límite temporal a las autorizaciones debido a la necesidad de proteger un objetivo de interés general (por ejemplo, proteger a los destinatarios de los servicios mediante la garantía de que los prestadores cumplen la obligación de seguir ciertos cursos periódicamente), los Estados miembros deberán examinar en primer lugar, con detenimiento, si la supervisión continua del prestador de servicios, combinada con la posibilidad de revocación de la autorización, no basta para alcanzar el objetivo perseguido (en el ejemplo anterior, una alternativa menos restrictiva consistiría en exigir a los prestadores que acrediten su asistencia a los cursos).

Por el contrario, en los casos en los que el número de autorizaciones disponibles sea limitado, en muchos casos puede resultar necesaria su limitación en el tiempo para garantizar un acceso equitativo al mercado de todos los prestadores de servicios. En cualquier caso, cuando el número de autorizaciones sea limitado debido a la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas, los Estados miembros, con arreglo al artículo 12, deberán concederlas únicamente por un período limitado.

6.1.5. Ámbito territorial

Es probable que las autorizaciones que no se concedan para todo el territorio de un Estado miembro, sino para parte de él, entorpezcan el ejercicio de actividades de servicios y constituyan una carga adicional para los prestadores. En la mayoría de los casos, no hay necesidad de limitar el ámbito territorial de la autorización si se ha concedido ésta a un prestador para el ejercicio de su actividad en todo el Estado miembro. Por tal razón, en el artículo 10, apartado 4, se prevé que, en general, las autorizaciones permitirán al prestador acceder a la actividad de servicios o ejercerla en la totalidad del territorio nacional, por ejemplo mediante la creación de sucursales u oficinas.

No obstante, los Estados miembros podrán limitar el ámbito territorial cuando las autorizaciones específicas para un establecimiento o la limitación de la autorización a una determinada parte del territorio estén justificadas por una razón imperiosa de interés general, sean proporcionadas y no discriminatorias. Las autorizaciones específicas para un establecimiento estarán justificadas, normalmente, en los casos en que estén vinculadas a una infraestructura física (por ejemplo, una tienda), dada la necesidad de una evaluación individual de la instalación.

En los casos en que, en un Estado miembro, la concesión de la autorización para una actividad determinada sea competencia de autoridades regionales o locales, la Directiva no exige que se modifique tal situación. Ahora bien, la mera circunstancia de que la competencia corresponda a esas autoridades no constituye en sí una razón válida para justificar una limitación territorial de la validez de una autorización.

Por el contrario, una vez que la autorización sea concedida por la autoridad regional o local competente (por ejemplo, del lugar en el que el prestador fije su establecimiento), en principio, tendrá que se

reconocida por todas las demás autoridades del Estado miembro. Así, sin perjuicio de excepciones justificadas, no podrá obligarse a un prestador ya autorizado a obtener otra autorización de una autoridad diferente para ejercer la actividad en el conjunto del territorio de que se trate. Por ejemplo, un operador que preste servicios de cobro de deudas y haya sido autorizado para ejercer su actividad por una autoridad local competente no deberá ser sometido, en principio, a regímenes de autorización adicionales impuestos por otras autoridades locales del mismo Estado miembro ⁽⁶⁷⁾.

De nuevo en este caso, los Estados miembros deberían considerar la inclusión de este principio (y asimismo de los que siguen, es decir, los relativos a la limitación del número de autorizaciones, a la obligación de motivar las decisiones y al derecho de recurso, así como de los referentes a los procedimientos de autorización) en su legislación marco horizontal de transposición de la Directiva. Alternativamente, podrían servirse de la legislación nacional sobre los procedimientos administrativos.

6.1.6. Limitación del número de autorizaciones

Sólo es admisible la limitación del número de autorizaciones disponibles si se debe a la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas existentes, o si está justificada por una razón imperiosa de interés general.

De conformidad con el artículo 12, cuando el número de autorizaciones disponibles esté limitado debido a la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas, tendrá que aplicarse un procedimiento de selección específico para garantizar la imparcialidad y la transparencia, así como las condiciones de competencia abierta ⁽⁶⁸⁾. La imparcialidad requiere específicamente un enjuiciamiento de los méritos de cada solicitud y veda la concesión de ventajas, ni siquiera *de facto*, a cualquiera de ellas. Por ejemplo, los Estados miembros tendrán que velar por la existencia de normas adecuadas para la prevención de los conflictos de intereses. El requisito de transparencia atañe, sobre todo, a la obligación de dar publicidad adecuada al procedimiento de selección. En particular, la Administración deberá publicar toda la información relevante sobre el procedimiento, incluido el objeto del régimen de autorización, las razones por las que se limita el número de autorizaciones, el plazo límite aplicable y los criterios que se emplearán para seleccionar a los candidatos elegidos.

En el artículo 12 se indica asimismo que estas autorizaciones solo podrán concederse por una duración limitada y no podrán renovarse automáticamente. La duración debe ser apropiada, es decir, adecuada para que el prestador pueda recuperar el coste de la inversión y obtener un rendimiento equitativo de los capitales invertidos ⁽⁶⁹⁾.

6.1.7. Obligación de motivar las decisiones y derecho de recurso

De conformidad con el artículo 10, apartado 6, toda decisión de las autoridades competentes, excepto la de concesión de una autorización solicitada por el prestador, deberá motivarse de manera exhaustiva. Esto significa que la Administración deberá declarar todos los motivos, de hecho y de derecho, que le han llevado a adoptarla. Las frases estándar o meramente tautológicas no satisfacen los requisitos de esta disposición.

Estrechamente vinculada a esta obligación se encuentra otra, también recogida en el artículo 10, apartado 6, relativa a la posible impugnación de las decisiones mediante un recurso ante los tribunales u otras instancias de apelación. La motivación completa de las decisiones es necesaria para garantizar una revisión judicial efectiva.

6.1.8. Procedimientos de autorización

Hay casos en que se obliga a los prestadores de servicios a seguir procedimientos de autorización prolongados y poco transparentes que dejan margen a la adopción de decisiones arbitrarias y discriminatorias. Para remediar tal situación, en el artículo 13 se exige que los procedimientos se basen en normas objetivas y transparentes para garantizar que las solicitudes se tramiten de manera imparcial. Al aplicar la Directiva de servicios, los Estados miembros tendrán que asegurarse de que los

⁽⁶⁷⁾ Sentencia de 18 de julio de 2007, *Comisión contra Italia*, asunto C-134/05, apartado 61.

⁽⁶⁸⁾ Véase el considerando 62.

⁽⁶⁹⁾ Véase el considerando 62.

procedimientos no sean disuasorios, ni compliquen o retrasen indebidamente la prestación del servicio. Por otra parte, las normas procedimentales deberán ser de fácil acceso y comprensión.

Debe acusarse recibo de las solicitudes de autorización y darles curso lo antes posible (artículo 13, apartados 3 y 5). Si la solicitud es incompleta, debe notificarse al solicitante de inmediato la necesidad de presentar información o documentos adicionales. Tan pronto como se determine que se cumplen las condiciones para obtener la autorización, debe concederse ésta (artículo 10, apartado 5). Cuando se desestime una solicitud por incumplir los procedimientos o trámites requeridos, debe informarse al solicitante de dicha desestimación lo antes posible. Los prestadores de servicios podrán decidir entonces, sin demora, si recurren o no.

En cualquier caso, las autoridades deberán completar los procedimientos de autorización en plazos razonables, que deberán ser fijados y hechos públicos con antelación por los Estados miembros (artículo 13, apartado 3). El carácter razonable o no del plazo para un determinado tipo de procedimiento dependerá de la complejidad del mismo y de las cuestiones de que se trate, y resulta obvio que los Estados miembros podrán establecer plazos diferentes para los distintos tipos de regímenes de autorización.

De conformidad con el artículo 13, apartado 4, los Estados miembros deberán disponer que, a falta de respuesta en el plazo fijado, se considerará que la autorización está concedida. Este mecanismo de autorización tácita se ha adoptado ya en numerosos Estados miembros, en un esfuerzo por favorecer la simplificación administrativa en beneficio de empresas y ciudadanos. Tal mecanismo otorga en todo caso tiempo suficiente a las autoridades competentes para examinar las solicitudes, puesto que el plazo deberá fijarse en relación con el tiempo necesario para el examen de las mismas y no empezará a correr hasta el momento de la presentación de toda la documentación (artículo 13, apartado 3). Por otra parte, los Estados miembros podrán establecer que las autoridades competentes, en casos excepcionales, y cuando la complejidad del asunto lo justifique, amplíen el plazo una sola vez y por un tiempo limitado. Tal ampliación y su duración deberán motivarse debidamente y se notificarán al solicitante antes de que haya expirado el período original.

Existen casos específicos en los que los Estados miembros, por razones imperiosas de interés general, pueden optar por regímenes diferentes al de autorización tácita. Un ejemplo posible es el de las actividades con repercusión potencialmente duradera en el medio ambiente. En cualquier caso, aun cuando opten por estos regímenes alternativos, deberán garantizar la disponibilidad de procedimientos rápidos y el carácter motivado y recurrible de las decisiones.

Por último, los procedimientos deberán resultar fácilmente accesibles para los solicitantes (véanse los artículos 6 a 8). Todo pago que se imponga a los solicitantes debe ser razonable (es decir, no debe constituir una barrera económica significativa, habida cuenta de la naturaleza de la actividad y de la inversión normalmente asociada a ella) y proporcionado al coste de los procedimientos de autorización.

6.2. Requisitos de establecimiento prohibidos

En el artículo 14 se enumeran una serie de requisitos que los Estados miembros no pueden imponer para el acceso a una actividad de servicios o para su ejercicio. Se trata de requisitos discriminatorios o particularmente restrictivos de cualquier otro modo y, por tanto, no pueden mantenerse. En muchos casos, el TJCE ha determinado ya su incompatibilidad con el artículo 43 del Tratado CE.

Para garantizar una transposición adecuada, los Estados miembros tendrán que examinar su legislación y suprimir los requisitos que coincidan con los consignados en el artículo 14 de manera sistemática y para la totalidad de las actividades de servicios objeto de la Directiva. Asimismo, se prohíbe a los Estados miembros la reintroducción de tales requisitos en el futuro. A la vista de su carácter excesivamente restrictivo y de su incompatibilidad, declarada en muchos casos, con el Tratado CE, los Estados miembros deberán considerar su supresión también en los sectores no incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios.

6.2.1. Prohibición de los requisitos basados directa o indirectamente en la nacionalidad

En el artículo 14, apartado 1, se prohíbe toda discriminación basada directa o indirectamente en la nacionalidad o, en lo que se refiere a las sociedades, en el domicilio social.

Hay discriminación cuando se establecen requisitos basados en la nacionalidad o, en el caso de las sociedades, en el domicilio social. Hay discriminación indirecta, en particular, cuando se establecen requisitos basados en la residencia o, en el caso de las sociedades, en el lugar de su establecimiento principal⁽⁷⁰⁾. No obstante, también las diferencias de trato basadas en otros criterios pueden dar lugar a una discriminación indirecta basada en la nacionalidad si tales criterios son, en la práctica, satisfechos en exclusiva, o mayoritariamente, por nacionales o sociedades del Estado miembro que los impone. Es lo que ocurre, por ejemplo, con los criterios relativos al lugar de prestación principal de la actividad de servicios, a la legislación al amparo de la cual se ha constituido una sociedad, o a la exigencia de que una mayoría de las acciones tengan que ser, directa o indirectamente, de titularidad pública o estatal⁽⁷¹⁾.

En el artículo 14, apartado 1, se mencionan explícitamente los requisitos que supeditan el acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio a la nacionalidad o la residencia del prestador, de su personal, de las personas que posean capital social, o de los miembros de los órganos de gestión o supervisión del prestador. Por ejemplo, quedarían prohibidas de conformidad con el artículo 14, apartado 1, una norma que reservase a las sociedades propiedad de los nacionales de un país el ejercicio de una determinada actividad de servicios, o una regla en virtud de la cual los gestores debieran residir en el territorio nacional⁽⁷²⁾.

En el artículo 14, apartado 1, se prohíben asimismo las normas que den lugar a que el acceso a la actividad de servicios o su ejercicio resulte más gravoso para los prestadores extranjeros que para los nacionales mediante la imposición de requisitos discriminatorios al acceso, el uso o la propiedad de equipos necesarios para la prestación del servicio⁽⁷³⁾. Tal es el caso, entre otros, de los requisitos discriminatorios impuestos a los operadores para la adquisición o el uso de bienes inmuebles, equipos, herramientas, vehículos, etc. (por ejemplo, una norma en virtud de la cual solo los nacionales de un país pudieran solicitar la adjudicación de establecimientos ofrecidos en alquiler por un ayuntamiento y utilizados por artesanos para la exposición y la venta de sus productos de artesanía)⁽⁷⁴⁾. Otro caso de discriminación indirecta prohibida en el artículo 14, apartado 1, sería el resultante de requisitos que limitasen la capacidad jurídica o los derechos de las sociedades a presentar demandas judiciales, por ejemplo, con el argumento de que han sido constituidas conforme a la legislación de otro Estado miembro⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷⁰⁾ Véanse la sentencia de 27 de junio de 1996, *Asscher*, asunto C-107/94; la sentencia de 25 de julio de 1991, *Factortame I*, asunto C-221/89 (en la que el TJCE declaró que es probable que la legislación nacional que establece distinciones por razón de residencia actúe fundamentalmente en detrimento de los ciudadanos de otros Estados miembros, puesto que los no residentes son con mayor frecuencia los no ciudadanos del Estado en cuestión), y la sentencia de 13 de julio de 1993, *Commerzbank*, asunto C-330/91.

⁽⁷¹⁾ Véase la sentencia de 5 de diciembre de 1989, *Comisión contra Italia*, asunto 3/88.

⁽⁷²⁾ Tales requisitos han sido excluidos ya por el TJCE en numerosos asuntos. Véanse la sentencia de 21 de junio de 1974, *Reyners*, asunto 2/74; la sentencia de 14 de julio de 1988, *Comisión contra Grecia*, asunto 38/87; la sentencia de 7 de marzo de 2002, *Comisión contra Italia*, asunto C-145/99 relativo a las leyes que supeditan el ejercicio profesional de abogados a la posesión de la nacionalidad de un determinado Estado; la sentencia del 29 de octubre de 1998, *Comisión contra España*, asunto C-114/97 sobre un requisito de nacionalidad impuesto al personal y los requisitos de residencia impuestos a consejeros y gerentes de las mismas empresas; la sentencia de 9 de marzo de 2000, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-355/98 relativo a una obligación de que gestores y empleados residan en el territorio nacional; la sentencia de 7 de marzo de 1996, *Comisión contra Francia*, asunto C-334/94; la sentencia de 25 de julio de 1991, *Factortame I*, asunto C-221/89, la sentencia de 27 de noviembre de 1997, *Comisión contra Grecia*, asunto C-62/96 relativo a legislaciones nacionales que solo permiten la operación de actividades en un Estado miembro a empresas propiedad en una parte o en su totalidad de ciudadanos de un determinado Estado, y cuyos gestores y miembros del consejo de supervisión sean ciudadanos de ese mismo Estado.

⁽⁷³⁾ Véase la sentencia de 14 de enero de 1988, *Comisión contra Italia*, asunto 63/86, relativo al acceso a bienes inmuebles, en el que el TJCE declaró, en el apartado 14, que la libertad de establecimiento atañe no solo a «las normas específicas relativas al ejercicio de actividades profesionales, sino que también se refiere a las normas relativas a las diversas facultades generales útiles para el ejercicio de esas actividades. Entre los ejemplos se encuentran el derecho a adquirir, a explotar y a enajenar bienes inmuebles y personales, y el derecho a obtener préstamos y, en particular, a tener acceso a las diversas formas de crédito».

⁽⁷⁴⁾ Como el requisito analizado por el TJCE en la sentencia de 18 de junio de 1985, *Steinhauser contra Ayuntamiento de Biarritz*, asunto 197/84, relativo a una disposición que solo permitía a los ciudadanos del Estado en cuestión solicitar la asignación de bienes públicos pertenecientes al municipio (locales alquilados) utilizados por los artesanos para la exposición y la venta de sus productos. Véase un ejemplo de requisito discriminatorio impuesto en relación con el registro de los equipos necesarios para la prestación de servicios (como maquinaria, vehículos, etc.) en la sentencia de 27 de noviembre de 1997, *Comisión contra Grecia*, asunto C-62/96; la sentencia de 7 de marzo de 1996, *Comisión contra Francia*, asunto C-334/94 y la sentencia de 25 de julio de 1991, *Factortame I*, asunto C-221/89. Véase un ejemplo relativo al registro de aeronaves utilizado para servicios de fotografía aérea en la sentencia de 8 de junio de 1999, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-203/98; así como la sentencia de 14 de enero de 1988, *Comisión contra Italia*, asunto 63/86; y la sentencia de 30 de mayo de 1987, *Comisión contra Grecia*, asunto 305/87. Respecto al requisito con arreglo al cual, solo a las asociaciones con un número mínimo de ciudadanos del Estado miembro en cuestión puede conferírseles personalidad jurídica en dicho Estado, véase la sentencia de 29 de junio de 1999, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-172/98.

⁽⁷⁵⁾ Véase la sentencia de 5 de noviembre de 2002, *Überseering*, asunto C-208/00.

6.2.2. Prohibición de los requisitos que limiten el establecimiento de prestadores de servicios a un único Estado miembro

En el artículo 14, apartado 2, se exige a los Estados miembros la supresión de todos los requisitos que prohíban a los prestadores de servicios estar establecidos en varios Estados miembros o estar inscritos en registros o ser miembros de órganos o asociaciones profesionales de más de un Estado miembro.

Requisitos de este tipo dan lugar a que los prestadores previamente establecidos en un Estado miembro no puedan establecerse adicionalmente en el territorio de otro y contravienen claramente la libertad de establecerse y de mantener un establecimiento en varios Estados miembros.

Los Estados miembros tendrán que identificar y suprimir todas las disposiciones de su ordenamiento jurídico, incluidas las promulgadas por órganos o asociaciones profesionales, que prohíban a un prestador el registro en una asociación profesional si ya es miembro de una entidad similar en otro Estado miembro ⁽⁷⁶⁾. Asimismo, tendrán que suprimir todo requisito que obligue a los prestadores a renunciar a su establecimiento previo en otro Estado miembro al establecerse en su territorio, lo que podría resultar del requisito de cancelar la inscripción en un registro de otro Estado miembro ⁽⁷⁷⁾.

6.2.3. Prohibición de los requisitos que limiten la capacidad de elección del prestador de servicios entre un establecimiento principal y otro secundario

De conformidad con el artículo 14, apartado 3, los Estados miembros tendrán que suprimir los requisitos que restrinjan la capacidad de elección de un prestador previamente establecido en un Estado miembro respecto al tipo de establecimiento que desea tener en otro Estado miembro (por ejemplo, establecimiento principal o secundario, o un tipo específico de establecimiento secundario, como una sucursal o filial). Los requisitos que restringen la capacidad de elección de los prestadores respecto al tipo de establecimiento pueden resultar muy gravosos para éstos y, sobre todo cuando se les obliga a mantener el establecimiento principal en el territorio de un determinado Estado miembro, pueden exigir el cambio de ubicación de la actividad empresarial, revocando así en la práctica el derecho a establecerse en un Estado miembro mediante un establecimiento secundario ⁽⁷⁸⁾.

Para aplicar esta disposición, los Estados miembros tendrán que suprimir las obligaciones impuestas a los prestadores de mantener el establecimiento principal en su territorio, como los requisitos que reserven el acceso a una determinada actividad o a su ejercicio a las personas jurídicas que tengan su domicilio social en el Estado miembro en cuestión ⁽⁷⁹⁾. Tendrán que suprimir asimismo los requisitos que limiten la libertad de elección entre diferentes tipos de establecimiento secundario, como las obligaciones de establecer una filial (y no una sucursal u otra forma de establecimiento secundario) para emprender determinada actividad empresarial en su territorio, o los requisitos que otorguen a cierta forma de establecimiento secundario un trato más favorable que a otras ⁽⁸⁰⁾.

6.2.4. Prohibición de las condiciones de reciprocidad

En el artículo 14, apartado 4, se prohíbe todo requisito en virtud del cual un Estado miembro supedita el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio por un prestador de otro Estado miembro a una condición de reciprocidad (es decir, a la condición de que el Estado miembro del prestador de servicios trate del mismo modo a los prestadores de servicios del otro Estado miembro). Generalmente, la reciprocidad no es compatible con la idea de un mercado interior basado en el principio de igualdad de trato de todos los operadores comunitarios. Así, el TJCE ha determinado en numerosos casos que las cláusulas de reciprocidad son contrarias al Tratado CE ⁽⁸¹⁾.

⁽⁷⁶⁾ Por ejemplo, en su sentencia de 12 de julio de 1984, *Klopp*, asunto 107/83, el TJCE abolió una ley nacional que prohibía el registro en un colegio de abogados a los juristas previamente inscritos en el colegio profesional de otro Estado miembro. En la sentencia de 20 de mayo de 1992, *Ramrath*, asunto C-106/91, se determinó que un requisito análogo relativo a la actividad de auditor contravenía el artículo 43 del Tratado CE.

⁽⁷⁷⁾ Véase, por ejemplo, la sentencia de 30 de abril de 1986, *Comisión contra Francia*, asunto 96/85, relativa a un régimen que obligaba a los profesionales (dentistas en este caso concreto) a cancelar su inscripción o registro en otro Estado para poder ejercer su actividad en este Estado miembro.

⁽⁷⁸⁾ Sentencia de 18 de enero de 2001, *Comisión contra Italia*, asunto C-162/99, y sentencia de 9 de marzo de 1999, *Centros*, asunto C-217/97.

⁽⁷⁹⁾ Véase la sentencia de 6 de junio de 1996, *Comisión contra Italia*, asunto C-101/94. Véase asimismo los casos sobre los registros de embarcaciones: sentencia de 27 de noviembre de 1997, *Comisión contra Grecia*, asunto C-62/96; sentencia de 7 de marzo de 1996, *Comisión contra Francia*, asunto C-334/94; y sentencia de 25 de julio de 1991, *Factortame I*, asunto C-221/89.

⁽⁸⁰⁾ Véase la sentencia de 28 de enero de 1986, *Comisión contra Francia*, asunto 270/83; la sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Saint Gobain*, asunto C-307/97; la sentencia de 12 de abril de 1994, *Halliburton*, asunto C-1/93.

⁽⁸¹⁾ Como ejemplo de la jurisprudencia, véase la sentencia de 13 de febrero de 2003, *Comisión contra Italia*, asunto C-131/01, en el ámbito de los agentes de patentes. En este caso, el Tribunal consideró que contravenía la libertad de establecimiento la legislación que permitía a los agentes no residentes en Italia inscribirse en el registro de agentes de patentes italianos únicamente si eran nacionales de Estados que permitían a los agentes italianos inscribirse en sus registros en las mismas condiciones. Véase asimismo la sentencia de 6 de junio de 1996, *Comisión contra Italia*, asunto C-101/94, sobre actividad de corretaje en valores mobiliarios.

Para aplicar esta disposición, los Estados miembros tendrán que suprimir, por ejemplo, los requisitos con arreglo a los cuales un prestador de servicios previamente establecido en otro Estado miembro solo pueda inscribirse en registros profesionales en su territorio si su Estado miembro de primer establecimiento también permite el registro de ciudadanos del Estado miembro en el que se solicita el registro.

6.2.5. Prohibición de las pruebas económicas

En el artículo 14, apartado 5, se exige a los Estados miembros que supriman los requisitos que haya en su legislación y que impongan una aplicación caso por caso, de pruebas económicas. En particular, los Estados miembros tendrán que comprobar si su legislación supedita la concesión de ciertas autorizaciones a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a una evaluación de los efectos económicos posibles o reales de la actividad, por ejemplo, en los competidores, o a una evaluación de la pertinencia de la actividad en relación con los objetivos de planificación económica establecidos por la autoridad competente. Si hay en vigor disposiciones de esta índole, tendrán que eliminarse. En el artículo 14, apartado 5, se aclara que tal prohibición no atañe a los requisitos de planificación territorial que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general, como la protección del medio ambiente, incluido el urbano, o la seguridad de la circulación, etc.

Existen pruebas económicas en algunos Estados miembros, en particular en el sector del comercio (por ejemplo, para la apertura de supermercados, centros comerciales, etc.), que a menudo exigen a los prestadores de servicios la realización de estudios económicos gravosos en tiempo y en dinero y cuyo resultado suele ser incierto ⁽⁸²⁾. Tales pruebas resultan muy gravosas para los prestadores de servicios y pueden abrir las puertas a resultados particularmente arbitrarios. Demoran el establecimiento de los prestadores de manera considerable, cuando no entorpecen plenamente el establecimiento de los recién llegados. En la práctica, suele exigirse a los prestadores de servicios que presenten datos como los relativos a la oferta y la demanda previstas, la repercusión económica de las nuevas empresas en los operadores previamente existentes en el mercado local, o la cuota de mercado actual del prestador en un determinado territorio, etc.

En este contexto, cabe señalar que, con arreglo a la jurisprudencia del TJCE, las razones de naturaleza económica (por ejemplo, la protección de una determinada categoría de operadores económicos, el mantenimiento de una cierta estructura de mercado, etc.) no pueden justificar las restricciones de las libertades fundamentales del mercado interior, incluida la de establecimiento ⁽⁸³⁾.

6.2.6. Prohibición de la intervención de competidores en las decisiones de las autoridades competentes

En el artículo 14, apartado 6, se exige que los Estados miembros supriman los requisitos recogidos en su ordenamiento jurídico en los que se disponga la intervención de competidores en la toma de decisiones relativas a casos individuales por parte de las autoridades competentes. De hecho, tal intervención contraviene el fin básico de garantizar unos procedimientos objetivos y transparentes, y podría dificultar el acceso de nuevos agentes al mercado ⁽⁸⁴⁾.

Los Estados miembros tendrán que derogar, por ejemplo, toda norma en la que se prevea la intervención de competidores en la toma de decisiones acerca de las solicitudes de autorización. Deberán suprimir además las disposiciones en las que se contemple la intervención de competidores en cualesquiera otras decisiones relativas a casos individuales. La prohibición recogida en el artículo 14, apartado 6, incluye los casos en los que los competidores formen parte de un órgano, como una cámara de comercio, al que se consulte respecto a solicitudes de autorización individuales. En cualquier caso, queda claro que no se impide a los Estados miembros que mantengan sistemas en los que se contemplen la participación y la consulta de posibles competidores respecto a asuntos distintos de los casos individuales. Tal sería el caso, por ejemplo, de las consultas con representantes empresariales realizadas por las autoridades públicas en los trabajos preparatorios de la elaboración de normas generales en materia urbanística o iniciativas similares.

⁽⁸²⁾ Véase la sentencia de 15 de junio de 2006, *Comisión contra Francia*, asunto C-255/04, relativa a los servicios de colocación de artistas.

⁽⁸³⁾ Véase, por ejemplo, la sentencia de 4 de junio de 2002, *Comisión contra Portugal*, asunto C-367/98.

⁽⁸⁴⁾ El TJCE ha determinado ya que tal intervención de competidores es contraria a lo dispuesto en el artículo 43 del Tratado CE. Véase la sentencia de 15 de enero de 2002, *Comisión contra Italia*, asunto C-439/99, relativo a la organización de ferias comerciales. En este caso el TJCE señaló que los competidores intervinientes en el procedimiento de autorización podrían, por ejemplo, procurar la demora de decisiones importantes, además de proponer restricciones excesivas, u obtener información de relevancia para la competencia.

Por otra parte, queda claro asimismo que, como se señala explícitamente, el artículo 14, apartado 6, no impide que colegios o asociaciones profesionales, u otros organismos, tomen decisiones sobre solicitudes individuales siempre que actúen como autoridad competente, como sucede en ocasiones con los órganos profesionales de las profesiones reguladas.

6.2.7 Prohibición de las obligaciones de obtener avales financieros o contratar seguros de operadores establecidos en el mismo Estado miembro

De conformidad con el artículo 14, apartado 7, los Estados miembros tendrán que suprimir las disposiciones de su ordenamiento jurídico que obliguen a los prestadores que deseen establecerse en su territorio a suscribir un seguro con un operador establecido en su propio territorio o a obtener de él un aval financiero. Los requisitos así prohibidos pueden dar lugar fácilmente a una duplicación innecesaria de la cobertura de seguro del prestador y, además, favorecer a las instituciones financieras establecidas en el mismo Estado miembro. No están justificados y ya han sido declarados contrarios al Tratado CE por el TJCE ⁽⁸⁵⁾.

No obstante, debe quedar claro que el artículo 14, apartado 7, no impide que los Estados miembros impongan requisitos de suscripción de seguros como tales. Siempre que tal obligación sea conforme con el artículo 23 de la Directiva de servicios y las demás disposiciones del Derecho comunitario, los Estados miembros siguen siendo libres de imponer obligaciones de suscripción de seguros a los prestadores establecidos en su territorio.

Asimismo, el artículo 14, apartado 7, no impide que los Estados miembros mantengan en vigor requisitos relativos a la participación en fondos colectivos de indemnización, como los que suelen constituir los miembros de organizaciones y colegios profesionales. Por ejemplo, no resultará afectada la obligación impuesta a los abogados de contribuir a un fondo establecido por su colegio profesional para indemnizar los daños y las pérdidas causados a clientes por mala práctica.

6.2.8 Prohibición de las obligaciones de haber estado inscrito previamente en el territorio nacional, o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio

Por último, en el artículo 14, apartado 8, se exige a los Estados miembros que supriman los requisitos que supediten el establecimiento en su territorio nacional al registro previo o al ejercicio previo de actividades por el prestador en dicho territorio. Es evidente que los requisitos que únicamente permitan prestar ciertas categorías de servicios a los operadores que hayan llevado a cabo con anterioridad actividades en un Estado miembro durante un determinado número de años excluirán normalmente el acceso al mercado de nuevos prestadores y, por tanto, tendrán que suprimirse.

Entre los ejemplos que cabe mencionar figura, por ejemplo, el de un régimen en virtud del cual únicamente los operadores que llevaban al menos un año establecidos en un Estado miembro podían registrar aeronaves utilizadas para la prestación de servicios de fotografía aérea ⁽⁸⁶⁾.

6.3. Requisitos a evaluar

Los requisitos consignados en el artículo 15 constituyen obstáculos graves a la libertad de establecimiento y, a menudo, pueden sustituirse por medios menos restrictivos. Como resultado, el TJCE ha declarado en numerosas ocasiones que son incompatibles con la libertad de establecimiento. De todos modos en ciertas circunstancias y en sectores concretos podrían estar justificados. Por esta razón, en el artículo 15 no se dispone su prohibición total, sino que se exige a los Estados miembros que revisen su legislación y, además, en su caso, las normas elaboradas por colegios y otras asociaciones profesionales, tal como se definen en el artículo 4, apartado 7, que identifiquen todos los requisitos del tipo de los consignados en el artículo 15, apartado 2, y que los evalúen con arreglo a los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad expuestos en el artículo 15, apartado 3.

Los Estados miembros tendrán que evaluar, en relación con cada uno de los requisitos identificados en su legislación, si es no discriminatorio, está justificado por una razón imperiosa de interés general y es proporcionado. Como se señala en el artículo 15, apartado 3, un requisito es no discriminatorio si no

⁽⁸⁵⁾ Véase, por ejemplo, la sentencia de 1 de diciembre de 1998, *Ambry*, asunto C-410/96, un caso relativo al establecimiento de operadores turísticos en Francia. Véase asimismo la sentencia de 7 de febrero de 2002, *Comisión contra Italia*, asunto C-279/00.

⁽⁸⁶⁾ Sentencia de 8 de julio de 1999, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-203/98. Otro ejemplo de obligación de haber estado registrado con anterioridad en un Estado miembro puede consultarse en la sentencia de 23 de mayo de 2000, *Comisión contra Italia*, asunto C-58/99.

discrimina, directa o indirectamente, en función de la nacionalidad (o en el caso de las sociedades, del domicilio social). Un requisito estará justificado por una razón imperiosa de interés general y será proporcionado si resulta adecuado para garantizar la realización del objetivo que persigue y no va más allá de lo necesario para conseguirlo. El concepto de razón imperiosa de interés general (como se recuerda en el artículo 4, apartado 8) alude a las razones no económicas legítimas a las que se atenga un Estado miembro y sean reconocidas como tales en la jurisprudencia del TJCE, incluidas, entre otras, el orden público, la salud pública, la seguridad pública, la protección del medio ambiente, la protección de los consumidores y los objetivos de política social. Como se señaló anteriormente, razones económicas como la protección de los competidores, de conformidad con la jurisprudencia del TJCE, no constituyen razones imperiosas de interés general y, por tanto, no pueden justificar la imposición de un requisito restrictivo. Además, los Estados miembros deberán evaluar en cada caso si el objetivo perseguido por el requisito en cuestión no puede alcanzarse aplicando medios menos restrictivos.

Dependiendo del resultado de la evaluación, los Estados miembros tendrán que suprimir los requisitos que no cumplan las condiciones expuestas en el artículo 15, apartado 3, o sustituirlos por medios menos restrictivos compatibles con las disposiciones de la Directiva. Podrán mantener los que se atengan a las condiciones recogidas en el artículo 15, apartado 3. Al finalizar este proceso, los Estados miembros deberán comunicar los requisitos que hayan mantenido, así como los que hayan suprimido o atenuado, en el marco del procedimiento de revisión y evaluación recíproca previsto en el artículo 39 de la Directiva ⁽⁸⁷⁾.

Es importante destacar que, con arreglo al artículo 15, apartado 6, a partir de la entrada en vigor de la Directiva (28 de diciembre de 2006), toda nueva ley que introduzca requisitos del tipo consignado en el artículo 15, apartado 2, deberá cumplir los criterios establecidos en el artículo 15, apartado 3. De conformidad con el artículo 15, apartado 7, los nuevos requisitos tendrán que ser notificados a la Comisión ⁽⁸⁸⁾.

6.3.1. Límites cuantitativos o territoriales

El artículo 15, apartado 2, letra a), exige a los Estados miembros que evalúen los requisitos que impongan límites cuantitativos o territoriales. Los primeros son los que atañen, por ejemplo, al número de operadores autorizados para establecerse en su territorio o en un área específica. Son también límites cuantitativos aquellos en virtud de los cuales se determina el número de operadores admitidos en función de la población; por ejemplo, la regla de que no podrá abrirse más de un quiosco o autoescuela por cada cierto número de personas (por ejemplo, 2 000 habitantes). En cuanto a los límites territoriales, son los que limitan el número de prestadores de servicios con arreglo a una distancia geográfica mínima, por ejemplo, al menos 5 km entre gasolineras. El artículo 15, apartado 2, letra a), no incluye los límites impuestos a los insumos, a la producción o a las emisiones, como los relativos a las emisiones de CO₂ o gases.

Los límites cuantitativos y territoriales afectan al número total de prestadores de servicios, entorpeciendo así el acceso de nuevos operadores al mercado, y restringen gravemente, e incluso impiden, la libertad de establecimiento. Al examinar este tipo de requisitos, los Estados miembros deberán tener en cuenta que, a menudo, pueden suprimirlos o sustituirlos por medidas menos restrictivas. En este contexto, cabe recordar asimismo que los fines económicos, como el de garantizar la base económica de determinadas categorías de prestadores, no constituyen razones imperiosas de interés general y, por tanto, no pueden invocarse como posible justificación de límites cuantitativos o territoriales.

6.3.2. Obligación de que el prestador de servicios adopte una forma jurídica particular

El artículo 15, apartado 2, letra b), atañe a los requisitos vigentes en algunos Estados miembros, que obligan a los prestadores de servicios a adoptar una forma jurídica determinada si desean prestar ciertos servicios. No cabe duda de que este tipo de requisitos constituyen obstáculos graves al establecimiento de los prestadores de servicios de otros Estados miembros, ya que pueden obligarles a modificar su estructura o forma jurídica.

Por ejemplo, los Estados miembros tendrán que identificar y evaluar los requisitos con arreglo a los cuales solo a los operadores económicos que adopten la forma de personas jurídicas se les permita

⁽⁸⁷⁾ Véase el apartado 10 del presente Manual.

⁽⁸⁸⁾ Véase nuevamente el apartado 10 del presente Manual.

emprender ciertas actividades en su territorio, excluyendo de este modo del mercado a las personas físicas ⁽⁸⁹⁾. Del mismo modo, se incluyen en esta categoría los requisitos que impidan a los prestadores ofrecer sus servicios adoptando la forma de una determinada entidad jurídica o de una asociación y que en ocasiones se aplican a ciertas profesiones.

Otros ejemplos de casos contemplados en el artículo 15, apartado 2, letra b), son los requisitos que permiten el ejercicio de una determinada actividad únicamente a las sociedades unipersonales, o a las que son propiedad exclusivamente de personas físicas, así como los que excluyen del ejercicio de una actividad a ciertas categorías de empresas, como por ejemplo las sociedades cuyas acciones cotizan en Bolsa ⁽⁹⁰⁾. Por otra parte, también están incluidos los requisitos que reservan ciertas actividad a entidades sin ánimo de lucro ⁽⁹¹⁾.

Los requisitos relativos a la forma jurídica pueden sustituirse en muchos casos por medios menos restrictivos y, por tanto, no están justificados. Por ejemplo, el TJCE ⁽⁹²⁾ ha declarado que no puede mantenerse el requisito de que los operadores económicos se constituyan como personas jurídicas para realizar ciertas actividades, ya que el objetivo de proteger a los acreedores puede conseguirse con medidas menos restrictivas, como la de exigir a los operadores que obtengan un aval o suscriban un seguro. Asimismo, en general, el objetivo de impedir que los operadores realicen actividades delictivas o fraudulentas no justifica la exclusión del ejercicio de determinadas actividades de los que tengan una forma jurídica específica ⁽⁹³⁾. En esta misma línea, los requisitos que reservan ciertas actividades a entidades sin ánimo de lucro, en varios casos, no estarán justificados ⁽⁹⁴⁾.

6.3.3. Requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad

El artículo 15, apartado 2, letra c), alude a los requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad. Entre ellos se incluyen, por ejemplo, los que exigen la posesión de una porción mínima del capital. Se incluyen asimismo los que exigen una cualificación determinada para poseer capital social. Por ejemplo, en relación con ciertos servicios prestados por miembros de una profesión regulada y llevados a cabo a través de una sociedad, los Estados miembros exigen en ocasiones que todo el capital, o una parte relevante del mismo, sea propiedad directamente de miembros de dicha profesión.

En muchos casos, los Estados miembros deberían ser capaces de sustituir los requisitos de posesión de un capital social mínimo por mecanismos menos restrictivos. En particular, el TJCE ha considerado que tales requisitos no pueden justificarse por razones relativas a la protección de los acreedores, dado que se consigue el mismo objetivo con medidas menos restrictivas, que obliguen por ejemplo al prestador a obtener un aval o suscribir un seguro ⁽⁹⁵⁾. Además, en otros casos, la imposición a los operadores de ciertos requisitos de transparencia e información podría considerarse asimismo suficiente para proteger a los acreedores.

Del mismo modo, los requisitos que obligan a tener una cualificación específica para poseer capital social pueden no estar justificados en algunos casos, ya que el mismo objetivo puede alcanzarse utilizando medidas menos restrictivas. Así, en un asunto relativo al establecimiento de ópticos, el TJCE determinó que la imposición de un determinado nivel de participación de los ópticos en el capital social no era proporcionada para la consecución del objetivo de protección de la salud pública ⁽⁹⁶⁾. Como señaló el TJCE en esta ocasión, la elevada calidad y profesionalidad del servicio puede garantizarse a menudo con medidas menos restrictivas para la libertad de establecimiento; por ejemplo, exigiendo la presencia física de profesionales cualificados, asalariados o asociados, en cada establecimiento, o aplicando normas relativas a la responsabilidad civil respecto a las acciones de terceros, o normas nacionales que exijan la suscripción de un seguro de responsabilidad profesional.

⁽⁸⁹⁾ Como ejemplos de la jurisprudencia, véanse la sentencia de 29 de abril de 2004, *Comisión contra Portugal*, asunto C-171/02, y la sentencia de 26 de enero de 2006, *Comisión contra España*, asunto C-514/03.

⁽⁹⁰⁾ Tal fue el caso, por ejemplo, en la sentencia de 6 de noviembre de 2003, *Gambelli*, asunto C-243/01.

⁽⁹¹⁾ Véase, por ejemplo, la sentencia de 15 de enero de 2002, *Comisión contra Italia (ferias comerciales)*, asunto C-439/99, y la sentencia de 17 de junio de 1997, *Sodemare*, asunto C-70/95.

⁽⁹²⁾ Véase la sentencia de 29 de abril de 2004, *Comisión contra Portugal*, asunto C-171/02.

⁽⁹³⁾ Sentencia de 6 de marzo de 2007, *Placanica*, asuntos acumulados C-388/04, C-359/04 y C-360/04. El TJCE dictaminó que tal «exclusión general va más allá de lo necesario» para lograr el objetivo de impedir que los operadores realicen actividades delictivas o fraudulentas, y que un modo menos restrictivo de seguimiento de las cuentas y las actividades de los operadores en cuestión podría consistir, por ejemplo, en la recogida de información sobre su representante, o sus principales accionistas.

⁽⁹⁴⁾ Por ejemplo, en su sentencia de 15 de enero de 2002, *Comisión contra Italia (ferias comerciales)*, asunto C-439/99, el TJCE señaló que «es difícil concebir motivos de interés general que puedan justificar tales restricciones» (apartado 32). Con todo, no puede excluirse que tales requisitos puedan estar justificados en ciertos casos, en particular en el ámbito social, como se muestra en la sentencia de 17 de junio de 1997, *Sodemare*, asunto C-70/95.

⁽⁹⁵⁾ Sentencia de 29 de abril de 2004, *Comisión contra Portugal*, asunto C-171/02; y sentencia de 26 de enero de 2006, *Comisión contra España*, asunto C-514/03. Véase asimismo la sentencia de 30 de septiembre de 2003, *Inspire Art*, asunto C-167/01.

⁽⁹⁶⁾ Sentencia de 21 de abril de 2005, *Comisión contra Grecia*, asunto C-140/03.

6.3.4. Requisitos que dan lugar a la reserva de la prestación de ciertos servicios a determinados prestadores

El artículo 15, apartado 2, letra d), se refiere a las normas que reservan en exclusiva el derecho a prestar ciertos servicios a determinados prestadores. No obstante, no están comprendidas en el ámbito de aplicación de este artículo 15 las actividades reservadas que estén vinculadas a la posesión de cualificaciones profesionales para el ejercicio de profesiones reguladas con arreglo a la Directiva 2005/36/CE, o previstas en otros instrumentos comunitarios. Por ejemplo, dado que los requisitos que reservan la prestación de asesoramiento jurídico, en ciertos Estados miembros, están vinculados a una determinada cualificación profesional, no se tratan en el artículo 15, apartado 2, letra d). De todos modos, no cabe duda de que tales requisitos han de cumplir en cualquier caso otras disposiciones del Derecho comunitario, en particular los artículos 43 y 49 del Tratado CE.

6.3.5. Prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional

En el artículo 15, apartado 2, letra e), se exige que los Estados miembros evalúen los requisitos en virtud de los cuales se impide a los prestadores de servicios disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional. En este sentido, cabe señalar que la citada disposición difiere de la prohibición total recogida en el artículo 14, apartado 2, ya que solo se refiere a las restricciones a disponer de varios establecimientos en un mismo Estado miembro, lo que no afecta a la posibilidad de que los prestadores se establezcan en otros Estados miembros.

En muchos casos, los Estados miembros deberán ser capaces de identificar medios menos restrictivos pero también adecuados para la consecución de objetivos de interés general. Por ejemplo, en numerosas ocasiones se puede garantizar el objetivo de una alta calidad de los servicios exigiendo contar con personal cualificado.

En este contexto, el TJCE determinó que una ley nacional que no permita a los operadores abrir más de una autoescuela en un Estado miembro es contraria a la libertad de establecimiento ⁽⁹⁷⁾.

6.3.6. Obligaciones de disponer de un número mínimo de empleados

El artículo 15, apartado 2, letra f), alude a los requisitos que obligan a los prestadores de servicios a disponer de un número mínimo de empleados. Tales requisitos pueden resultar sumamente gravosos para ciertos operadores, en particular para las pequeñas y medianas empresas, que podrían verse obligadas a ampliar su plantilla para poder prestar sus servicios. Si no pueden permitirse tal ampliación, los requisitos que nos ocupan podría dar lugar en ciertos casos a su exclusión del mercado.

Al evaluar su legislación, los Estados miembros deben considerar que, como se expone en la jurisprudencia del TJCE, los requisitos de disposición de una cifra mínima de empleados solo se justifican en un número limitado de casos. Por ejemplo, en un asunto relativo a servicios de seguridad, el TJCE declaró que la obligación de contar con un número mínimo de empleados estaba justificada por razones de seguridad únicamente cuando se aplicase a la actividad específica de transporte de explosivos (teniendo en cuenta la necesidad de disponer de un equipo compuesto por un determinado número de personas para el manejo de materiales peligrosos), pero no en relación con otras actividades más comunes en el campo de la seguridad que conllevan un menor riesgo para el público, como las que desempeña el personal de vigilancia ⁽⁹⁸⁾.

6.3.7. Obligaciones de aplicar tarifas mínimas o máximas fijas

En el artículo 15, apartado 2, letra g), se alude a las tarifas mínimas o máximas fijas impuestas en la legislación o las normas profesionales para la prestación de ciertos servicios. Tales tarifas son los precios a los que deben atenerse los operadores al ofrecer sus servicios en el mercado.

Las tarifas mínimas o máximas fijas constituyen un obstáculo grave al mercado interior, ya que privan a los prestadores de servicios de la posibilidad de competir por precio o por calidad, lo que representa una herramienta esencial de toda actividad económica, y pueden dar lugar a que el establecimiento en un Estado miembro resulte menos atractivo. Normalmente, los Estados miembros deberán encontrar

⁽⁹⁷⁾ Orden de 2 de diciembre de 2005, *Seidl*, asunto C-117/05.

⁽⁹⁸⁾ Sentencia de 26 de enero de 2006, *Comisión contra España*, asunto C-514/03.

medios más apropiados para proteger los objetivos de interés general en juego, como la protección de los consumidores.

Por ejemplo, los Estados miembros tendrán que revisar y, en su caso, suprimir las tarifas mínimas o máximas fijas que en ocasiones se imponen a ciertas profesiones reguladas, como la abogacía. Al efectuar la revisión, los Estados miembros deberán tener en cuenta, también en este caso, la jurisprudencia del TJCE. En un asunto reciente relativo a las tarifas mínimas de abogados, el TJCE señaló que éstas no son necesarias en varios casos, ya que las normas referentes a la organización, las cualificaciones, la ética profesional, la supervisión y las responsabilidades pueden bastar por sí solas para alcanzar los objetivos de protección de los consumidores y adecuada administración de justicia ⁽⁹⁹⁾.

6.3.8. Obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos

En el artículo 15, apartado 2, letra h), se exige a los Estados miembros que evalúen las disposiciones en las que se obligue al prestador a ofrecer, junto con su servicio, otros servicios. Tal obligación puede resultar desproporcionada en muchos casos. Por ejemplo, en algunos Estados miembros, los operadores que desean abrir una gasolinera han de ofrecer otros tipos de servicio en las instalaciones, como la venta de productos de mantenimiento para el automóvil, alimentos y bebidas, etc. Los Estados miembros tendrán que considerar si un requisito de tal índole, sin posibilidad de excepción, resultará proporcionado dada la posibilidad de que los mismos productos se encuentren ya disponibles en tiendas ubicadas junto a la gasolinera en cuestión.

7. LIBRE CIRCULACIÓN DE SERVICIOS

7.1. Cláusula sobre la libertad de prestación de servicios y excepciones aplicables

7.1.1. Distinción entre establecimiento y prestación transfronteriza de servicios

De conformidad con los artículos 43 y 49 del Tratado CE y la jurisprudencia relacionada del TJCE, la Directiva de servicios distingue claramente entre las normas aplicables al establecimiento y las aplicables a la prestación transfronteriza de servicios. Mientras que los artículos 9 a 15 atañen al establecimiento de los prestadores, los artículos 16 a 21 se ocupan de la prestación transfronteriza de servicios, es decir, de los casos en los que el prestador no se encuentra establecido en el Estado miembro en el que presta sus servicios. La distinción entre establecimiento y prestación transfronteriza es, por tanto, fundamental para determinar a qué normas de la Directiva deben atenerse los prestadores.

El establecimiento conlleva la realización en la práctica de una actividad económica a través de un establecimiento fijo y durante un período indeterminado ⁽¹⁰⁰⁾. Por el contrario, de conformidad con la jurisprudencia del TJCE, la libertad de prestación de servicios se caracteriza por la ausencia de una participación estable y continua en la vida económica del Estado miembro anfitrión ⁽¹⁰¹⁾. Como ha sostenido de manera sistemática el TJCE, la distinción entre establecimiento y prestación de servicios ha de efectuarse caso por caso, teniendo en cuenta no solo la duración, sino también la regularidad, periodicidad y continuidad de la prestación de servicios ⁽¹⁰²⁾. De esto se infiere, como concluye el TJCE, que no puede haber límites temporales generales para distinguir entre establecimiento y prestación de servicios ⁽¹⁰³⁾. Tampoco es decisivo el hecho de que el prestador utilice una determinada infraestructura, ya que el prestador puede servirse de la infraestructura en el Estado miembro de acogida para la prestación transfronteriza de servicios sin estar establecido en el mismo ⁽¹⁰⁴⁾. En el asunto *Schnitzer*, el TJCE explicó que incluso una actividad realizada durante varios años en otro Estado miembro, dependiendo de las circunstancias del caso, puede considerarse una prestación de servicios en el sentido recogido en el artículo 49 del Tratado CE, al igual que las prestaciones de servicios reiteradas a lo largo de un período amplio, como en el caso de actividades de consultoría o de asesoramiento. El establecimiento requiere la integración en la economía del Estado miembro, lo que conlleva la adquisición de una clientela en el mismo a partir de un domicilio profesional estable ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽⁹⁹⁾ Sentencia del 5 de diciembre de 2006, *Cipolla*, asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04.

⁽¹⁰⁰⁾ Sentencia de 25 de julio de 1991, *Factortame*, asunto C-221/89, apartado 20. Véase asimismo la definición de «establecimiento» en el artículo 4, apartado 5.

⁽¹⁰¹⁾ Sentencia de 13 de febrero de 2003, *Comisión contra Italia*, asunto C-131/05, apartado 23.

⁽¹⁰²⁾ Sentencia de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, asunto C-55/94, apartado 39; sentencia de 11 de diciembre de 2003, *Schnitzer*, asunto C-215/01, apartado 28.

⁽¹⁰³⁾ Sentencia de 11 de diciembre de 2003, *Schnitzer*, asunto C-215/01, apartado 31.

⁽¹⁰⁴⁾ Sentencia de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, asunto C-55/94, apartado 27; sentencia de 11 de diciembre de 2003, *Schnitzer*, asunto C-215/01, apartado 28.

⁽¹⁰⁵⁾ Sentencia de 11 de diciembre de 2003, *Schnitzer*, asunto C-215/01, apartado 29.

7.1.2. Alcance y efecto de la cláusula sobre libertad de prestación de servicios

En el artículo 16 se establece la libertad para la prestación transfronteriza de servicios sin restricciones no justificadas. Se trata de una de las piedras angulares de la Directiva de servicios. Se aplica a todos los servicios comprendidos en su ámbito de aplicación, con la excepción de los servicios o materias consignados en el artículo 17.

En el artículo 16 se exige a los Estados miembros que se abstengan de imponer sus propios requisitos a los prestadores de servicios que acceden a su mercado, excepto cuando tales requisitos estén justificados por alguna de las cuatro razones enumeradas en los apartados 1 y 3 ⁽¹⁰⁶⁾. Esto significa que los requisitos que los Estados miembros pueden imponer a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros son limitados. Tal restricción se aplica a toda forma de requisito, independientemente del tipo o nivel de la legislación en cuestión y de los límites territoriales en los que se aplique una norma nacional. Como consecuencia, los prestadores sabrán que no estarán sujetos a las leyes del Estado miembro receptor salvo en los casos en los que la aplicación de las mismas esté justificada por alguna de las cuatro razones expuestas en el artículo 16, apartados 1 y 3 (o en los que las leyes en cuestión estén cubiertos por una de las derogaciones contempladas en el artículo 17).

Contrariamente a otros artículos de la Directiva, como el 14, el artículo 16, en principio, no exige a los Estados miembros que supriman los requisitos existentes, sino que se abstengan de aplicar los requisitos a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros. No les impide mantener sus requisitos para sus operadores nacionales. En cambio, tendrán que modificar las normas nacionales para eliminar los requisitos específicamente dirigidos a los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros.

Para evitar lagunas en la legislación de transposición, puede que resulte aconsejable transponer el artículo 16 a un instrumento horizontal, en lugar de servirse de medidas dirigidas específicamente a determinados sectores o temas. De este modo, se garantizará la seguridad jurídica, tanto para los prestadores como para los destinatarios de los servicios, así como para las autoridades competentes.

7.1.3. Requisitos que pueden imponer los Estados miembros respecto a los servicios transfronterizos

En el artículo 16, apartado 1, se prohíbe a los Estados miembros supeditar el acceso a una actividad de servicios, o a su ejercicio, a requisitos que no estén justificados por alguna de las cuatro razones que se refieren en los apartados 1 y 3. Además, tales requisitos deberán atenerse a los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

7.1.3.1. Las cuatro razones recogidas en el artículo 16, apartados 1 y 3

De acuerdo con el artículo 16, la aplicación de requisitos nacionales solo podrá justificarse si resulta necesaria para la protección del orden público, la seguridad pública, la salud pública, o el medio ambiente. Se excluye así que los Estados miembros puedan invocar otros objetivos de interés general ⁽¹⁰⁷⁾.

Cabe señalar que los términos «orden público», «seguridad pública» y «salud pública» son conceptos del Derecho comunitario que se derivan directamente del artículo 46 del Tratado CE. Han sido interpretados de manera sistemática por el TJCE en un sentido estricto, señalando que debe existir una amenaza real y grave para un interés fundamental de la sociedad y que corresponde a los Estados miembros que invocan tales objetivos de interés general la demostración de los riesgos en cuestión ⁽¹⁰⁸⁾. Asimismo, el TJCE ha indicado claramente que los Estados miembros no pueden determinar unilateralmente el alcance de tales términos: «... el concepto de "orden público" en el contexto comunitario y en los casos en que, en particular, se utiliza como justificación para establecer una excepción respecto a un principio fundamental del Derecho comunitario, debe interpretarse estrictamente, de modo que su alcance no pueda ser determinado de manera unilateral por cada Estado miembro sin ningún control por parte de las instituciones de la Comunidad» ⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁶⁾ La cláusula sobre libertad de prestación de servicios se basa en el principio desarrollado en la jurisprudencia sistemáticamente acumulada por el TJCE respecto a la libre circulación de servicios. Véase la sentencia de 3 de diciembre de 1974, *van Binsbergen*, asunto 33/74, así como, en lo que atañe a la libre circulación de bienes, la sentencia de 20 de febrero de 1979, *Cassis de Dijon*, asunto 120/78.

⁽¹⁰⁷⁾ Dejando al margen la excepción caso por caso contemplada en el artículo 18; véase el apartado 7.1.5 del presente Manual.

⁽¹⁰⁸⁾ Por lo que respecta al orden público, véase la sentencia de 14 de octubre de 2004, *Omega*, asunto C-36/02. En cuanto al orden y la seguridad públicos, véase la sentencia de 14 de marzo de 2000, *Église de Scientologie*, asunto C-54/99, apartado 17. Por lo que se refiere a la seguridad y la salud públicas, véase la sentencia de 14 de diciembre de 2006, *Comisión contra Austria*, asunto C-257/05, apartado 25.

⁽¹⁰⁹⁾ Sentencia de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, asunto 41/74, apartado 18, respecto a la libre circulación de trabajadores. Véase asimismo la sentencia de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, asunto 30/77, apartado 33.

También se deriva de la jurisprudencia que el fin de proteger estos objetivos de interés general no permite a los Estados miembros eximir a sectores económicos o profesiones en su conjunto de la aplicación de libertades fundamentales, en particular de la libertad de prestación de servicios ⁽¹¹⁰⁾.

○ **Orden público:** como se ha señalado, el de orden público es un concepto del Derecho comunitario que exige la existencia de una amenaza real y grave para un interés fundamental de la sociedad. En este sentido, no puede equipararse a nociones amplias del orden público que existan en el ordenamiento jurídico de ciertos Estados miembros y que incluyan una gama completa de cuestiones, o incluso el conjunto del orden jurídico o social en un determinado Estado miembro. Esto no obsta a que el TJCE haya reconocido que los valores de índole fundamental en una sociedad pueden diferir de un Estado miembro a otro ⁽¹¹¹⁾. El número de asuntos en los que el TJCE ha aceptado la alegación del orden público es bastante limitado. Por ejemplo, se aceptó en un asunto relativo a una conducta personal que comprendía el abuso de drogas, con el argumento de que tal conducta suponía una amenaza real y suficientemente grave para un interés fundamental de la sociedad ⁽¹¹²⁾; en un asunto en el que un Estado miembro consideraba los juegos en los que se simula el asesinato de personas como una violación de la dignidad humana ⁽¹¹³⁾; y en asuntos relativos a los riesgos para los valores fundamentales del orden social que pueden derivarse de los juegos de azar ⁽¹¹⁴⁾. En cambio, el TJCE no aceptó una alegación relativa al orden público respecto a una ley nacional que exigía un capital mínimo a ciertas sociedades para proteger a los acreedores ⁽¹¹⁵⁾, ni un requisito en virtud del cual el gestor de una empresa debía residir en el territorio en el que ésta se encontraba establecida, para que pudieran entregársele las notificaciones de sanciones ⁽¹¹⁶⁾. El TJCE ha rechazado asimismo como «*obviamente infundado*» el argumento de que toda empresa de seguridad puede constituir una amenaza real y suficientemente grave para el orden y la seguridad públicos ⁽¹¹⁷⁾. Por otra parte, ha señalado que la mera omisión por parte de un nacional de un Estado miembro de los trámites legales establecidos para el acceso, la circulación y la residencia de los extranjeros no puede considerarse constitutiva en sí misma de una infracción del orden público ⁽¹¹⁸⁾.

○ **Seguridad pública:** como en el caso del orden público, la seguridad pública es un concepto del Derecho comunitario que requiere la existencia de una amenaza real y grave para un interés fundamental de la sociedad. Son ejemplos de lo que el TJCE ha reconocido como objetivos de seguridad pública los que siguen: el objetivo de un Estado miembro de garantizar la disponibilidad de petróleo bruto, debido a «*la importancia fundamental para la existencia de un país, puesto que no solo su economía, sino, sobre todo, la totalidad de sus instituciones, sus servicios públicos esenciales e incluso la supervivencia de sus habitantes dependen de [él]*» ⁽¹¹⁹⁾, y el de evitar accidentes graves en los puertos ⁽¹²⁰⁾. En una sentencia reciente en la que se alegó este concepto, el TJCE confirmó que, aunque la prevención de daños físicos personales graves constituye un interés fundamental de la sociedad, el artículo 46 del Tratado CE, como excepción a un principio fundamental del Tratado, ha de interpretarse de manera restrictiva y solo podrá considerarse en el caso de una amenaza real y suficientemente grave que afecte a alguno de los intereses fundamentales de la sociedad ⁽¹²¹⁾.

○ **Salud pública:** hasta la fecha, el TJCE no ha establecido una definición específica de lo que constituye la salud pública ⁽¹²²⁾. No obstante, la jurisprudencia pertinente confirma que, como en el resto de las razones a las que se alude en el artículo 46 del Tratado CE, solo en caso de una amenaza real y suficientemente grave podrá alegarse el concepto de salud pública ⁽¹²³⁾. Se ha hecho alusión a la salud pública en casos en los que los Estados miembros señalaron que «*el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional*» y «*la supervivencia de su población*» ⁽¹²⁴⁾ justifica ciertas restricciones.

⁽¹¹⁰⁾ Sentencia de 9 de marzo de 2000, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-355/98.

⁽¹¹¹⁾ Sentencia de 14 de octubre de 2004, *Omega*, asunto C-36/02.

⁽¹¹²⁾ Sentencia de 19 de enero de 1999, *Calfa*, asunto C-348/96; no obstante, en el asunto considerado, el TJCE no determinó que la medida en cuestión (expulsión del territorio después de una condena penal) estuviese justificada.

⁽¹¹³⁾ Sentencia de 14 de octubre de 2004, *Omega*, asunto C-36/02.

⁽¹¹⁴⁾ Sentencia de 21 de septiembre de 1999, *Läära*, asunto C-124/97.

⁽¹¹⁵⁾ Sentencia de 9 de marzo de 1999, *Centros*, asunto C-212/97, apartados 32 a 34.

⁽¹¹⁶⁾ Sentencia de 7 de mayo de 1998, *Clean Car Services*, asunto C-350/96, apartados 40 a 42, respecto al artículo 39, apartado 3, del Tratado CE.

⁽¹¹⁷⁾ Sentencia de 9 de marzo de 2000, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-355/98, apartado 30.

⁽¹¹⁸⁾ Sentencia del 10 de diciembre de 1974, *Royer*, asunto 48/75, apartados 38 y 39.

⁽¹¹⁹⁾ Sentencia de 10 de julio de 1984, *Campus Oil*, asunto 72/83, apartado 34.

⁽¹²⁰⁾ Sentencia de 18 de junio de 1998, *Corsica Ferries*, asunto C-266/96.

⁽¹²¹⁾ Sentencia de 14 de diciembre de 2006, *Comisión contra Austria*, asunto C-257/05, y jurisprudencia mencionada en la misma.

⁽¹²²⁾ No obstante, en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros (DO L 158 de 30.4.2004, p. 77), el concepto de salud pública, que constituye una de las razones que puede justificar las restricciones a la libre circulación, se explica como sigue: «*Las únicas enfermedades que podrán justificar una medida que limite la libertad de circulación serán las enfermedades con potencial epidémico como se definen en los instrumentos correspondientes de la Organización Mundial de la Salud, así como otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas siempre que sean, en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales*».

⁽¹²³⁾ Véase la sentencia de 14 de diciembre de 2006, *Comisión contra Austria*, asunto C-257/05, apartado 25.

⁽¹²⁴⁾ Sentencia de 16 de mayo de 2006, *Watts*, asunto C-372/04, apartado 105. El TJCE aludió en general a declaraciones relativas a la «salud pública» en la jurisprudencia anterior, pero en este asunto en concreto, y en lo que respecta a la autorización de tratamientos hospitalarios en otros Estados miembros, el TJCE aceptó una justificación basada en la necesidad de planificar la seguridad, sin referirse específicamente a la «salud pública» como tal.

v **Protección del medio ambiente:** Los Estados miembros tienen la posibilidad de garantizar que los prestadores de servicios cumplan con sus respectivas normas nacionales, regionales o locales sobre protección del medio ambiente. Teniendo en cuenta las características específicas del lugar en el que se prestan los servicios, los Estados miembros pueden evitar que éstos repercutan negativamente en el medio ambiente del lugar en cuestión. Tales normas pueden aludir a la protección contra la contaminación acústica (niveles máximos de ruido respecto al uso de cierta maquinaria), al uso de sustancias peligrosas con vistas a la prevención de daños al medio ambiente, a la eliminación de residuos producidos en el curso de una actividad de servicios, etc. En todos estos casos ha de examinarse con detenimiento si la aplicación de los requisitos del Estado miembro anfitrión es necesaria y proporcionada. Por ejemplo, puede que un prestador sea objeto ya de auditorías medioambientales en su Estado miembro de establecimiento para determinar la idoneidad medioambiental de su explotación y de sus métodos de trabajo y los requisitos vigentes en el Estado miembro anfitrión no deberán dar lugar a un solapamiento de normas en este terreno.

7.1.3.2. *No discriminación*

De conformidad con el artículo 16, los requisitos nacionales que discriminan a los prestadores de servicios de otros Estados miembros, aun cuando estén relacionados con alguno de los cuatro objetivos de interés general a los que se alude en el artículo 16, apartado 1, no podrán aplicarse. Por ejemplo, en general, los regímenes de autorización establecidos de manera específica respecto a los prestadores de otros Estados miembros serán discriminatorios. Lo mismo vale en el caso de otras normas concebidas específicamente para regular la prestación de servicios por prestadores de otros Estados miembros que no se aplican del mismo modo a los prestadores nacionales. Un ejemplo podría ser el de las normas que prohíben a los prestadores de otros Estados miembros el tener infraestructura, o que les exigen la posesión de un documento de identidad que no se requiere a los ciudadanos del Estado en cuestión.

7.1.3.3. *Proporcionalidad*

Por último, aun cuando un requisito no sea discriminatorio y corresponda a alguna de las cuatro razones imperiosas de interés general antes referidas, la prueba definitiva respecto a si la aplicación de tal requisito se atiene a lo dispuesto en el artículo 16, apartados 1 y 3, es la de proporcionalidad, con arreglo a la cual se determina si la aplicación del requisito es apropiada para garantizar la consecución del objetivo que persigue y si no va más allá de lo necesario para alcanzar éste ⁽¹²⁵⁾.

Un primer paso en esta evaluación consiste en establecer si la aplicación de un requisito nacional es adecuada para lograr el objetivo perseguido. La aplicación de legislación que no es eficaz para proteger alguno de los cuatro objetivos de interés general a los que se alude en el artículo 16, apartado 1, no puede justificarse. Por otra parte, la aplicación del requisito en cuestión debe constituir el medio menos restrictivo para alcanzar el objetivo. En particular, deberá evaluarse si el objetivo de interés general no se realiza ya mediante los requisitos a los que se somete el prestador en el Estado miembro de establecimiento. Aun cuando no sea éste el caso (porque no existan tales requisitos en la legislación del Estado miembro de establecimiento del prestador, o porque dichos requisitos sean menos protectores), el Estado miembro receptor deberá evaluar si existen otros medios menos restrictivos para alcanzar el objetivo perseguido (por ejemplo, el seguimiento de la actividad mientras se lleva a cabo puede resultar menos restrictivo que el requisito de autorización previa y bastar de todos modos para lograr el objetivo). A menudo, tal evaluación deberá efectuarse caso por caso.

7.1.3.4. *Lista de requisitos del artículo 16, apartado 2*

La lista que figura en el artículo 16, apartado 2, contiene ejemplos de requisitos que, en principio, los Estados miembros no pueden imponer en el caso de los servicios prestados en su territorio por un prestador establecido en otro Estado miembro. Alude asimismo a los requisitos que normalmente no pueden imponerse a los destinatarios de los servicios.

Los ejemplos de requisitos mencionados en el apartado 2 se tratan en numerosas ocasiones en la jurisprudencia del TJCE y se ha determinado su incompatibilidad con el artículo 49 del Tratado CE. En este sentido, se admite en términos generales que tales requisitos no pueden justificarse en virtud de

⁽¹²⁵⁾ Sentencia de 25 de julio de 1991, *Säger*, asunto C-76/90, apartado 15; sentencia de 23 de noviembre de 1999, *Arblade and Others*, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, apartado 35; sentencia de 3 de octubre de 2000, *Corsten*, asunto C-58/98, apartado 39; sentencia de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite*, asunto C-390/99, apartado 33.

alguno de los cuatro objetivos de interés general a los que se alude en el artículo 16, apartado 3, ya que, normalmente, resultarán desproporcionados.

○ **Obligación de disponer de establecimiento en el territorio en el que se presta el servicio**

El artículo 16, apartado 2, letra a), atañe a los requisitos que obligan a los prestadores de otros Estados miembros a establecerse en el Estado miembro en el que desean proveer servicios transfronterizos. Como señala el TJCE, tales requisitos niegan el derecho a prestar servicios transfronterizos consagrado en el artículo 49 del Tratado CE, ya que imposibilitan tal prestación al imponer al prestador la obligación de contar con una infraestructura estable en el Estado miembro receptor ⁽¹²⁶⁾.

○ **Obligación de obtener una autorización o de inscribirse en un registro**

En el artículo 16, apartado 2, letra b), se alude a los requisitos que obligan a los prestadores de otros Estados miembros a someterse a un procedimiento administrativo relativo a la obtención de una autorización o la inscripción en un registro antes de poder iniciar en la práctica la prestación de sus servicios. El TJCE ha señalado de manera sistemática que este tipo de control previo solo es justificable en casos excepcionales si se demuestra que el seguimiento o la verificación a posteriori resultarían ineficaces, o actuarían demasiado tarde, para evitar un perjuicio grave ⁽¹²⁷⁾. El artículo 16, apartado 2, letra b), no se refiere a los regímenes de autorización o de registro previstos en otros instrumentos comunitarios, como la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

○ **Prohibición de establecer una infraestructura**

El artículo 16, apartado 2, letra c), alude a las prohibiciones que impone el Estado miembro receptor al establecimiento de infraestructuras como oficinas, gabinetes, etc., que los prestadores de otros Estados miembros puedan necesitar para la prestación de sus servicios. Un prestador no puede ser obligado a disponer de un establecimiento, pero debe brindársele la posibilidad de utilizar algún tipo de infraestructura, como una oficina o similar, para llevar a cabo las actividades de servicios transfronterizos, por ejemplo, para recibir a clientes o almacenar los equipos que utilice al proveer sus servicios, como ha reconocido el TJCE ⁽¹²⁸⁾.

○ **Aplicación de regímenes contractuales particulares entre el prestador y el destinatario que restrinja la prestación de servicios por trabajadores por cuenta propia**

En el artículo 16, apartado 2, letra d), se aluden a los requisitos que prescriben regímenes contractuales específicos respecto a la prestación de determinados servicios y que afectan a la relación del prestador con su cliente, en particular, a su capacidad de establecer relaciones sujetas a contratos de servicio. Tal sería el caso si un Estado miembro excluyera por ley la posibilidad de llevar a cabo ciertas actividades como trabajador por cuenta propia, por ejemplo, exigiendo que éstas se realicen siempre en el contexto de una relación de empleo. Se incluirían aquí, por ejemplo, los casos en que los servicios prestados por un guía turístico no fuesen reconocidos como tales con arreglo a la legislación nacional que prescriba la existencia de una relación de empleo entre los guías turísticos y las agencias de viajes que organizan programas de turismo ⁽¹²⁹⁾.

○ **Obligación de poseer un documento de identidad específico**

En el artículo 16, apartado 2, letra e), se alude a los requisitos que obligan a los prestadores de servicios a estar en posesión de un documento de identidad determinado expedido por el Estado miembro en el que se presta el servicio. El efecto de tales requisitos consiste en que no permiten la prestación de un servicio antes de la obtención del documento en cuestión ante las autoridades del Estado miembro anfitrión. Dan lugar a demoras y complicaciones, razón por la que el TJCE ha dictaminado que tales requisitos resultan desproporcionados ⁽¹³⁰⁾.

⁽¹²⁶⁾ Sentencia de 10 de febrero de 1982, *Transporoute*, asunto 76/81; sentencia de 15 de enero de 2002, *Comisión contra Italia*, asunto C-439/99; sentencia de 7 de febrero de 2002, *Comisión contra Italia*, asunto C-279/00.

⁽¹²⁷⁾ Sentencia de 8 de junio de 2000, *Comisión contra Italia*, asunto C-264/99; sentencia de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite*, asunto C-390/99; sentencia de 13 de febrero de 2003, *Comisión contra Italia*, asunto C-131/01.

⁽¹²⁸⁾ Debe tenerse en cuenta que, como se ha explicado anteriormente, el hecho de que un prestador utilice tal infraestructura no significa que esté establecido y que sus actividades no puedan seguir considerándose como una prestación transfronteriza de servicios. Véanse la sentencia de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, asunto C-55/94, y la sentencia de 21 de marzo de 2002, *Comisión contra Italia*, asunto C-298/99.

⁽¹²⁹⁾ Sentencia de 5 de junio de 1997, *Greek tourist guides*, asunto C-398/95.

⁽¹³⁰⁾ Sentencia de 9 de marzo de 2000, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-355/98.

○ Requisitos que afectan al uso de equipos

El artículo 16, apartado 2, letra f), atañe a los requisitos que restringen el uso de equipos. Tales requisitos pueden impedir que prestadores de otros Estados miembros utilicen sus equipos habituales, aunque sean adecuados técnicamente. Son ejemplo de estas imposiciones las obligaciones de utilizar determinados tipos o marcas de maquinaria técnica (por ejemplo, el uso de ciertos instrumentos de medición), o los requisitos que supeditan el uso de determinados equipos a la concesión de autorizaciones o a procedimientos administrativos similares ⁽¹³¹⁾. Ha de entenderse que la noción de equipo comprende las herramientas, máquinas, instrumentación, etc., utilizada por los prestadores para la prestación del servicio, como las grúas utilizadas por las empresas de construcción. No engloba los materiales suministrados por el prestador que se consumen o se queda el destinatario del servicio tras la prestación de éste, como los materiales de construcción que forman parte de un edificio. Por otra parte, cabe señalar que el artículo 16, apartado 2, letra f), no se refiere a los requisitos necesarios para proteger la salud y la seguridad en el trabajo, ni impide a los Estados miembros aplicar sus requisitos específicos en este campo, como ciertas obligaciones relativas al uso de maquinaria peligrosa y equipos de seguridad. Estas disposiciones se aplican independientemente de que los equipos en cuestión sean utilizados por trabajadores desplazados ⁽¹³²⁾ o por cuenta ajena.

○ Restricciones aplicadas a los destinatarios

El artículo 16, apartado 2, letra g), alude al artículo 19 de la Directiva, en el que se refieren las restricciones a los destinatarios. Tales restricciones repercuten asimismo en los prestadores que desean proveer un servicio a clientes en otro Estado miembro. Estos requisitos, aunque no se imponen directamente al prestador, sino a sus (posibles) clientes, disuaden a los destinatarios potenciales de recurrir a prestadores de servicios de otros Estados miembros y en ciertos casos, llegan incluso a imposibilitarles tal recurso ⁽¹³³⁾.

7.1.4. Excepciones del artículo 17

El artículo 17 contiene una lista de excepciones al artículo 16. De conformidad con la jurisprudencia del TJCE, las excepciones a una norma establecida en una directiva con la intención de garantizar la efectividad de los derechos conferidos por el Tratado CE, como la libertad para prestar servicios, han de interpretarse de manera rigurosa ⁽¹³⁴⁾.

El hecho de que ciertas materias o servicios se refieran en alguna de las excepciones del artículo 17 no implica necesariamente que pueda aplicárseles todo el cuerpo normativo del Estado miembro en el que se preste el servicio. Estas materias o servicios se someten en todo caso a lo dispuesto en el artículo 49 del Tratado CE. Como consecuencia, la aplicación de ciertos requisitos en el Estado miembro en el que se presta el servicio puede no estar justificada.

○ Servicios de interés económico general

El artículo 17, apartado 1, contiene una excepción al artículo 16 relativa a los servicios de interés económico general que se prestan en otro Estado miembro. Como se explica en el considerando 70, «A los efectos de la presente Directiva, y sin perjuicio del artículo 16 del Tratado, los servicios solo pueden considerarse servicios de interés económico general si se prestan en ejecución de una tarea especial de interés público confiada al prestador por el Estado miembro en cuestión. Este encargo debe hacerse por medio de uno o varios actos, cuya forma ha de determinar el Estado miembro de que se trate, y debe precisar la naturaleza concreta de la tarea especial». En el artículo 17, apartado 1, se menciona explícitamente los que se conocen como servicios de red, incluidos los que son objeto de la legislación comunitaria (servicios postales, ciertos servicios relacionados con el suministro de gas y de electricidad). La referencia a estos servicios no significa que todos ellos se consideren automáticamente de interés económico general. En cualquier caso, la evaluación respecto a si un determinado servicio es de interés económico general o no deberá efectuarse en cada caso concreto, aplicando los principios referidos en el considerando 70.

○ Materias que abarca la Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores

En el artículo 17, apartado 2, se deja claro que la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores ⁽¹³⁵⁾ no se ve afectada por el artículo 16. En los considerandos 86 y 87 se explica con detalle el alcance de esta excepción. Las normas que conciernen a los períodos máximos de trabajo y mínimos de descanso, la

⁽¹³¹⁾ Sentencia de 22 de enero de 2002, *Canal Satellite*, asunto C-390/99; sentencia de 8 de julio de 1999, *Comisión contra Bélgica*, asunto C-203/98, sobre el artículo 43 del Tratado CE.

⁽¹³²⁾ En este caso, en el artículo 17, apartado 2, se establece una excepción al artículo 16.

⁽¹³³⁾ Para más información sobre el artículo 19, véase el apartado 7.2.1 del presente Manual.

⁽¹³⁴⁾ Véase la sentencia de 18 de mayo de 1995, *Comisión contra Italia*, asunto C-57/94.

⁽¹³⁵⁾ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios, DO L 18 de 21.1.1997, p. 1.

duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, las cuantías de salario mínimo, incluidas las correspondientes a las horas extraordinarias, las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de empresas de trabajo temporal, la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo, las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes, la igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación son objeto de la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores y, por tanto, no se ven afectadas por lo dispuesto en el artículo 16.

○ **Materias a las que se refiere la Directiva 95/46/CE relativa al tratamiento de datos personales**

La excepción recogida en el artículo 17, apartado 3, concierne a las materias a las que se refiere la Directiva sobre la protección de los ciudadanos en cuanto al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de éstos, en la que se establecen normas específicas respecto a la transmisión transfronteriza de datos.

○ **Materias a las que se refiere la Directiva 77/249/CEE, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados**

La excepción recogida en el artículo 17, apartado 4, garantiza la plena aplicación de la Directiva mencionada, que contiene normas más específicas sobre la prestación transfronteriza de servicios por los abogados. En consecuencia, el artículo 16 se aplicará a los abogados únicamente en las materias no tratadas por esa Directiva. En particular, de acuerdo con la misma, las actividades judiciales y la representación de clientes ante las autoridades públicas deberán desempeñarse en un Estado miembro con arreglo a las obligaciones previstas para los abogados establecidos en él. En cuanto a las actividades no judiciales, el artículo 16 complementa lo dispuesto en la misma Directiva en las materias en las que ésta no permite expresamente la aplicación de las normas del Estado miembro en el que se prestan los servicios en cuestión.

○ **La actividad de cobro de deudas por vía judicial**

La exclusión recogida en el artículo 17, apartado 5, concierne a las actividades consistentes en el cobro de deudas por procedimientos judiciales. No comprende los servicios de cobro de deudas realizados por los prestadores al margen de los procedimientos judiciales.

○ **Materias a las que se refiere el título II de la Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, incluidos los requisitos nacionales por los que se reserva una actividad a una determinada profesión regulada**

La excepción recogida en el artículo 17, apartado 6, garantiza la plena aplicación del título II de la Directiva mencionada en el caso de la prestación transfronteriza de servicios⁽¹³⁶⁾. En consecuencia, el artículo 16 se aplicará, en el caso de las profesiones reguladas, únicamente a las materias no vinculadas a las cualificaciones profesionales, como las comunicaciones comerciales, las asociaciones multidisciplinarias, las tarifas, etc. Se excluye asimismo de la aplicación de dicho artículo los requisitos que reservan una actividad a los miembros de una determinada profesión regulada. Por ejemplo, cuando en un Estado miembro se reserve el asesoramiento jurídico a los abogados, no se aplicará en él la disposición sobre la libertad de prestación de servicios. Así, una persona que pueda prestar servicios de asesoramiento jurídico en su Estado miembro de establecimiento pero no tenga el título de abogado no podrá invocar el artículo 16 para prestar esos servicios en un Estado miembro en el que se reserven a los abogados. La compatibilidad de tal reserva con el Derecho comunitario no debe abordarse a la luz la Directiva de servicios, de la Directiva sobre cualificaciones profesionales ni las Directivas sobre la abogacía, sino del Tratado CE.

○ **Materias a las que se refiere el Reglamento (CEE) nº 1408/71 relativo a la coordinación de regímenes de seguridad social**

La excepción referida en el artículo 17, apartado 7, garantiza que las normas contenidas en el Reglamento sobre la coordinación de regímenes nacionales de seguridad social no se vean afectadas por lo dispuesto en el artículo 16. Estas normas determinan, entre otras cosas, qué régimen nacional de seguridad social se aplica a los ciudadanos que trabajan temporalmente en otro Estado miembro, ya sea por cuenta propia o ajena.

⁽¹³⁶⁾ En este sentido, queda claro que las disposiciones contenidas en el título II de la Directiva sobre cualificaciones profesionales seguirán siendo plenamente aplicables. Por ejemplo, el Estado miembro anfitrión puede exigir una declaración previa con periodicidad anual y el prestador se someterá a las normas profesionales de índole profesional, reglamentaria o administrativa vinculadas directamente a las cualificaciones profesionales.

○ **Materias a las que se refiere la Directiva 2004/38/CE relativa a los trámites administrativos que conciernen a la libre circulación de personas y a su residencia**

La Directiva 2004/38/CE recoge los trámites administrativos que los Estados miembros pueden imponer a los ciudadanos de la UE y de ciertos países terceros que se trasladan de un Estado miembro a otro. De conformidad con la excepción recogida en el artículo 17, apartado 8, tales normas no se verán afectadas por la prestación de un servicio que conlleve el desplazamiento temporal de ciudadanos de la UE o de terceros países.

○ **Requisitos de visado o de permiso de residencia impuestos a ciudadanos de terceros países**

La excepción consignada en el artículo 17, apartado 9, garantiza que las normas relativas a los requisitos de visado que forman parte del acervo de Schengen no se vean afectadas por lo dispuesto en el artículo 16. Consecuentemente, no obsta a las facultades de los Estados miembros de imponer requisitos de visado a los nacionales de terceros países a los que se aplique el acervo de Schengen (en esencia, nacionales de terceros países que se desplacen entre un país Schengen y un país no Schengen o viceversa, o que se trasladen a otro Estado miembro por períodos superiores a tres meses).

○ **Materias a las que se refiere el Reglamento (CEE) n° 259/93 relativo al traslado de residuos**

El reglamento sobre traslado de residuos contiene ciertas normas que establecen obligaciones que han de cumplirse en el país de destino o de tránsito. La excepción que recoge el artículo 17, apartado 10, garantiza que esas normas no se vean afectadas por lo dispuesto en el artículo 16.

○ **Derechos de propiedad intelectual**

La excepción recogida en el artículo 17, apartado 11, se aplica a los derechos de propiedad intelectual como tales (existencia del derecho, alcance y excepciones, duración, etc.). No concierne, por el contrario, a los servicios vinculados a la gestión de tales derechos, como los que prestan sociedades de cobro y agentes de patentes.

○ **Actos para los que se exige por ley la intervención de un notario**

La excepción recogida en el artículo 17, apartado 12, concierne a los requisitos de la legislación nacional que establecen la intervención de un notario en determinados actos. Es lo que ocurre, por ejemplo, con las operaciones con bienes inmuebles, la constitución de una sociedad o su registro, etc.

○ **Materias que abarca la Directiva 2006/43/CE sobre auditorías legales**

La excepción consignada en el artículo 17, apartado 13, concierne a las normas específicas sobre auditoría legal establecidas en la Directiva referida. Garantiza que las normas de ésta aplicables a la prestación de servicios de auditoría legal por auditores de otro Estado miembro, como la relativa a la necesidad de que el auditor reciba la aprobación del Estado miembro que requiera la auditoría legal, no se vean afectadas por lo dispuesto en el artículo 16. Este artículo solo se aplicará a los auditores en las materias no contempladas en la Directiva 2006/43/CE.

○ **Matriculación de vehículos objeto de un arrendamiento financiero («leasing») en otro Estado miembro**

En esta excepción, recogida en el artículo 17, apartado 14, se tienen en cuenta las importantes diferencias existentes entre los Estados miembros en cuanto a la tributación de los vehículos y las posibles consecuencias fiscales de su matriculación⁽¹³⁷⁾, y en su virtud se permite a los Estados miembros exigir que los vehículos que circulan habitualmente en sus carreteras nacionales se matriculen en su territorio. Esta excepción se aplica al leasing a largo plazo, pero no a las actividades de alquiler de automóviles a corto plazo.

○ **Disposiciones aplicables a las obligaciones contractuales y extracontractuales determinadas de conformidad con las normas del Derecho internacional privado**

En el artículo 17, apartado 15, se aborda la relación entre el artículo 16 y las normas de Derecho internacional privado que rigen las obligaciones contractuales y extracontractuales. Tales normas no se verán afectadas por lo dispuesto en el artículo 16, lo que significa que la determinación del Derecho civil nacional aplicable a las citadas obligaciones se hará de conformidad con las normas del Derecho internacional privado.

⁽¹³⁷⁾ Véase la sentencia de 21 de marzo de 2002, *Cura-Anlagen*, asunto C-451/99.

7.1.5. Excepciones en casos individuales con arreglo al artículo 18

El artículo 18 permite las excepciones a lo dispuesto en el artículo 16 en determinadas condiciones y en casos concretos, por razón de la seguridad de los servicios. En las condiciones que en él se exponen, el Estado miembro de destino podrá imponer requisitos con carácter excepcional a determinados prestadores de servicios que acudan a su territorio. Sólo podrá recurrirse a este artículo en situaciones concretas y en relación con la prestación de un servicio específico por un prestador determinado. El artículo no podrá utilizarse con carácter general para establecer excepciones respecto a lo previsto en el artículo 16 para un determinado tipo de servicio o categoría de prestador.

El artículo 18 permite la adopción de medidas preventivas o cautelares para garantizar la seguridad del servicio en cuestión. El servicio debe plantear un peligro que no pueda prevenirse con medidas adoptadas con arreglo a las disposiciones sobre cooperación administrativa, es decir, mediante el mecanismo de asistencia recíproca entre las Administraciones de los Estados miembros de que se trate. Las medidas deberán ser proporcionadas y limitadas a lo que sea necesario para proteger de los peligros creados, o a punto de ser creados, por el servicio o el prestador de éste. Deberán ser más eficaces que las tomadas por el Estado miembro de establecimiento del prestador. El Estado miembro destinatario del servicio debe hacer, pues, una evaluación en todos los casos para determinar si las medidas que prevé adoptar suponen un valor añadido real sobre las decididas por el Estado miembro de establecimiento del prestador.

Desde el punto de vista procedimental, el Estado miembro en el que se preste el servicio solo podrá adoptar medidas por su cuenta previa solicitud de la asistencia al Estado miembro de establecimiento del prestador y ultimación de los pasos previstos en el artículo 35, apartados 2 a 6, incluida la obligación de notificar al Estado miembro de establecimiento y a la Comisión la intención de tomar tales medidas y las razones de ello ⁽¹³⁸⁾.

En el apartado 3 se aclara que este procedimiento se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos comunitarios para garantizar la libre prestación de servicios o permitir excepciones individuales a dicha libertad. Tal es el caso en especial de la Directiva sobre el comercio electrónico ⁽¹³⁹⁾.

7.2. Obligaciones relativas a los derechos de los destinatarios de servicios

Para establecer un genuino mercado interior de los servicios, no solo hay que facilitar la libertad de los operadores para prestarlos, sino que resulta igualmente importante garantizar a los destinatarios el ejercicio sin problemas de su libertad para recibirlos. Como se señala en la jurisprudencia del TJCE, la libertad de los destinatarios para recibir servicios constituye una parte esencial de la libertad fundamental establecida en el artículo 49 del Tratado CE ⁽¹⁴⁰⁾.

La sección 2 del capítulo IV de la Directiva de servicios se dedica al refuerzo de los derechos de los destinatarios de los servicios y, en particular, de los consumidores. Su objetivo es suprimir los obstáculos con que se encuentran los destinatarios que desean utilizar servicios prestados por prestadores establecidos en otros Estados miembros y abolir los requisitos discriminatorios basados en la nacionalidad o la residencia de los propios destinatarios. Les garantiza asimismo el acceso a información general sobre los requisitos que han de cumplir los prestadores de otros Estados miembros, permitiéndoles así tomar decisiones informadas al optar por los servicios de un prestador establecido en otro Estado miembro.

Los artículos 19 a 21 se aplican a todos los destinatarios de servicios, tal como éstos se definen en el artículo 4, apartado 3, de la Directiva. Se benefician, pues, de lo dispuesto en ellos todos los nacionales de un Estado miembro, así como cualquier persona jurídica contemplada en el artículo 48 del Tratado CE y establecida en un Estado miembro. Además, como se indica en el artículo 4, apartado 3, así como en el considerando 36, la noción de «destinatario» comprende asimismo todas las personas físicas que, aunque no sean nacionales de un Estado miembro, se benefician de los derechos concedidos a éstos por un acto comunitario. También ellas, por tanto, se acogen a lo previsto en los artículos 19 a 21 ⁽¹⁴¹⁾.

⁽¹³⁸⁾ Véase el apartado 9.4.2 del presente Manual.

⁽¹³⁹⁾ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior, DO L 178 de 17.7.2000, p. 1.

⁽¹⁴⁰⁾ Véase, por ejemplo, la sentencia de 2 de febrero de 1989, *Cowan contra Trésor Public*, asunto 186/87; la sentencia de 30 de mayo de 1991, *Comisión contra Países Bajos*, asunto C-68/89; y la sentencia de 9 de agosto de 1994, *Van der Elst*, asunto C-43/93.

⁽¹⁴¹⁾ Esto no obsta a la decisión adoptada por el Reino Unido, Irlanda y Dinamarca de conformidad con los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición del Reino Unido e Irlanda respectivamente, y con arreglo a los artículos 1 y 2 del Protocolo sobre la posición de Dinamarca, anexas al Tratado de la Unión Europea y el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, de no tomar parte en la adopción de la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, DO L 16 de 23.1.2004, p. 44.

7.2.1. Restricciones que no pueden imponerse a los destinatarios

Actualmente, los destinatarios de los servicios, en particular los consumidores, se encuentran en ocasiones con dificultades para utilizar los servicios ofrecidos por prestadores de otros Estados miembros. Hay restricciones, incluso discriminaciones, en diferentes situaciones en las que el prestador se desplaza al territorio de otro Estado miembro, o en que el servicio se presta a distancia, pero también en casos en que el destinatario se traslada a otro Estado miembro para recibir servicios en éste.

El artículo 19 impide a los Estados miembros imponer a los destinatarios requisitos que restrinjan la utilización de un servicio prestado por operadores establecidos en otro Estado miembro. En particular, prohíbe los requisitos que discriminen por razón del lugar de establecimiento del prestador, es decir, que distingan según que éste se encuentre establecido en el mismo Estado miembro en el que reside el destinatario o en otro diferente, o según el lugar en que se preste el servicio. Para aplicar esta disposición, los Estados miembros tendrán que examinar su legislación, comprobar si contiene algún requisito prohibido por el artículo 19 y, en caso de que exista, suprimirlo.

De conformidad con el artículo 19, letra a), los Estados miembros que obliguen a los destinatarios de servicios a hacer una declaración u obtener una autorización para utilizar los servicios de prestadores establecidos en otro Estado miembro tendrán que anular tales obligaciones⁽¹⁴²⁾. Sin embargo, esto no concierne a los regímenes de autorización que se aplican en caso de utilización de un servicio⁽¹⁴³⁾, y no solo en casos en que éste se preste desde otro Estado miembro.

Por otra parte, con arreglo al artículo 19, letra b), los Estados miembros que presten ayuda económica para la utilización de un determinado servicio tendrán que suprimir las limitaciones discriminatorias impuestas a tal ayuda que se basen en el hecho de que el prestador se encuentre establecido en otro Estado miembro o de que el servicio se preste en otro Estado miembro. Así, por ejemplo, la financiación de cursos de idiomas u otro tipo de formación dirigidos a empleados, concedida a condición de que los cursos se impartan en el territorio nacional, no sería compatible con el artículo 19 y, por tanto, debería suprimirse. No obstante, debe quedar claro que el artículo 19, letra b), se aplica únicamente a la ayuda económica otorgada para la utilización de un servicio específico. Los regímenes no vinculados a la utilización de un servicio determinado, como las ayudas económicas concedidas a estudiantes para su mantenimiento, no están recogidas en el artículo 19⁽¹⁴⁴⁾.

7.2.2. Principio de no discriminación

En ocasiones, los destinatarios de servicios se enfrentan a discriminaciones basadas en su nacionalidad o su lugar de residencia, como ocurre cuando se les cobran precios más elevados para el acceso a museos o parques. El artículo 20 establece una obligación general de no discriminación que se aplica tanto a los Estados miembros como a los prestadores de servicios.

7.2.2.1. Obligación de no discriminación por parte de los Estados miembros

El artículo 20, apartado 1, obliga a los Estados miembros a velar por que los destinatarios de servicios no se vean sujetos a requisitos discriminatorios basados en su nacionalidad o en su lugar de residencia. En consecuencia, ha de suprimirse toda discriminación por parte de las autoridades estatales, regionales o locales basada en la nacionalidad o en el lugar de residencia de los destinatarios, como ocurre con la fijación de precios discriminatorios o con la imposición de los requisitos únicamente a los nacionales de otros Estados miembros (por ejemplo, la obligación de presentar determinados documentos para la utilización de un servicio).

No obstante, no toda diferencia de trato constituye necesariamente un caso de discriminación. Como se aclara en la jurisprudencia del TJCE, la discriminación consiste en la aplicación de normas diferentes en situaciones comparables, o de la misma norma en situaciones diferentes⁽¹⁴⁵⁾. Por tanto, aun cuando las diferencias de trato basadas en el lugar de residencia constituyan en general actos de discriminación, en casos excepcionales pueden no ser discriminatorias si reflejan diferencias pertinentes y objetivas en la situación de los destinatarios⁽¹⁴⁶⁾ (como ocurre, por ejemplo, con la fijación de precios reducidos en una

⁽¹⁴²⁾ Normalmente, de conformidad con el artículo 16 deberán dejar de imponerse en el futuro requisitos de autorización a los prestadores de servicios (es distinto el caso de los destinatarios) de otros Estados miembros. El artículo 19 complementa lo dispuesto en el 16 desde el punto de vista de los destinatarios.

⁽¹⁴³⁾ Véase el considerando 92.

⁽¹⁴⁴⁾ Véase el considerando 93.

⁽¹⁴⁵⁾ Véase la sentencia de 29 de abril de 1999, *Royal Bank of Scotland*, asunto C-311/97.

⁽¹⁴⁶⁾ Véase el considerando 94.

determinada localidad para la utilización de una piscina pública gestionada por la autoridad local y financiada con cargo a impuestos municipales).

Para evitar lagunas en la transposición, es posible que los Estados miembros consideren la inclusión en la ley marco de transposición de la Directiva una cláusula general que incorpore los principios recogidos en este artículo 20, apartado 1. Tal inclusión puede revestir especial importancia para evitar la discriminación a través de prácticas administrativas a escala local.

7.2.2.2. *Obligación de no discriminación en las condiciones generales de los prestadores de servicios*

En el artículo 20, apartado 2, se exige a los Estados miembros que velen por que las condiciones generales de acceso a un servicio que el prestador ponga a disposición del público no contengan condiciones discriminatorias basadas en la nacionalidad o el lugar de residencia de los destinatarios.

No obstante, es evidente que la Directiva no pretende evitar las diferencias de trato en las condiciones generales basadas en consideraciones empresariales objetivas. A este respecto, en el apartado 2 se indica de manera explícita que la prohibición de discriminación no menoscaba la posibilidad de los prestadores de servicios de establecer diferencias en las condiciones de acceso cuando tales diferencias estén justificadas por criterios objetivos. Como se aclara en el considerando 95, entre las circunstancias objetivas que pueden justificar diferencias en tarifas, precios u otras condiciones pueden mencionarse los costes adicionales ocasionados por la distancia, las características técnicas de la prestación del servicio, etc.

De nuevo en este caso, para aplicar esta disposición, es posible que los Estados miembros decidan incluir en su ley marco horizontal de transposición de la Directiva una disposición general que incorpore lo dispuesto en el artículo 20, apartado 2. Tal inclusión es importante para que los destinatarios puedan invocar el principio de no discriminación frente a los prestadores de servicios.

7.2.3. *Obligación de asistencia a los destinatarios*

Actualmente, muchos destinatarios siguen dudando en utilizar servicios del extranjero porque no tienen, y no pueden obtener con facilidad, información sobre las normas, en particular de protección de los consumidores, a que están sujetos los prestadores de servicios de otros Estados miembros. Esta falta de información les dificulta comparar las ofertas y, por tanto, elegir a los prestadores en función de la totalidad de datos relevantes. En este contexto, el artículo 21 trata de fomentar su confianza, facilitándoles los medios para hacer comparaciones informadas y tomar decisiones al emprender transacciones transfronterizas. Recoge así el derecho de los destinatarios a obtener, en su Estado miembro de origen, información general y asistencia sobre los requisitos legales pertinentes, en particular los relativos a la protección de los consumidores, y sobre las vías de recurso disponibles en otros Estados miembros.

El artículo 21 complementa lo dispuesto en el artículo 7, que exige a los Estados miembros que pongan a disposición de los destinatarios información sobre su respectiva legislación nacional ⁽¹⁴⁷⁾.

7.2.3.1. *Información que debe facilitarse*

De conformidad con el artículo 21, la información que debe facilitarse a los destinatarios de servicios comprende, en particular, la de carácter general relativa a los requisitos aplicables a los prestadores en otros Estados miembros. Se incluye aquí, en particular, información sobre los requisitos para la obtención de autorizaciones, así como sobre las normas aplicables al acceso a actividades de servicios y a su ejercicio, en especial, las que atañen a la protección de los consumidores. A diferencia del artículo 7, que obliga a los Estados miembros a proporcionar a los destinatarios información sobre su respectiva legislación nacional, con arreglo al artículo 21 no tienen que facilitar información detallada, como la relativa a los pasos que debe dar un prestador de servicios para obtener una autorización. No están obligados a prestar asesoramiento jurídico, ni a suministrar otra información pormenorizada adaptada a la situación de los destinatarios de que se trate ⁽¹⁴⁸⁾.

⁽¹⁴⁷⁾ Véase el apartado 5.3 del presente Manual.

⁽¹⁴⁸⁾ En caso de conflicto, podrá obtenerse asistencia personalizada a través de otros mecanismos, como la Red de Centros Europeos de los Consumidores o la Fin-Net.

Además de información general sobre los requisitos, también han de ofrecerla sobre las vías de recurso disponibles en caso de litigio entre el prestador y el destinatario, así como los datos de contacto de las asociaciones u organizaciones de las que el destinatario pueda obtener asistencia práctica.

La información deberá proporcionarse en un lenguaje sencillo e inequívoco y presentarse de un modo coherente y estructurado. No bastará con limitarse a remitir a los destinatarios a los textos legales. Como en el caso del artículo 7, no se abordan aquí las cuestiones de responsabilidad, incluida la relativa al suministro de información incorrecta o engañosa.

El artículo 21 no exige a los organismos responsables de la información que tengan a mano toda la información relevante sobre la legislación de otros Estados miembros que los destinatarios de servicios les soliciten, que dispongan de un conocimiento pormenorizado de la legislación de otros Estados miembros o que establezcan nuevas bases de datos. Basta con que, si así se lo solicita un destinatario, recaben la información requerida, en caso necesario poniéndose en contacto con el órgano pertinente del Estado miembro sobre el que se les solicite la misma. Esta forma de cooperación entre Estados miembros debe contribuir asimismo al suministro de información actualizada y de calidad. Ésta deberá facilitarse en un plazo razonable por el Estado miembro de residencia del destinatario. No basta con remitir al destinatario al punto de contacto pertinente en el otro Estado miembro. Lógicamente, no se excluye la posibilidad de que los destinatarios se dirijan directamente al órgano pertinente del otro Estado miembro si así lo desean.

Para cumplir las obligaciones previstas en el artículo 21, será necesaria una cooperación eficaz entre los órganos competentes. A este respecto, el apartado 3 establece una obligación de asistencia recíproca y cooperación eficaz.

7.2.3.2. Organismos responsables de suministrar la información

De conformidad con el artículo 21, los Estados miembros son libres de designar los organismos que consideren más apropiados para desempeñar las tareas expuestas. Como se indica en el apartado 2, los Estados miembros podrán confiar este cometido, por ejemplo, a las ventanillas únicas que, en cualquier caso, proporcionan ya información sobre los requisitos nacionales. Podrán elegir asimismo cualquier otro organismo, incluidos, por ejemplo, los Centros Europeos de Información, los puntos de contacto a los que se alude en la Directiva sobre las cualificaciones profesionales, la Red de Centros Europeos de los Consumidores y otras asociaciones de consumidores.

8. CALIDAD DE LOS SERVICIOS

En el capítulo V (artículos 22 a 27) de la Directiva, así como en el artículo 37 sobre códigos de conducta a escala comunitaria, se establece un conjunto de medidas encaminadas a promover una elevada calidad de los servicios y a fomentar la información y la transparencia sobre los prestadores y sus servicios. La formulación de una política sobre calidad de los servicios es fundamental para el correcto funcionamiento del mercado interior y la competitividad de la economía de los servicios en Europa. Las medidas de refuerzo de la calidad beneficiarán a los destinatarios de los servicios y, en especial, a los consumidores. En particular, el fomento de la información y la transparencia permitirá a los consumidores tomar mejores decisiones informadas, sobre todo en lo que respecta a los servicios de prestadores establecidos en otros Estados miembros. El aumento de la transparencia contribuirá asimismo a la creación de un terreno de juego nivelado entre los prestadores de servicios de los diferentes Estados miembros.

En el capítulo V se exponen varias obligaciones vinculantes para los prestadores de servicios, por un lado, y se anima a la adopción de ciertas medidas voluntarias, por el otro. En este sentido, la transposición por los Estados miembros de este capítulo de la Directiva exigirá una combinación de acciones.

En primer lugar, será necesario adoptar disposiciones para garantizar el cumplimiento por parte de los prestadores de ciertas obligaciones, como la de facilitar información, según los artículos 22 y 27, o la de responder de inmediato a las reclamaciones y hacer cuanto sea posible para resolver litigios, como se indica en el artículo 27. En el terreno de la responsabilidad profesional y las garantías, los Estados

miembros podrán considerar asimismo la imposición de requisitos a los prestadores establecidos en su territorio, aunque esta imposición, de conformidad con el artículo 23, no sea obligatoria para los Estados miembros.

En segundo lugar, los Estados miembros tendrán que revisar y adaptar, en caso necesario, su legislación para evitar la duplicación de las obligaciones de suscripción de seguros (como se señala en el artículo 23, apartado 2), suprimir las prohibiciones totales de realizar comunicaciones comerciales en el caso de las profesiones reguladas y las restricciones relativas a las actividades multidisciplinares (como se exige en los artículos 24 y 25, respectivamente) y reconocer las garantías económicas (como se dispone en el artículo 27). En su caso, tendrán que garantizar que se adapten no solo la legislación, sino también las normas de colegios profesionales y otras asociaciones u organizaciones profesionales, tal como se definen en el artículo 4, apartado 7. Por lo que respecta a las restricciones aplicadas a las actividades multidisciplinares, los Estados miembros no solo tendrán que revisar y adaptar su legislación, sino que también deberán presentar un informe en el marco del proceso de evaluación recíproca contemplado en la Directiva ⁽¹⁴⁹⁾.

Por último, los Estados miembros tendrán que adoptar ciertas medidas positivas para alentar a los prestadores a poner en práctica medidas voluntarias de apoyo a la calidad. La Directiva deja en mano de los Estados miembros la decisión sobre las medidas concretas a adoptar para promover tales iniciativas. Como ejemplo de esas medidas pueden citarse la organización de campañas de sensibilización, la promoción de etiquetas de calidad, códigos de conducta y normas voluntarias, el establecimiento de programas que incluyan la provisión de fondos, la organización de seminarios y conferencias, etc. En los artículos 26 y 37 se indican ya varias acciones que los Estados miembros pueden desarrollar en cooperación con la Comisión y, en la mayoría de los casos, conjuntamente con representantes de los prestadores de servicios (órganos profesionales, cámaras de comercio, etc.) y asociaciones de consumidores. Estas disposiciones deben convertirse en la base de una política a largo plazo sobre calidad de los servicios que han de formular a escala europea los Estados miembros y la Comisión.

8.1. Información sobre los prestadores y sus servicios

En muchos casos, los destinatarios de los servicios, en particular los consumidores, carecen de información básica sobre los prestadores y sus servicios. El artículo 22 refuerza su posibilidad de obtener tal información evitando al mismo tiempo cargas excesivas para los prestadores.

Dicho artículo distingue entre cierta información indispensable, que debe ponerse a disposición de los destinatarios en todo caso, y otra que solo deberá facilitarse a petición de los interesados. La información ha de ser clara e inequívoca y deberá proporcionarse antes de la celebración del contrato o, cuando no medie un contrato por escrito, antes de la prestación del servicio.

Corresponde a los prestadores de servicios decidir a través de qué medios y en qué soporte desean facilitarla. Serán libres de elegir el medio de comunicación más apropiado y eficaz, basándose en la información que proporcionan corrientemente, así como en los medios de información que utilizan. Es probable que la elección dependa en gran medida de la naturaleza de los servicios en cuestión y del modo en que suela suministrarse. Muchos prestadores facilitarán la información a posibles clientes a través de sus páginas web, mientras que otros optarán por mostrarla en el lugar en que se prestan los servicios, o por incluirla en documentos o folletos.

Cabe señalar que los requisitos de información contenidos en el artículo 22 son complementarios de los previstos en otros instrumentos comunitarios, como la Directiva sobre el comercio electrónico ⁽¹⁵⁰⁾, la Directiva sobre los viajes combinados ⁽¹⁵¹⁾ y la Directiva sobre los contratos a distancia ⁽¹⁵²⁾. Asimismo, los Estados miembros seguirán siendo libres de imponer otros requisitos en materia de información a los prestadores establecidos en su territorio.

8.1.1. Información que deberá facilitarse a iniciativa del prestador

La información que debe proporcionarse comprende ciertos datos básicos relativos a la identidad del prestador (como nombre, estatuto y forma jurídicos), los datos de contacto, así como los de registro y el

⁽¹⁴⁹⁾ Véase el artículo 25, apartado 3.

⁽¹⁵⁰⁾ Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico, DO L 178 de 17.7.2000, p. 1.

⁽¹⁵¹⁾ Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1999, relativa a los viajes combinados, las vacaciones combinadas y los circuitos combinados, DO L 158 de 23.6.1999.

⁽¹⁵²⁾ Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia, DO L 144 de 4.6.1997, p. 19.

número de identificación del IVA, en su caso. Cuando la actividad se someta a un régimen de autorización, deberán facilitarse los datos de la autoridad competente que lo haya otorgado, o de la ventanilla única pertinente. En el caso de profesiones reguladas, deberán facilitarse asimismo el título profesional, el Estado miembro en el que se otorgó éste y el nombre del órgano o institución profesional en la que se haya registrado el prestador.

Otra información que debe suministrarse atañe a las principales características y condiciones del servicio. Se incluyen entre ella los plazos y las condiciones generales (si los hubiere), la existencia de cláusulas contractuales relativas a la legislación aplicable al contrato, la existencia de una garantía posventa voluntaria, el precio del servicio (cuando esté predeterminado) y la información relativa a seguros y garantías.

8.1.2. Información que deberá facilitarse a petición del destinatario

El artículo 22 contiene una lista de la información que solo tendrá que facilitarse si el destinatario así lo solicita. Se incluye entre ella el precio de un servicio específico, cuando no lo fije previamente el prestador, o, si no puede comunicarse un precio exacto, el método para calcularlo. Otra información que el destinatario puede solicitar es la relativa a las actividades multidisciplinarias y las asociaciones del prestador y a las medidas adoptadas para evitar conflictos de interés, así como los datos sobre los códigos de conducta pertinentes o los regímenes extrajudiciales de resolución de litigios disponibles.

8.2. Seguros y garantías de responsabilidad profesional

Con el artículo 23 se pretende reforzar la confianza de los consumidores en los servicios de otros Estados miembros, mediante el fomento de la suscripción de seguros por todos los prestadores cuyos servicios puedan suponer un riesgo para el consumidor.

8.2.1. Obligaciones de seguro o garantía para los prestadores de servicios que plantean determinados riesgos

En el artículo 23 se alienta a los Estados miembros a exigir a los prestadores de servicios establecidos en su territorio y cuyos servicios representan un riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario, o de un tercero, o para la seguridad financiera del primero a que suscriban un seguro de responsabilidad profesional, o que ofrezcan alguna otra forma de garantía financiera. Tal seguro deberá ser adecuado a la naturaleza y el alcance del riesgo y la cobertura transfronteriza deberá exigirse únicamente en la medida en que el prestador preste en la práctica servicios transfronterizos.

8.2.2. No duplicación de los requisitos de seguro o garantía

El artículo 23, apartado 2, concierne a los prestadores de servicios ya establecidos en un Estado miembro que desean establecerse en otro Estado miembro. El Estado miembro de nuevo establecimiento deberá tener en cuenta, esencialmente, los requisitos de seguro o garantía equivalentes o comparables a los que el prestador pueda estar sujeto ya en el Estado miembro de primer establecimiento y no podrá exigir que dicho prestador suscriba seguros o garantías adicionales si los que tiene ya contratados cubren el territorio del Estado miembro en el que pretende establecerse. La equivalencia o comparabilidad esencial de un seguro o una garantía deberán ser evaluadas por las autoridades competentes a la luz de su finalidad y de la cobertura que proporcionan en cuanto al riesgo asegurado, el importe asegurado y el límite de la garantía, así como las posibles exclusiones de la cobertura. Cuando la cobertura de seguro no sea plena, sino solo parcialmente, comparable, podrá exigirse la suscripción de un instrumento complementario. Los Estados miembros deberán considerar la especificación de estas condiciones en la legislación horizontal o en las leyes concretas pertinentes.

En cualquier caso, tendrán que aceptar como prueba suficiente del cumplimiento de la obligación de seguro en su territorio los certificados al respecto emitidos por entidades de crédito y aseguradoras establecidas en otros Estados miembros.

8.3. Comunicaciones comerciales por parte de profesiones reguladas

La comunicación comercial, tal como se define en el artículo 4, apartado 12, de la Directiva, es cualquier forma de comunicación destinada a promocionar los servicios o la imagen de un prestador. En este sentido, comprende la publicidad, así como otras formas de comunicación comercial, como las tarjetas de empresa en las que se mencionan el cargo y la especialidad del prestador de servicios ⁽¹⁵³⁾.

Los Estados miembros tendrán que suprimir las restricciones innecesarias aplicadas a las comunicaciones comerciales y, al mismo tiempo, salvaguardar la independencia y la integridad de las profesiones reguladas. El artículo 24 se aplica a tales restricciones, ya se dispongan en la legislación nacional o en las normas de colegios u otras organizaciones profesionales. Esto significa que los Estados miembros tendrán que revisar su legislación, adaptarla en caso necesario y decidir asimismo las medidas apropiadas para garantizar que se adapten en caso necesario las normas pertinentes de los colegios y las organizaciones profesionales.

En primer lugar, los Estados miembros deberán eliminar todas las prohibiciones totales de las comunicaciones comerciales de las profesiones reguladas, como las que restringen el suministro de información sobre el prestador de servicios y su actividad en todos los medios de comunicación.

Es lo que ocurre, por ejemplo, con las normas profesionales que prohíben las comunicaciones comerciales en todos los medios de comunicación (incluidos la prensa, la televisión, la radio, Internet, etc.) para una determinada profesión regulada. Por el contrario, pueden estar justificadas las normas por razones deontológicas sobre el contenido y las condiciones de la publicidad y otras formas de comunicación comercial en el caso de determinadas profesiones reguladas y de ciertos tipos de comunicaciones comerciales.

En segundo lugar, los Estados miembros deberán garantizar que dichas comunicaciones de profesiones reguladas cumplen las normas profesionales que, de conformidad con el Derecho comunitario, tratan en particular de garantizar la independencia, dignidad e integridad de la propia profesión, así como el secreto profesional. Por ejemplo, el cumplimiento de la obligación de secreto profesional evitará normalmente que los prestadores mencionen a sus clientes en comunicaciones comerciales sin el consentimiento expreso de los mismos.

Aunque en la Directiva de servicios se reconocen explícitamente, y pueden exigirse, ciertas limitaciones relativas al contenido de las comunicaciones comerciales, tales normas han de ser no discriminatorias, estar justificadas por una razón imperiosa de interés general y además ser proporcionadas. Por ejemplo, una ley nacional que prohíba toda comunicación comercial comparativa por parte de profesiones reguladas solo podrá considerarse justificada y proporcionada cuando se trate de garantizar la dignidad y la ética de la profesión en cuestión, siempre que no existan otros medios menos restrictivos para asegurar la consecución del mismo objetivo.

8.4. Actividades multidisciplinares

Las restricciones de las actividades multidisciplinares limitan la gama de servicios disponibles y entorpecen el desarrollo de nuevos modelos empresariales. El objetivo del artículo 25 es suprimir los requisitos que restrinjan el ejercicio de diversas actividades conjuntamente o en asociación, cuando tales restricciones carezcan de justificación, y evitar al mismo tiempo conflictos de intereses e incompatibilidades y garantizar la independencia y la imparcialidad requeridas para ciertas actividades de servicios ⁽¹⁵⁴⁾.

El artículo 25 se aplica a todo requisito de ese carácter, ya se establezca en la legislación nacional o en las normas de colegios u otras asociaciones u organizaciones profesionales, tal como se definen en el artículo 4, apartado 7.

⁽¹⁵³⁾ El artículo 7, apartado 3, y los artículos 52 y 54 de la Directiva 2005/36/CE contienen normas aplicables al uso de títulos profesionales y académicos si un prestador ofrece sus servicios en un Estado miembro distinto a aquél en el que adquirió sus cualificaciones profesionales.

⁽¹⁵⁴⁾ Para los abogados, tal disposición no afecta a la aplicación del artículo 11, apartado 5, de la Directiva 98/5/CE.

8.4.1. Supresión de las restricciones de las actividades multidisciplinares

El artículo 25 exige a los Estados miembros que eliminen los requisitos que obliguen a los prestadores a ejercer una determinada actividad en exclusiva, así como los que restrinjan el ejercicio de distintas actividades de manera conjunta o en asociación. No obstante, también recoge las condiciones en que podrán mantenerse tales restricciones respecto a las profesiones reguladas y a los servicios de certificación, acreditación, control técnico, pruebas o ensayos.

Las restricciones aplicadas a las actividades multidisciplinares y encaminadas a garantizar la independencia y la imparcialidad de las profesiones reguladas pueden justificarse en la medida en que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de las normas que rigen la ética y la conducta profesionales, variables con arreglo a la naturaleza específica de cada profesión. Por ejemplo, un Estado miembro puede considerar que una ley nacional que prohíba las asociaciones multidisciplinares entre abogados y contables está justificada y es proporcionada porque las dos profesiones reguladas no están sujetas a una norma comparable de secreto profesional⁽¹⁵⁵⁾. Del mismo modo, las restricciones de actividades multidisciplinares aplicadas a prestadores de servicios de certificación, acreditación, control técnico, pruebas o ensayos podrán mantenerse en la medida en que estén justificadas para garantizar su independencia e imparcialidad.

8.4.2. Prevención de conflictos de intereses y garantía de la independencia y la imparcialidad de los prestadores de servicios

Paralelamente a la supresión de restricciones, es importante evitar conflictos de intereses y garantizar la independencia y la imparcialidad requeridas para ciertas actividades de servicios.

En consecuencia, los Estados miembros que permitan actividades multidisciplinares deberán asegurarse de que se evitan los conflictos de intereses, que se garantizan la independencia y la imparcialidad requeridas para ciertas actividades de servicios y que las normas que rigen la ética y la conducta profesionales de actividades diferentes son compatibles entre sí.

8.4.3. Revisión de la legislación y contenido del informe de evaluación

Los Estados miembros tendrán que revisar su legislación para identificar las restricciones existentes y evaluar si las restricciones están justificadas de conformidad con el artículo 25. Además, deberán evaluar si existen medios menos restrictivos para garantizar, por ejemplo, la independencia y la imparcialidad de los prestadores o el cumplimiento con las normas que rigen la ética y la conducta profesionales. Tendrán que evaluar, en particular, si las prohibiciones vigentes de las asociaciones multidisciplinares entre dos profesiones reguladas no podrían reemplazarse por medidas menos restrictivas, por ejemplo, garantizando el ejercicio independiente de las dos actividades mediante la adopción de normas específicas de organización interna y de conducta. A este respecto, el proceso de evaluación recíproca permitirá un intercambio de experiencias y la difusión de buenas prácticas entre los Estados miembros.

8.5. Política de calidad de los servicios

En el artículo 26 se establece un marco de medidas voluntarias de fomento de la calidad que deberán ser promovidas por los Estados miembros en cooperación con la Comisión.

Existen diversos métodos de fomento de la calidad de los servicios y de su transparencia para los destinatarios de los mismos. No cabe duda de que la idoneidad y la eficacia de estos métodos dependen del ámbito y el tipo de servicios de que se trate. En el artículo 26 se alude en concreto a la certificación o evaluación de las actividades de los prestadores de servicios por parte de organismos independientes o acreditados, a la elaboración de cartas o etiquetas de calidad por organismos profesionales y al desarrollo de normas europeas voluntarias. Existen diversos medios para que los Estados miembros promuevan tales medidas, como las campañas de sensibilización, la organización de seminarios y conferencias, la financiación de programas y proyectos, etc. La Comisión hará cuanto esté a su alcance para apoyar tales medidas y divulgar las buenas prácticas entre los Estados miembros.

⁽¹⁵⁵⁾ Véase la sentencia de 19 de febrero de 2002, *Wouters*, C-309/99, apartado 104.

Con el fin de facilitar a los consumidores la comparación entre los distintos aspectos de las actividades de servicios en diferentes Estados miembros, en el artículo 26, apartado 2, se exige a éstos que garanticen que los prestadores y los destinatarios puedan acceder fácilmente a la información sobre el significado y los criterios de asignación de las etiquetas y otras marcas de calidad. Los Estados miembros podrán considerar, por ejemplo, la creación de una página web con información sobre etiquetas, o exigir a los colegios profesionales u otras asociaciones que proporcionen información sobre las etiquetas utilizadas por sus miembros. Las asociaciones profesionales cuyos miembros utilicen una etiqueta común deberán velar asimismo por que ésta se emplee correctamente y no resulte engañosa para los destinatarios de los servicios.

Por último, deberá alentarse a las asociaciones de consumidores y organismos independientes que se ocupen de la evaluación y la comprobación de los servicios a facilitar más información comparativa sobre la calidad de los servicios disponibles en diferentes Estados miembros. De nuevo en este caso, tal objetivo podrá alcanzarse con campañas de sensibilización, seminarios y conferencias, así como mediante la financiación de programas y proyectos por los Estados miembros, con la ayuda de la Comisión.

8.6. Resolución de litigios

8.6.1. Mejora de la gestión de reclamaciones por parte de los prestadores de servicios

Con el fin de mejorar la gestión de las reclamaciones, dada su indudable importancia para reforzar la confianza en los servicios transfronterizos, en el artículo 27 se exige a los Estados miembros que adopten medidas para garantizar que los prestadores faciliten datos de contacto, en particular una dirección postal, a la que los destinatarios puedan dirigir sus reclamaciones o peticiones de información. Los Estados miembros tendrán que garantizar asimismo que los prestadores respondan a las reclamaciones en el plazo más breve posible, actúen con diligencia para encontrar una solución satisfactoria e informen a los destinatarios de toda posibilidad de recurso a mecanismos de resolución extrajudiciales de litigios. Los Estados miembros deberán incluir tal obligación de los prestadores de servicios en su legislación de transposición.

8.6.2. Garantías económicas para la ejecución de resoluciones judiciales

Con arreglo al artículo 27, apartado 3, si se requiere una garantía económica para la ejecución de una resolución judicial, los Estados miembros reconocerán las garantías equivalentes constituidas por instituciones financieras establecidas en otro Estado miembro. Con esta disposición se pretende resolver posibles problemas relacionados con el cumplimiento de las resoluciones judiciales. En otro contexto, el TJCE ha reconocido ya que el requisito impuesto por un Estado miembro de constitución de las garantías por entidades de crédito que tengan su domicilio social o una sucursal en su territorio supone un acto de discriminación contra las entidades de crédito establecidas en otros Estados miembros y está prohibido con arreglo al artículo 49 del Tratado CE ⁽¹⁵⁶⁾. En la Directiva de servicios se especifica que tales entidades de crédito y compañías aseguradoras deberán estar autorizadas en un Estado miembro de conformidad con el Derecho comunitario pertinente ⁽¹⁵⁷⁾.

8.7. Códigos de conducta

8.7.1. Elaboración de normas comunes a escala comunitaria

El aumento de las actividades transfronterizas y el desarrollo de un verdadero mercado interior de los servicios exigen una mayor convergencia de las normas profesionales a escala europea. Por tanto, es importante que las organizaciones profesionales alcancen acuerdos recíprocos a escala europea en relación con un cuerpo común de normas específico de la correspondiente profesión o sector de servicios, que garantice un nivel equivalente de protección de los destinatarios y una elevada calidad de los servicios en toda la UE.

Los códigos de conducta europeos, por una parte, pueden facilitar la libre circulación de los prestadores de servicios y, por otra, propiciar una mayor confianza de los destinatarios en los servicios que ofrecen

⁽¹⁵⁶⁾ Véase la sentencia de 7 de febrero de 2002, *Comisión contra Italia*, asunto C-279/00.

⁽¹⁵⁷⁾ Primera Directiva 73/239/CEE, de 24 de julio de 1973, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al acceso a la actividad del seguro directo distinto del seguro de vida, y a su ejercicio, DO L 228 de 16.8.1973, p. 3; Directiva 2002/83/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de noviembre de 2002, sobre el seguro de vida, DO L 345 de 19.12.2002, p. 1; Directiva 2006/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de entidades de crédito y a su ejercicio (refundición), DO L 177 de 30.6.2006, p. 1.

los prestadores de otros Estados miembros. Con ellos se pretende establecer normas mínimas de conducta a escala comunitaria, con arreglo a la especificidad de cada profesión o sector de servicios. Esto no excluye que los Estados miembros o las asociaciones profesionales nacionales establezcan normas más detalladas para procurar una mayor protección en su legislación nacional o en códigos de conducta nacionales.

8.7.2. Contenido de los códigos de conducta

En lo que respecta a las profesiones reguladas, los códigos de conducta deben establecer un conjunto de normas mínimas en materia de ética y conducta profesionales, dirigido a garantizar, en particular, la independencia, la imparcialidad y el secreto profesional, así como normas sobre comunicaciones comerciales y, en su caso, requisitos sobre la suscripción de seguros. Tales códigos deben contener los principios de carácter básico en el ejercicio de las profesiones reguladas en Europa, como los de independencia profesional, confidencialidad, honradez, integridad y dignidad.

Las normas contenidas en los códigos de conducta deberán aplicarse normalmente tanto a la prestación transfronteriza de servicios como a la prestación en el territorio de establecimiento del prestador, siendo su objetivo la constitución de un cuerpo común de normas a escala europea, y no la distinción entre la prestación nacional y la transfronteriza.

Para garantizar la calidad de estos códigos, su aceptabilidad por los prestadores y los destinatarios y el respeto de las normas sobre la competencia y de los principios del mercado interior, las asociaciones profesionales deberán atenerse a los principios de inclusión, transparencia, eficacia y responsabilidad. Por otra parte, uno de los retos de estos códigos será el de su aplicación práctica.

9. COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA

9.1. El fundamento de la cooperación administrativa

La cooperación administrativa entre los Estados miembros es esencial para que el mercado interior de los servicios funcione correctamente. Como se destaca en el informe de la Comisión sobre el «Estado del mercado interior de servicios»⁽¹⁵⁸⁾, la falta de confianza en el marco jurídico y en la supervisión de otros Estados miembros ha dado lugar a una multiplicación de normas y a la duplicación de controles de las actividades transfronterizas, una de las razones principales por las que el mercado interior de los servicios no ha funcionado bien hasta la fecha. En las normas sobre cooperación administrativa de la Directiva de servicios se abordan estas dificultades y se establece la base para una cooperación eficaz entre las autoridades de los Estados miembros. Esta cooperación debe garantizar la supervisión eficaz de los prestadores de servicios, basada en una información precisa y completa, de forma que se dificulte a los operadores ilícitos la elusión de la supervisión o de las normas nacionales aplicables. Al mismo tiempo, debe contribuir a evitar la multiplicación de controles sobre los prestadores de servicios.

La transposición de las obligaciones contenidas en la Directiva en materia de cooperación administrativa exigirá el establecimiento de los mecanismos jurídicos y administrativos necesarios. Los Estados miembros tendrán que velar por que sus autoridades competentes participantes en la cooperación administrativa diaria con las autoridades competentes de otros Estados miembros estén legalmente sujetas a las obligaciones de asistencia recíproca y las cumplan en la práctica. Además, tendrán que velar por que los prestadores establecidos en su territorio faciliten a sus autoridades competentes toda la información necesaria para la supervisión del cumplimiento de su legislación nacional en caso de requerimiento al respecto por parte de una autoridad competente. En algunos Estados miembros, esto puede exigir la imposición de tales obligaciones por ley.

9.2. Aspectos básicos

9.2.1. Asistencia recíproca

Los artículos 28 a 36 obligan legalmente a los Estados miembros a prestarse asistencia recíproca y, en particular, a responder a las solicitudes de información y a llevar a cabo, en caso necesario, controles,

⁽¹⁵⁸⁾ Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el Estado del mercado interior de servicios, presentado en el marco de la primera fase de la estrategia para el mercado interior de servicios, COM(2002) 441 final.

inspecciones e investigaciones. Esto significa que no podrán negarse a cooperar entre sí. Por ejemplo, no podrán abstenerse de efectuar controles o proporcionar información sobre un prestador de servicios arguyendo que los riesgos o problemas en cuestión no se han producido en su territorio, sino en el de otro Estado miembro.

La obligación de asistencia recíproca es completa y comprende la de adoptar todas las medidas que sean necesarias para lograr una cooperación eficaz, como por ejemplo la aplicación de todos los medios al alcance para buscar información si ésta no se encuentra ya disponible y la indicación, en su caso, de la aparición de dificultades.

Para garantizar que la asistencia recíproca se emprende en el menor plazo posible y de la manera más eficaz, la cooperación administrativa deberá abordarse, normalmente, de manera directa entre las autoridades competentes de los distintos Estados miembros. La cooperación administrativa con las autoridades competentes de otros Estados miembros deberá convertirse de hecho en una práctica administrativa corriente. Los «puntos de contacto» que los Estados miembros tendrán que designar con arreglo al artículo 28, apartado 2, solo intervendrán en circunstancias excepcionales, en caso de dificultades (considerando 107). En consecuencia, deberán asumir responsabilidades de coordinación o supervisión en el Estado miembro de que se trate.

9.2.2. Apoyo técnico por parte del sistema de información del mercado interior (IMI)

Para que funcione adecuadamente, la cooperación administrativa requiere el apoyo de medios técnicos que permitan una comunicación directa y rápida entre las autoridades competentes de los diferentes Estados miembros. Por esta razón, la Comisión ha contraído la obligación de establecer, en cooperación con los Estados miembros, un sistema electrónico de intercambio de información entre los Estados miembros (artículo 34, apartado 1, y considerando 112).

El IMI se ha concebido como instrumento horizontal de apoyo al conjunto de disposiciones sobre el mercado interior que contienen obligaciones de cooperación administrativa ⁽¹⁵⁹⁾. El IMI, actualmente en fase de desarrollo, posibilitará el intercambio electrónico de información entre las autoridades competentes. Permitirá que éstas encuentren con facilidad el interlocutor pertinente en otros Estados miembros y que se comuniquen entre sí de un modo rápido y eficaz. Con el fin de superar posibles barreras del lenguaje, el IMI ofrecerá herramientas de apoyo lingüístico. Asimismo, incluirá otros mecanismos que contribuyan al correcto funcionamiento de la cooperación administrativa, como el intercambio de archivos electrónicos, certificados, etc. Contará además con funciones que hagan posible la participación de otras autoridades competentes en una solicitud, en caso necesario. Por otra parte, incluirá otras funciones para garantizar respuestas oportunas, como las alertas automáticas por correo electrónico, la fijación e indicación de plazos límite objetivo para las respuestas, así como la aplicación de mecanismos de resolución de problemas en caso de desacuerdo entre las autoridades competentes (por ejemplo, si una de ellas no proporciona la información necesaria).

La puesta en práctica del IMI exigirá un intenso esfuerzo por parte de la Comisión y los Estados miembros a lo largo del período de ejecución. La amplia gama de actividades económicas incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios significa, en efecto, que tendrán que registrarse en el IMI y utilizarlo un gran número de autoridades competentes a escala nacional, regional y, en algunos Estados miembros, local. La Comisión y los Estados miembros deberán cooperar estrechamente en el desarrollo de la aplicación del IMI Servicios y, en particular, de determinados conjuntos de cuestiones y funciones técnicas. Los Estados miembros, con la ayuda de la Comisión, deberán impartir asimismo formación a los usuarios finales del sistema y garantizar un conocimiento adecuado de su funcionamiento práctico.

9.3. Intercambio de información

9.3.1. Obligación de suministro de información previa petición

En la mayoría de los casos, las solicitudes de asistencia recíproca revestirán la forma de solicitudes de información. Podrán producirse en el contexto de la libertad de establecimiento: por ejemplo, un Estado miembro necesita saber si un prestador que desea establecerse en su territorio ya se encuentra

legalmente establecido en otro Estado miembro y si los documentos que acreditan, por ejemplo, la suscripción de un seguro, son auténticos. Otras solicitudes se formularán en el contexto de la prestación transfronteriza de servicios: por ejemplo, el Estado miembro en el que se prestan éstos necesita saber si un prestador está facultado legalmente para prestar algunos de ellos o si, a entender del Estado miembro de establecimiento, no ejerce sus actividades de un modo ilícito.

9.3.1.1. Intercambio de información sobre prestadores y sus servicios

En general, el intercambio de información con las autoridades competentes de otros Estados miembros deberá ser rápido y no burocrático.

Las solicitudes de información deberán especificar claramente qué tipo de datos se requieren y habrán de estar motivadas, aportando las razones por las que la información en cuestión es necesaria para garantizar una supervisión adecuada. Una vez recibida una solicitud por la autoridad competente, ésta tendrá que facilitarla en el menor plazo posible y además por medios electrónicos (artículo 28, apartado 6). Puesto que la autoridad competente destinataria de la solicitud es la responsable de supervisar al prestador, normalmente dispondrá de la información requerida y podrá transmitirla de inmediato a la autoridad solicitante. En los casos en que disponga de la información solicitada, por ejemplo, porque el prestador no esté registrado, o la información no se haya recabado con anterioridad, tendrá que servirse de todos los medios posibles previstos en su legislación nacional para obtenerla en la mayor brevedad, incluida la petición a otras autoridades competentes, la puesta en contacto con el prestador de servicios y, en su caso, la realización de controles e inspecciones. Una vez que se haya obtenido la información, solo podrá utilizarse con respecto al asunto para el que se solicitó (artículo 28, apartado 3).

Puede que se den situaciones en las que la información solicitada no se encuentre disponible y no pueda recabarse, o en las que su obtención lleve algún tiempo. En tales casos, las autoridades competentes deberán ponerse en contacto con la autoridad solicitante e informarla a la mayor brevedad, con vistas a obtener una solución (artículo 28, apartado 5). Por ejemplo, si el suministro de información se demora porque ésta ha de ser antes recabada del prestador de servicios, las autoridades competentes destinatarias de la solicitud deberán informar a la autoridad solicitante tan pronto como les sea posible, de la demora, e indicar cuándo prevén recibir la información requerida. Del mismo modo, una autoridad solicitante que haya recibido únicamente una información parcial o inadecuada deberá responder a la mayor brevedad posible y explicar por qué no es aquella suficiente y qué tipo de datos suplementarios se necesitan. Tales consultas entre autoridades competentes permitirán generalmente que se encuentre una solución a su nivel. No obstante, en casos en los que las dificultades no puedan resolverse a ese nivel, deberán intervenir los puntos de contacto de los Estados miembros para encontrar una solución. En caso necesario, la Comisión deberá ser informada con arreglo al artículo 28, apartado 8, y podrá adoptar las medidas apropiadas para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de asistencia recíproca, en su caso iniciando un procedimiento de infracción.

9.3.1.2. Intercambio de información sobre la honorabilidad de los prestadores

Dado el carácter sensible de la información sobre la honorabilidad, en el artículo 33 se recogen normas específicas sobre el intercambio de información relativa a las sanciones penales y medidas disciplinarias y administrativas que atañan directamente a la competencia o la fiabilidad profesional del prestador, así como a las decisiones en materia de insolvencia o quiebra fraudulenta. En particular, de conformidad con el apartado 3, el intercambio de tales datos sobre honorabilidad deberá atenerse a las normas sobre protección de datos personales, así como a los derechos garantizados a las personas condenadas o sancionadas en los respectivos Estados miembros. Por otra parte, con arreglo al apartado 2, la información sobre sanciones penales y medidas disciplinarias y administrativas que conciernan directamente a la competencia o la fiabilidad profesional del prestador solo podrá comunicarse si se ha adoptado una decisión definitiva al respecto, es decir, si no existen posibilidades de apelación. Asimismo, como se ha mencionado anteriormente, tal información solo podrá utilizarse en cualquier caso con respecto al asunto para el que se solicitó (artículo 28, apartado 3).

9.3.2. Obligación de realizar controles previa petición

En algunos casos, las solicitudes de información exigirán la realización de controles, inspecciones o investigaciones. Tales controles objetivos pueden resultar necesarios en casos de prestación transfronteriza de servicios; por ejemplo, si un Estado miembro al que se desplaza un prestador para ofrecer un servicio sin establecerse en su territorio duda de que éste cumpla la legislación de su Estado miembro de establecimiento.

Las solicitudes que exijan la realización de controles objetivos deben limitarse a los casos en los que éstos sean necesarios por razones de supervisión, y han de ser inequívocas y precisas y estar motivadas (artículo 28, apartado 3). Corresponderá a la autoridad competente del Estado miembro destinatario decidir los medios apropiados para llevar a cabo los controles e inspecciones y el modo de recabar la información requerida (artículo 29, apartado 2, y artículo 31, apartado 3); por ejemplo, hacer una inspección sobre el terreno en las instalaciones del prestador, dirigirle una petición o adoptar cualquier otro medio.

Si una autoridad competente tiene dificultades para atender una solicitud de otro Estado miembro, por ejemplo, porque no puede identificar a un prestador de servicios, o porque no encuentra la información en cuestión, deberá informar de inmediato a la autoridad competente del Estado miembro solicitante y tratará de encontrar una solución mutuamente satisfactoria (artículo 28, apartado 5). En caso necesario, deberá informarse a la Comisión con arreglo al artículo 28, apartado 8, y ésta podrá emprender las acciones pertinentes.

9.4. Asistencia recíproca en caso de prestación transfronteriza de servicios

9.4.1. División de las tareas de supervisión entre los Estados miembros

En los artículos 30 y 31 se dispone una división de tareas entre los distintos Estados miembros implicados. Esa división refleja los requisitos de los Estados miembros que son de aplicación con arreglo a los artículos 16 y 17. En virtud del primero de éstos, habrá casos en los que el Estado miembro en el que se preste el servicio no podrá aplicar sus requisitos propios a los prestadores de servicios de otros Estados miembros. Por el contrario, en los demás casos, dicho Estado miembro podrá aplicar sus requisitos a los prestadores de otros Estados miembros (siempre que tal aplicación sea conforme con el Derecho comunitario). En los artículos 30 y 31 se refleja esta dualidad y se reparten en consecuencia las tareas de supervisión entre el Estado miembro de establecimiento y el Estado miembro en el que se presta el servicio. De conformidad con dichos artículos, cada Estado miembro será en principio responsable de la supervisión y la ejecución de sus propios requisitos. El otro Estado miembro tendrá que cooperar en la supervisión efectiva.

Así, en los casos en que puedan aplicarse a los prestadores de otros Estados miembros las normas del Estado miembro en el que se preste el servicio (de conformidad con los artículos 16 y 17 y el Derecho comunitario), en el artículo 31, apartado 1, se establece que el Estado miembro de prestación del servicio será el responsable de la supervisión de la actividad del prestador y el que podrá adoptar medidas, por ejemplo, para comprobar y ejecutar el cumplimiento de las normas necesarias en materia de protección medioambiental.

En cambio, en los casos en los que al Estado miembro en el que se preste el servicio (de conformidad con los artículos 16 y 17) no pueda aplicar sus propios requisitos a los prestadores de otros Estados miembros, será el Estado miembro de establecimiento del prestador el que deberá velar por el cumplimiento de sus requisitos nacionales (artículo 30, apartado 1) y garantizar, por ejemplo, que el prestador dispone de las autorizaciones requeridas. Como se ha mencionado anteriormente, el Estado miembro de establecimiento no podrá abstenerse de adoptar medidas de supervisión, por ejemplo, alegando que el servicio se presta (y los posibles daños se causan) en otro Estado miembro. El Estado miembro en el que se preste el servicio, a su vez, estará obligado a prestar asistencia, en caso necesario, pero podrá también llevar a cabo controles objetivos por iniciativa propia en las condiciones expuestas en el artículo 31, apartado 4.

9.4.2. Asistencia recíproca en caso de excepciones individuales

Como excepción a la cláusula de libertad de prestación de servicios, y únicamente para casos concretos, en el artículo 18 ⁽¹⁶⁰⁾ se brinda a los Estados miembros la posibilidad de tomar medidas (con arreglo a su legislación sobre seguridad de los servicios) respecto a determinados prestadores que presten servicios transfronterizos en su territorio. En lo que atañe a las excepciones individuales, en el artículo 35 se prevé un procedimiento específico de cooperación administrativa que brinda salvaguardas procedimentales que garantizan que solo se utilizarán las excepciones individuales si se cumplen los criterios sustantivos consignados en el artículo 18. En particular, se establece que el Estado miembro en el que se preste el servicio solo podrá adoptar medidas si el Estado miembro de establecimiento del prestador ha sido informado, pero no ha adoptado medidas suficientes. Siempre que se cumplan los requisitos expuestos en el artículo 18 y el procedimiento establecido en el propio artículo 35, un Estado miembro podrá acogerse a una excepción individual, por ejemplo, en un caso en el que un operador de otro Estado miembro que preste servicios de mantenimiento y limpieza de sistemas de calefacción central en su territorio no lleve a cabo sus tareas debidamente y genere riesgos en materia de seguridad.

Como primer paso del procedimiento, el Estado miembro que se proponga adoptar una medida con arreglo al artículo 18 tendrá que solicitar al Estado miembro de establecimiento del prestador que tome medidas y proporcione información. A continuación, el Estado miembro de establecimiento deberá comprobar si es apropiado adoptar medidas conforme a su legislación e informará al Estado miembro solicitante a la mayor brevedad posible de las medidas adoptadas o previstas, o, según el caso, de las razones por las que no se propone tomar medida alguna. Si, después de consultar con el Estado miembro de establecimiento, el Estado miembro en el que se preste el servicio sigue dispuesto a tomar medidas con arreglo al artículo 18, deberá informar, como segundo paso, a la Comisión y al Estado miembro de establecimiento de su intención, comunicando las razones por las que las medidas del Estado miembro de establecimiento son inadecuadas y por las que las medidas que se propone emprender cumplen las condiciones contempladas en el artículo 18. El Estado miembro de prestación del servicio podrá adoptar estas medidas notificadas en el plazo de 15 días transcurridos desde la notificación, salvo que la Comisión haya tomado una decisión en contrario.

En casos de urgencia, es decir, si existe un riesgo confirmado de daño inmediato y grave para la seguridad de personas o bienes, el Estado miembro de prestación del servicio podrá adoptar medidas con arreglo a su legislación en materia de seguridad de los servicios aun cuando el procedimiento específico previsto en el artículo 35, apartados 2 a 4, no se haya completado (artículo 35, apartado 5). No obstante, no cabe duda de que tales medidas solo podrán adoptarse si se cumplen los criterios fijados en el artículo 18, es decir, si las disposiciones nacionales conforme a las que se toman las medidas no han sido objeto de armonización comunitaria en el ámbito de la seguridad de los servicios, las medidas ofrecen un mayor nivel de protección del destinatario, el Estado miembro de establecimiento no ha adoptado medidas suficientes y las medidas son proporcionadas. Tales medidas han de ser notificadas a la Comisión y al Estado miembro de establecimiento en el menor plazo posible, exponiendo las razones de la urgencia.

9.5. Mecanismo de alerta

Con el fin de garantizar una supervisión eficaz y, en particular, una protección adecuada de los destinatarios de los servicios, es importante que los Estados miembros sean informados con rapidez de las actividades de servicios que puedan causar daños graves a la salud o la seguridad de las personas o el medio ambiente. Por esta razón, en el artículo 32 se establece un mecanismo encaminado a garantizar que los Estados miembros informen a todos los demás Estados miembros interesados y a la Comisión, en el menor plazo posible, cuando tengan conocimiento de los actos de un prestador, o de circunstancias específicas relativas a una actividad de servicios, que puedan perjudicar gravemente la salud o la seguridad de las personas o del medio ambiente. Tal información permitirá a las autoridades competentes de otros Estados miembros reaccionar con rapidez, supervisar con rigor al prestador en cuestión y, en su caso, emprender las acciones preventivas necesarias de conformidad con las normas de la Directiva de servicios y, en particular, de sus artículos 16 a 18, 30 y 31.

⁽¹⁶⁰⁾ Véase el apartado 7.1.5 del presente Manual.

10. REVISIÓN DE LA LEGISLACIÓN Y PROCESO DE EVALUACIÓN RECÍPROCA

10.1. Objetivos y planteamiento básico

De conformidad con la Directiva de servicios, los Estados miembros tendrán que revisar su legislación en relación con varios aspectos contemplados en la misma. En el artículo 39 se les exige que informen a la Comisión de los resultados de su revisión y se establece un proceso de «evaluación recíproca» que garantice la transparencia y la revisión por pares. Este proceso brindará una oportunidad importante a los Estados miembros para que modernicen sus marcos jurídicos y administrativos.

La Directiva exige la revisión y evaluación de la legislación nacional en dos contextos diferentes y con dos objetivos distintos. Por un lado, existe la obligación de revisar los regímenes de autorización y ciertos requisitos relacionados con el establecimiento (artículos 9, 15 y 25). En este contexto, los Estados miembros han de evaluar su legislación vigente a la luz de la Directiva y modificar o suprimir los regímenes de autorización y los demás requisitos injustificados o desproporcionados. Por otro lado, de conformidad con el artículo 39, apartado 5, los Estados miembros tendrán que revisar los requisitos que aplican a los prestadores de servicios establecidos en otro Estado miembro que prestan servicios en su territorio. Tal revisión deberá efectuarse para evaluar si la aplicación de dichos requisitos es compatible con las condiciones expuestas en el artículo 16. Existen diferencias entre los informes sobre los regímenes de autorización y los demás requisitos relacionados con el establecimiento, por un lado (artículo 39, apartado 1), y los informes vinculados al artículo 16, por el otro (artículo 39, apartado 5).

Los informes previstos en el artículo 39, apartado 1, constituyen en principio un ejercicio único (aunque complementado con un procedimiento de notificación recogido en el artículo 15, apartado 7, respecto a la posible legislación futura que contenga requisitos de los tipos enumerados en el artículo 15, apartado 2), seguido de un proceso de evaluación recíproca en el que intervienen la Comisión, los demás Estados miembros, las partes interesadas y el Comité mencionado en el artículo 40, apartado 1, de la Directiva. A la conclusión de tal proceso y, en cualquier caso a más tardar un año después de la fecha límite para la ejecución, la Comisión *«presentará al Parlamento Europeo y al Consejo un informe de síntesis, al que adjuntará, si procede, propuestas complementarias»* ⁽¹⁶¹⁾.

Los informes previstos en el artículo 39, apartado 5, por el contrario, son el resultado de un proceso continuo, puesto que los Estados miembros están sujetos a la obligación permanente de informar de todo cambio en los requisitos, incluidos los nuevos, que apliquen a los servicios que provengan de otro Estado miembro. Con ello se pretende lograr transparencia y seguridad jurídica para los prestadores de servicios, en particular las PYME, que deseen ofrecer servicios transfronterizos. El primer informe previsto en el artículo 39, apartado 5, y posteriores actualizaciones se comunicarán a los demás Estados miembros y la Comisión presentará anualmente *«análisis y orientaciones sobre la aplicación de esas disposiciones en el contexto de la presente Directiva»* ⁽¹⁶²⁾.

La revisión adecuada y coherente de su marco regulador constituirá un reto considerable para los Estados miembros. La razón es la diversidad de sectores de servicios que abarca la Directiva y el hecho de que los requisitos que deben revisarse pueden encontrarse no solo en la legislación que regula específicamente tales sectores, sino también en la legislación de índole horizontal (por ejemplo, los actos que regulan el comercio en general o las normas sobre comunicaciones comerciales).

No cabe duda de que este proceso exigirá una estrecha cooperación entre las diferentes partes de las Administraciones nacionales, tanto en la etapa de identificación de los requisitos pertinentes como en la de evaluación de su fundamento. Considerando la escala del ejercicio y el número potencial de autoridades y órganos de la Administración interesados, resultará esencial una sólida coordinación al nivel apropiado.

Los Estados miembros son libres de decidir el modo de organizarse internamente. No obstante, para garantizar que todos los requisitos relevantes se identifiquen y se evalúen de manera coherente, parece aconsejable que asignen a un determinado órgano la tarea de coordinar y guiar el proceso. Por otra

⁽¹⁶¹⁾ Véase el artículo 39, apartado 4.

⁽¹⁶²⁾ Véase el artículo 39, apartado 5.

parte, al objeto de garantizar la coherencia en cuanto al alcance de la revisión y las evaluaciones de las disposiciones identificadas, parece igualmente recomendable que consideren la adopción de directrices internas, junto con formularios normalizados de identificación y evaluación de los diferentes tipos de regímenes de autorización y requisitos. Asimismo, para ayudarles en la elaboración de informes sobre los resultados de su revisión y evaluación de la legislación, los servicios de la Comisión desarrollarán y les propondrán una metodología y una estructura para los informes nacionales y dispondrán asimismo mecanismos para la creación de informes en línea ⁽¹⁶³⁾.

10.2. Procedimiento previsto en el artículo 39, apartados 1 a 4

10.2.1. Revisión y evaluación de la legislación

El primer paso que los Estados miembros han de dar consiste en revisar su legislación para determinar los requisitos pertinentes (todos los regímenes de autorización tratados en el artículo 9, apartado 1, los requisitos de los tipos enumerados en el artículo 15, apartado 2, así como las restricciones a las actividades multidisciplinarias contempladas en el artículo 25, apartado 1) y evaluar si cumplen los criterios pertinentes recogidos en la Directiva.

Como se explica en el considerando 9, la Directiva no se aplica a los requisitos que no regulan específicamente o no afectan específicamente a las actividades de servicios pero tienen que ser respetados por los prestadores en el curso de su actividad al igual que por los particulares en su capacidad privada. No obstante, los Estados miembros han de tener cuidado de no excluir con excesiva facilidad de la revisión los requisitos que, aunque incluidos en el Derecho general, afectan en cualquier caso de manera específica a las actividades de servicios ⁽¹⁶⁴⁾. Del mismo modo, los Estados miembros no necesitan revisar la legislación que claramente no concierne al acceso a una actividad de servicios, ni al ejercicio de la misma, como la relativa al etiquetado o la seguridad de los productos. De nuevo en este caso, deben tomar precauciones, puesto que puede haber disposiciones en esa legislación que se apliquen a las actividades de servicios (por ejemplo, las normas sobre equipos utilizados por los prestadores de servicios).

Otro aspecto a tener en cuenta es el relativo al significado del término «requisito», según se define en el artículo 4, apartado 7, de la Directiva ⁽¹⁶⁵⁾, que abarca los requisitos establecidos en las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas. También las normas de los colegios profesionales y las normas colectivas de asociaciones o de organismos profesionales adoptadas en el ejercicio de su autonomía jurídica constituyen requisitos ⁽¹⁶⁶⁾ y tendrán que ser revisadas si regulan o afectan a una actividad de servicios. Tal caso sucederá, por ejemplo, si las tarifas mínimas o máximas correspondientes a la prestación de servicios por una profesión regulada son establecidas y aplicadas colectivamente por el colegio profesional que regule tal profesión.

Los requisitos que han de revisarse pueden aparecer tanto en la legislación general como en la regional y, en ciertos casos, también en la de ámbito local.

Una vez que los Estados miembros identifiquen los requisitos pertinentes, tendrán que evaluar en cada caso si son conformes con los criterios establecidos en los respectivos artículos de la Directiva ⁽¹⁶⁷⁾ y, en caso necesario, eliminarlos o sustituirlos por medidas menos restrictivas.

10.2.2. Informes a presentar

Los Estados miembros deberán haber informado a la Comisión de su revisión de la legislación nacional el 28 de diciembre de 2009 a más tardar. Cada Estado miembro tendrá que especificar los requisitos que se propone mantener y justificará tal decisión con arreglo a los criterios establecidos en el artículo 9, apartado 1 ⁽¹⁶⁸⁾, el artículo 15, apartado 3, y el artículo 25, apartado 1, respectivamente. En el caso del artículo 15, también deberá informar de los requisitos que se hayan suprimido o atenuado.

⁽¹⁶³⁾ Véanse los apartados 10.2.2 y 10.3 del presente Manual.

⁽¹⁶⁴⁾ Para una ulterior aclaración del ámbito de aplicación de la Directiva, incluidos los requisitos tratados, véase el apartado 2 del presente Manual.

⁽¹⁶⁵⁾ Véase el apartado 2.3.1 del presente Manual.

⁽¹⁶⁶⁾ Véase la sentencia de 12 de diciembre de 1974, *Walrave*, asunto 36/74, apartados 17, 23 y 24; la sentencia de 14 de julio de 1976, *Donà*, asunto 13/76, apartados 17 y 18; la sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, asunto C-415/93, apartados 83 y 84; la sentencia de 19 de febrero de 2002, *Wouters*, C-309/99, apartado 120.

⁽¹⁶⁷⁾ Véase el apartado 6.1 del presente Manual sobre autorizaciones, el apartado 6.3 sobre requisitos a evaluar, y el apartado 8.4 sobre restricciones relativas a actividades multidisciplinarias.

⁽¹⁶⁸⁾ Los Estados miembros no tendrán que informar de cada una de las condiciones de las que dependa la concesión de una autorización. No obstante, deberán asegurarse de que tales condiciones se atienen a los criterios expuestos en los artículos 10 a 13, y utilizar la revisión de los regímenes de autorización para garantizar que las condiciones para la concesión de autorizaciones sean conformes con la Directiva.

La Comisión hará cuanto esté a su alcance para encontrar herramientas prácticas que ayuden a los Estados miembros a cumplir su obligación de informar y faciliten la ulterior transmisión y uso de los informes. Ello incluye un modo estructurado de presentación de la información y un instrumento en línea para presentar los informes. Estos mecanismos contribuirán a garantizar que los informes sean de nivel equivalente y que la información proporcionada por los Estados miembros sea manejable (claramente estructurada y fácilmente comprensible) y comparable. Un sistema de informes en línea contribuirá asimismo a abordar problemas de traducción, así como a la transparencia general del ejercicio de elaboración de informes.

10.2.3. El proceso de evaluación recíproca

La Comisión pondrá los informes a disposición de otros Estados miembros, que contarán con seis meses para presentar sus observaciones respecto a los mismos, y consultará a las partes interesadas y al Comité al que se alude en el artículo 40, apartado 1, de la Directiva. De conformidad con los informes y a la luz de las observaciones formuladas, la Comisión elaborará un informe de síntesis y lo presentará al Parlamento Europeo y al Consejo.

10.2.4. La revisión y evaluación de los requisitos establecidos en el artículo 15, apartado 2, y los servicios de interés económico general

Los servicios de interés económico general están comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva de servicios en la medida en que no figuren en ninguna exclusión explícita. En consecuencia, los Estados miembros tendrán que revisar los requisitos que les sean aplicables y evaluar su conformidad con los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

No obstante, en el artículo 15, apartado 4, se especifica que la aplicación de los apartados 1 a 3 no debe perjudicar la realización, de hecho o de derecho, de las tareas particulares asignadas a los servicios de interés económico general. Este principio se confirma asimismo en el considerando 72, en el que se aclara que «*los requisitos necesarios para cumplir con esas tareas no deben verse afectados por este proceso, al mismo tiempo que debe hacerse frente a restricciones injustificadas de la libertad de establecimiento*». En términos prácticos, esto significa que los Estados miembros han de revisar, pero pueden mantener, aquellos requisitos de los servicios de interés económico general que sean proporcionados y necesarios para el desempeño de la tarea específica confiada al prestador de los mismos. Tal evaluación habrá de llevarse a cabo con arreglo a la jurisprudencia del TJCE sobre este tipos de servicios ⁽¹⁶⁹⁾.

10.2.5. Notificaciones de nuevos requisitos de los tipos enumerados en el artículo 15, apartado 2

En el artículo 15, apartado 6, se prohíbe a los Estados miembros que, a partir de la entrada en vigor de la Directiva (28 de diciembre de 2006), introduzcan nuevos requisitos del tipo de los contemplados en el artículo 15, apartado 2, salvo que tales requisitos sean no discriminatorios, estén justificados por una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados ⁽¹⁷⁰⁾. Para reforzar la transparencia normativa y la seguridad jurídica para los prestadores de servicios, tales requisitos habrán de ser notificados a la Comisión. Si existe alguna duda acerca de su conformidad, parece recomendable que los Estados miembros los notifiquen antes de su aprobación formal. En cualquier caso, la notificación no les impedirá adoptar las disposiciones en cuestión. Además, como se aclara en el artículo 15, apartado 7, un requisito que se notifique con arreglo a la Directiva 98/34/CE ⁽¹⁷¹⁾ no habrá de notificarse adicionalmente de conformidad con esta Directiva de servicios.

⁽¹⁶⁹⁾ El TJCE ha aclarado en su jurisprudencia sobre la aplicación del artículo 86, apartado 2, del Tratado CE que para justificar una medida adoptada por un Estado miembro en relación con una determinada tarea de un operador de un servicio de interés económico general «*no basta con que a la empresa en cuestión simplemente le haya sido confiada por las autoridades públicas la gestión de un servicio de interés económico general*» (sentencia de 10 de diciembre de 1991, *Port of Genova*, asunto C-179/90, apartado 26). Debe demostrarse además que la aplicación del requisito concreto es necesaria para garantizar el desempeño de las tareas particulares asignadas a dicho operador (por ejemplo, el cumplimiento del principio de universalidad). Véase la sentencia de 19 de mayo de 1993, *Corbeau*, asunto C-320/91, apartados 14 y 16.

⁽¹⁷⁰⁾ Aunque los Estados miembros no están obligados a garantizar la ejecución antes de que el período de ésta haya expirado, el TJCE ha declarado que, durante dicho período, deben abstenerse de adoptar cualquier medida que pueda poner en peligro gravemente el resultado prescrito por la Directiva (véase la sentencia de 18 de diciembre de 1997, *Inter-environnement Wallonie*, asunto C-129/96, apartado 45). Esta conclusión se basa en el artículo 10 del Tratado CE, según el cual los Estados miembros tienen la obligación de facilitar la culminación de las tareas comunitarias y de abstenerse de adoptar cualquier medida que pueda poner en peligro el logro de los objetivos del Tratado CE.

⁽¹⁷¹⁾ Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas, DO L 204 de 21.7.1998, p. 37. Junto con las modificaciones introducidas por la Directiva 98/48/CE, de 20 de julio de 1998 (conocida como «Directiva sobre transparencia», DO L 217 de 5.8.1998, p. 18), la Directiva 98/34/CE se aplica, en el ámbito de los servicios, a los reglamentos y las normas sobre los servicios de la sociedad de la información, es decir, los que se prestan a distancia a través de medios electrónicos.

Cuando se notifique un nuevo requisito, la Comisión informará a los demás Estados miembros y examinará su compatibilidad en el plazo de tres meses desde la notificación. La Comisión, en su caso, adoptará una decisión solicitando al Estado miembro en cuestión que se abstenga de adoptar el requisito, o que lo suprima.

10.3. El procedimiento previsto en el artículo 39, apartado 5

El planteamiento general de la revisión de los requisitos pertinentes con arreglo al artículo 39, apartado 5, y de la elaboración de informes al respecto es similar en muchos aspectos al previsto en el artículo 39, apartado 1. Por tanto, para los Estados miembros tendría sentido utilizar en principio la misma metodología. Esto significa que, para determinar los requisitos que han de revisarse, podrán basarse en gran medida en la labor realizada para la revisión contemplada en el artículo 39, apartado 1, y viceversa.

Los Estados miembros tendrán que evaluar si los requisitos que hayan considerado potencialmente aplicables a los prestadores de otros Estados miembros cumplen los criterios expuestos en el artículo 16, apartado 1, párrafo tercero, y en el apartado 3, primera frase, del mismo artículo, es decir, que no son discriminatorios, que están justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente y que no van más allá de lo necesario ⁽¹⁷²⁾.

Si no cumplen los criterios referidos en el artículo 16, los Estados miembros tendrán que asegurarse de que no se apliquen a los prestadores de servicios de otros Estados miembros ⁽¹⁷³⁾.

Con arreglo a esta revisión y a la evaluación de los requisitos, los Estados miembros tendrán que presentar un informe a la Comisión el 28 de diciembre de 2009 a más tardar, especificando los requisitos cuya aplicación encaje en lo previsto en el artículo 16, apartado 1, párrafo tercero, y en el apartado 3, frase primera, del mismo artículo, y aportar razones por las que su aplicación a los prestadores establecidos en otros Estados miembros podría ser apropiada y compatible con el artículo 16. Por ejemplo, si un Estado miembro considera que necesita aplicar una norma nacional que limite los niveles de ruido en ciertas actividades por razones de protección del medio ambiente, tendrá que especificar esa norma, así como las razones de su posible aplicación. Tras el primer informe, los Estados miembros tendrán que notificar posteriormente cualquier modificación de los requisitos pertinentes, incluida la adopción de nuevos requisitos, o de su aplicación, especificando de nuevo en este caso las razones por las que su aplicación podría estar justificada con arreglo al artículo 16.

Como en el caso del informe previsto en el artículo 39, apartado 1, para facilitar el cumplimiento de la obligación de elaboración de informes y de estructuración de la información, los servicios de la Comisión desarrollarán y propondrán a los Estados miembros una metodología y una estructura para la creación de informes en línea.

La Comisión presentará los informes de los Estados miembros, así como toda notificación posterior de requisitos nuevos o modificados, a los demás Estados miembros y, con periodicidad anual, proporcionará análisis y orientaciones sobre la aplicación de estas disposiciones en el contexto de la Directiva, con el fin de promover la transparencia y la seguridad jurídica para los prestadores de servicios.

⁽¹⁷²⁾ Para más información sobre los criterios, véase el apartado 7.1.3 del presente Manual.

⁽¹⁷³⁾ Véase el apartado 7.1.2 del presente Manual.

Comisión Europea

Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios

Luxemburgo: Oficina de Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas

2007 — 63 pp. — 21 × 29,7 cm

ISBN 978-92-79-05983-4

Cómo adquirir publicaciones de la Unión Europea

Las publicaciones de la Oficina de Publicaciones que se hallan a la venta puede encontrarlas en la librería electrónica de la UE (EU-Bookshop <http://bookshop.europa.eu/>), desde donde puede efectuar su pedido a la oficina de venta que desee.

Puede solicitar una lista de nuestra red mundial de oficinas de venta al número de fax (352) 29 29-42758.



INFORME DE 17 DE DICIEMBRE DE 2014 SOBRE LA RECLAMACIÓN PRESENTADA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 28 DE LA LEY 20/2013, DE 9 DE DICIEMBRE, DE GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO, RELATIVA A LICENCIAS DE AUTOTAXI (UM/061/14).

I. ANTEDECENTES Y OBJETO DEL INFORME

El presente informe tiene por objeto una reclamación de un particular, presentada al amparo del art. 28 de la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado (LGUM), relativa a los requisitos para la obtención de licencias de auto-taxi en Madrid. El contenido de la reclamación puede resumirse en los siguientes términos:

- Que la actividad de auto-taxi se encuentra incluida en el ámbito de aplicación de la mencionada LGUM (art. 2), en tanto forma parte de la categoría *“actividades económicas en condiciones de mercado”* y es mencionada expresamente el Preámbulo de la Ley.
- Que la LGUM prescribe en su art. 16 que *“el acceso a las actividades económicas y su ejercicio será libre en todo el territorio nacional y sólo podrá limitarse conforme a lo establecido en esta Ley...”* y en su art. 18.2 que *“serán consideradas actuaciones que limitan el libre establecimiento y la libre circulación... los actos, disposiciones y medios de intervención de las autoridades competentes que contengan o apliquen: g) Requisitos de naturaleza económica o intervención directa o indirecta de competidores en la concesión de autorizaciones”*.
- Que la LGUM establece en su art. 5 que *“las autoridades que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica... o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general”*, siendo esta razón limitada a una serie de supuestos previstos en el art. 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio.
- Que la citada Ley 17/2009 señala en su art. 10 que *“en ningún caso se supeditará el acceso a una actividad de servicios en España o su ejercicio al cumplimiento de: g) Requisitos de naturaleza económica que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente o a que se comercialicen productos o servicios de un tipo o procedencia determinada”*.

- Que el art. 28.1 de la LGUM habilita a los operadores económicos, consumidores y usuarios, así como organizaciones representativas, a informar a la SECUM sobre *“cualesquiera obstáculos o barreras relacionadas con la aplicación de esta Ley”*.
- Que, sobre esta base jurídica, por un lado, según la normativa aplicable al sector en la Comunidad Autónoma de Madrid [Real Decreto 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo], para obtener licencias de auto-taxi se exigen requisitos que pueden constituir obstáculos o barreras al libre ejercicio de la actividad. En concreto, estos requisitos son (art. 10): i) la condición de persona física (apartado 1, letra a), ii) la domiciliación en el territorio de la Comunidad de Madrid (apartado 1, letra c); y iii) la limitación de 3 licencias por titular (apartado 3).
- Que, además, *“el otorgamiento de las licencias de autotaxi... vendrá determinado, en todo caso, por la necesidad y conveniencia del servicio a prestar al público y la calidad del servicio, así como por el alcance del umbral mínimo de rentabilidad en su explotación”* (art. 7 de la citada norma). A estos efectos, el Reglamento contempla un baremo para determinar limitaciones cuantitativas al otorgamiento de licencias (art. 8), si bien con carácter excepcional se prevé la posibilidad de sobrepasar el número máximo de licencias a otorgar cumpliendo, como mínimo, tres requisitos: i) apoyo de un estudio técnico económico, ii) acreditación de la necesidad y conveniencia de la excepción, y iii) justificación del alcance del umbral de rentabilidad mínima en su explotación (art. 9).
- Que, por otro lado, según la normativa aplicable al sector en la ciudad de Madrid y su área de prestación conjunta (APC) [Ordenanza 2012/74, de 28 de noviembre de 2012, publicada en el BOCM de 13 de diciembre de 2012], *“el otorgamiento de nuevas licencias de autotaxi corresponde al Ayuntamiento de Madrid y se realizará mediante concurso público previa consulta a las asociaciones representativas de los titulares de licencias”*, por lo que la Administración municipal, al no convocar concurso público, limita el acceso al mercado, constituyendo así un obstáculo o barrera al libre ejercicio de la actividad de auto-taxi.

La SECUM ha dado traslado a la CNMC de la reclamación a los fines del artículo 28 de la LGUM.

II. CONSIDERACIONES

II.1) Régimen jurídico de los servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo

El artículo 149.1.21^a de la Constitución Española reconoce la competencia exclusiva del Estado en materia del transporte terrestre que transcurra por el

territorio de más de una Comunidad Autónoma. Por su parte, el art. 148.1.5ª de la Constitución asigna a las comunidades autónomas el transporte intracomunitario, es decir, el que se constriña al ámbito territorial de una comunidad autónoma¹.

A la vista de lo regulado en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, y de las sentencias del Tribunal Constitucional 174/1995, de 23 de diciembre y 118/1996, de 27 de junio, la competencia para regular los autotaxis corresponde a las Comunidades Autónomas si el tráfico realizado discurre íntegramente por su territorio; y al Estado, si lo hace por el territorio de más de una Comunidad. Ahora bien, en virtud de la Ley Orgánica 5/1987, de 30 de julio, de delegación de facultades del Estado en las Comunidades Autónomas en materia de transportes por carretera y por cable, el Estado delegó en todas las Comunidades Autónomas las competencias relativas a los transportes discrecionales de viajeros, de tal manera que también corresponde a éstas su ordenación y regulación.

Las Comunidades Autónomas han regulado el servicio de autotaxis con arreglo a dos modelos: uno, disciplina la materia mediante norma de rango legal, con vocación de carácter completo²; otro, se limita a regular ciertos aspectos del servicio de autotaxis, pero sin llegar a disciplinar esta actividad de forma completa³, de tal manera que las normas autonómicas han de ser completadas con la regulación estatal; y, en concreto, con la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres y el Reglamento de 16 de marzo de 1979. Este último modelo es el seguido por la Comunidad de Madrid con la Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid.

La regulación legal propia y específica de los autotaxis dictada por la Comunidad de Madrid está contenida en el artículo 9.3 de la precitada Ley 20/1998, que dispone:

El régimen de otorgamiento, utilización, modificación y extinción de las licencias municipales de transporte urbano de viajeros en vehículos de turismo, así como el de prestación del servicio, se ajustarán a sus normas específicas, las cuales deberán seguir las reglas establecidas por la Comunidad de Madrid, previo informe del correspondiente órgano de participación y consulta. En especial, se podrán establecer reglas que predeterminen el número máximo de licencias de auto-taxi en cada uno de los distintos municipios en función de su volumen de

¹ Y ello sin perjuicio de la delegación de facultades a las comunidades autónomas en autorizaciones sujetas a normativa estatal (art. 5 de la Ley Orgánica 5/1987): “Respecto a los servicios de transporte público discrecional... prestados al amparo de autorizaciones cuyo ámbito territorial exceda del de una Comunidad Autónoma, se delegan en la Comunidad Autónoma que resulte competente con arreglo a las normas que se establecen en el artículo siguiente las siguientes funciones: a) El otorgamiento de autorizaciones para la prestación de dichos servicios...”

² Así, Ley 2/2000, de 29 de junio, de transporte público urbano e interurbano de viajeros en automóviles de turismo, del País Vasco y Ley 19/2003, de 4 de julio, del Taxi, de Cataluña.

³ Es el caso de Aragón, Navarra y la Comunidad Valenciana.

población u otros parámetros objetivos, cuando así se considere necesario para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema general del transporte.

Tal como ha señalado el Consejo de Estado, “[e]ste precepto ni regula de manera completa la materia ni contiene una deslegalización en favor del Gobierno de la Comunidad de Madrid para hacerlo. Este puede disciplinarla por vía reglamentaria pero, al hacerlo y en aquello que no tiene una regulación legal específica y propia, debe fundar su actuación en la normativa de rango legal estatal que resulta de aplicación supletoria”.

A su vez, la competencia municipal para ordenar y gestionar el servicio de autotaxis se reconoce por la Ley 7/1985, de 5 de abril, de Bases de Régimen Local (artículos 25.2 y 86.2), de modo que los Ayuntamientos pueden gestionar el servicio previamente configurado por las Comunidades Autónomas⁴.

Constituye, por tanto, el marco normativo relevante en la materia, en lo que a la denuncia que se estudia interesa:

- **Ley 16/1987**, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, cuya última redacción procede de la Ley 9/2013, de 4 de julio;
- Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (**ROTT**);
- Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid;
- Decreto de 14 de marzo de 1979, que aprueba el Reglamento nacional de los servicios urbanos e interurbanos de transporte en automóviles ligeros, todavía vigente⁵.
- Decreto 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo.
- Ordenanza reguladora del Taxi de la ciudad de Madrid y su área de prestación conjunta, de 28 de noviembre de 2012⁶.

⁴ En tal sentido, sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1986, 26 de abril de 1989, 8 de julio de 1991, 9 de julio de 1996 y 26 de enero de 1996) y Dictamen del Consejo de Estado sobre el Proyecto de Reglamento del Taxi de la Comunidad de Madrid, de 21 de julio de 2005.

⁵ La vigencia del Reglamento de Taxis se mantiene respecto de aquellas CCAA que no hayan regulado sobre la materia, siendo de aplicación supletoria en aquello que no esté contemplado en la normativa autonómica.

⁶ BOCM de 13 de diciembre de 2012. El Pleno del Ayuntamiento, en sesión ordinaria celebrada el día 30 de julio de 2014, aprobó una modificación de la Ordenanza Reguladora del Taxi, de 28 de noviembre de 2012 (BOCM de 13 de agosto de 2014). El área de prestación conjunta engloba un total de 46 municipios.

Según la LOTT, tanto el servicio de taxi como la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor quedan incluidos en la categoría de transporte público discrecional de viajeros en vehículos de hasta nueve plazas (o vehículos de turismo).

El art. 41 ROTT no excepciona el servicio de auto-taxi de la general exigencia de título habilitante para el transporte público por carretera.

En lo que a la presente reclamación interesa, el Decreto 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo prevé en su artículo 2 [Exigencia de licencia municipal]: *“Para la realización de servicios de transporte público urbano de viajeros en automóviles de turismo será preciso obtener previamente la licencia municipal que habilite para su prestación”*.

II.2) Análisis de la reclamación desde el punto de vista de la LGUM

La reclamación sintetiza su queja en los siguientes aspectos de la normativa del auto-taxi de la comunidad y el municipio de Madrid:

1. Se impide en base a requisitos **económicos** que nuevas personas puedan ser titulares de nuevas licencias de auto-taxi. En el caso del municipio de Madrid, no se convocan **concursos** públicos que permitan acceder a nuevas licencias.
2. Se impide que una **persona jurídica** sea titular de licencia de auto-taxi.
3. Se obliga a que el titular de la licencia tenga su **domicilio** en la Comunidad de Madrid.
4. Se impide que se pueda ser titular de más de **tres licencias** en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid.

A continuación se tratan separadamente cada uno de esos requisitos y consideraciones.

II.2.1. Respecto de la vinculación de requisitos económicos a la concesión de licencias de auto-taxi

La reclamación señala la existencia de requisitos económicos para la concesión de licencias consistentes en la garantía de un umbral mínimo de rentabilidad. A tal fin, la oferta de licencias se sujeta a posibles limitaciones cuantitativas. En atención a tales limitaciones, en el caso de Madrid, en la práctica, el

⁷ A su vez, como regla, se establece como requisito para obtener la licencia municipal de auto-taxi *“obtener simultáneamente la autorización de transporte público discrecional interurbano en automóvil de turismo”* Vid. art. 10.1. i) del Decreto 74/2005, de 28 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de los Servicios de Transporte Público Urbano en Automóviles de Turismo.

Ayuntamiento no estaría celebrando concursos para la adjudicación de nuevas licencias.

La citada Ley 20/1998, de 27 de noviembre, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid, establece un régimen de autorización administrativa para acceder al mercado, con la posibilidad de fijar un *numerus clausus* de operadores. En particular el art. 9.3 de dicha Ley permite predeterminar el número máximo de licencias de auto-taxi en cada uno de los distintos municipios, cuando se considere necesario para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema general de transporte:

El régimen de otorgamiento, utilización, modificación y extinción de las licencias municipales de transporte urbano de viajeros en vehículos de turismo, así como el de prestación del servicio, se ajustarán a sus normas específicas, las cuales deberán seguir las reglas establecidas por la Comunidad de Madrid, previo informe del correspondiente órgano de participación y consulta. En especial, se podrán establecer reglas que predeterminen el número máximo de licencias de auto-taxi en cada uno de los distintos municipios en función de su volumen de población u otros parámetros objetivos, cuando así se considere necesario para garantizar el adecuado funcionamiento del sistema general de transporte.

En desarrollo de lo anterior, el citado Decreto 74/2005, de 28 de julio, establece (art. 7):

El otorgamiento de las licencias de autotaxi se arbitrará conforme a las reglas establecidas en los artículos siguientes y vendrá determinado, en todo caso, por la necesidad y conveniencia del servicio a prestar al público y la calidad del servicio, así como por el alcance del umbral mínimo de rentabilidad en su explotación.

A tal fin, el mismo Decreto 74/2005 establece las siguientes limitaciones cuantitativas (art. 8 “Limitaciones cuantitativas al otorgamiento de licencias”):

1. Como regla general, el número máximo de licencias a otorgar por cada municipio se determinará de acuerdo con el siguiente baremo:
 - Municipios de hasta 100.000 habitantes de derecho: 1 licencia por cada 2.000 habitantes.
 - Municipios de 100.001 a 500.000 habitantes de derecho: 1 licencia por cada 1.500 habitantes.
 - Municipios de más de 500.000 habitantes de derecho: 2 licencias por cada 1.000 habitantes.

El art. 9 del Decreto 74/2005 establece una serie de excepciones a las limitaciones cuantitativas:

1. *Excepcionalmente los municipios podrán establecer un módulo o contingente específico, aun cuando del mismo resulte un número de licencias superior al que correspondería por aplicación del baremo general, determinado en el artículo anterior, siempre y cuando se apoye en un estudio técnico económico, en el cual el municipio deberá en todo caso acreditar la necesidad y conveniencia de aumentar el número de licencias en relación con la oferta y demanda existente*

en su ámbito territorial, así como justificar el alcance del umbral de rentabilidad mínima en su explotación. Para acreditar dicha necesidad y conveniencia se analizará:

- a) La situación del servicio en calidad y cobertura antes del otorgamiento de nuevas licencias.*
- b) La configuración urbanística y de población del municipio.*
- c) Las necesidades reales de un mejor y más extenso servicio.*
- d) La repercusión en el conjunto del transporte de las nuevas licencias a otorgar.*

2. En todo caso habrá de tenerse en cuenta la existencia de servicios regulares de viajeros, el grado de desarrollo de los medios de transporte urbano colectivo, las vías de comunicación, la existencia de servicios públicos que, aun estando fuera del término municipal, sean utilizados por sus habitantes (aeropuertos, hospitales, etcétera), la población flotante, la consideración turística, administrativa y universitaria del municipio, y cualesquiera otros factores que puedan influir en la oferta y demanda de transporte

3. En el expediente que a este efecto se tramite se dará audiencia a las asociaciones representativas del sector del transporte en autotaxi, y a las asociaciones de consumidores y usuarios.

La Ordenanza municipal del Taxi de Madrid (BOCAM 297, de 13/12/2012) sujeta el otorgamiento de licencias a concurso público, previa consulta a las asociaciones interesadas (art. 6.1)⁸. Esto último, por sí solo, merece un reproche en cuanto supone la previa consulta a eventuales competidores de forma contraria al artículo 18.2.g LGUM⁹. La reclamación señala que, en la práctica, tales concursos no se estarían convocando, de manera que no resultaría posible acceder a la actividad.

Por lo que se refiere a la normativa estatal, la Ley 16/1987, en redacción dada por la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea, se refiere a las limitaciones cuantitativas en los siguientes términos (art. 48.2):

No obstante, y de conformidad con las normas comunitarias y demás disposiciones que, en su caso, resulten de aplicación, cuando la oferta de transporte público de viajeros en vehículos de turismo se encuentre sujeta a limitaciones cuantitativas en el ámbito autonómico o local, podrán establecerse limitaciones reglamentarias al otorgamiento tanto de nuevas autorizaciones habilitantes para la realización de transporte interurbano en esa clase de vehículos como de las que habilitan para el arrendamiento de vehículos con conductor.

⁸ Art. 6.1 “El otorgamiento de nuevas licencias de autotaxi corresponde al Ayuntamiento de Madrid y se realizará mediante concurso público previa consulta a las asociaciones representativas de los titulares de licencias”.

⁹ Dicho artículo prohíbe tanto requisitos económicos como la “intervención directa o indirecta de competidores en la concesión de autorizaciones, en los términos establecidos en las letras e) y f) del artículo 10 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio”.

En consonancia con lo anterior, el artículo 91 de la Ley 16/1987 incluye restricciones geográficas en estos términos:

Las autorizaciones de transporte público habilitarán para realizar servicios en todo el territorio nacional, sin limitación alguna por razón del origen o destino del servicio.

Quedan exceptuadas de lo anterior tanto las autorizaciones habilitantes para realizar transporte interurbano de viajeros en vehículos de turismo como las que habilitan para el arrendamiento de vehículos con conductor, que deberán respetar las condiciones que, en su caso, se determinen reglamentariamente en relación con el origen, destino o recorrido de los servicios.

Así pues, tanto la normativa autonómica como la estatal admiten la posibilidad de limitaciones cuantitativas, y la compartimentación geográfica asociada a las mismas, en el régimen autorizador de la actividad.

La CNMC, entre otros organismos, ha criticado la existencia de limitaciones cuantitativas al acceso a la actividad de autotaxi¹⁰. Al respecto debe hacerse referencia a los informes de la CNMC IPN/002/14 (Proyecto de Real Decreto que modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de Transportes Terrestres) e IPN/003/14 (Proyecto de Orden por la que se modifica la Orden FOM/36/2008 de arrendamiento de vehículos con conductor).

Dichos informes vinieron precedidos del Informe IPN 41/10 (Reales Decretos Ómnibus. Reglamento de Transporte Terrestre). En este último, la entonces CNC se mostró favorable a la supresión del establecimiento de límites cuantitativos en el otorgamiento de títulos habilitantes que supuso, en su momento, la Ley 25/2009. Sin embargo, la posterior Ley 9/2013, de 4 de julio, restableció la posibilidad de imponer limitaciones cuantitativas y restricciones geográficas a la actividad. Los citados informes de la CNMC, relativos a sendos proyectos de modificación de las disposiciones de desarrollo de la Ley 16/1987, en redacción por dicha Ley 9/2013, fueron muy críticos con el restablecimiento de posibles limitaciones cuantitativas en el sector del transporte, y en particular en el de autotaxi:

La introducción de requisitos de acceso a la actividad, así como de un mecanismo de regulación de oferta acompañado de una compartimentación geográfica del mercado suponen restricciones a la competencia de gravedad, sin

¹⁰ Por ejemplo, la autoridad de competencia de Aragón en el “Informe sobre el marco regulatorio y la caracterización económica de la actividad de auto-taxi en la ciudad de Zaragoza, y sus implicaciones en la defensa de la libre competencia en el sector” (2008) señaló: “*La decisión de fijar un contingente máximo de licencias de auto-taxi resulta contraria a la regla general que dispone nuestro texto constitucional para el ejercicio de cualquier actividad económica, y que no es otra que el de la prevalencia de la libertad, también en su afirmación de libertad de empresa. Una restricción de este tipo –que, en realidad, no sólo limita sino que puede llegar a excluir la libertad de empresa para todo aquél que pudiera estar interesado en el ejercicio de esa actividad económica– puede, aunque de modo harto difícil, ser lícita pero siempre y cuando satisfaga una exigencia elemental de proporcionalidad, en el sentido de responder a una justificación bastante con respaldo en valores constitucionales que sólo podrán alcanzarse con la decisión adoptada*”.

que se haya incluido en el texto normativo ni en la MAIN una argumentación fundada que evalúe la aplicación de los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima restricción, en aras de la justificación, en su caso, de su existencia.

Estas restricciones suponen un evidente perjuicio directo para los operadores del mercado, tanto los actuales como los potenciales, que verán aumentar sus costes para acceder al mercado, así como para los usuarios, que verán restringidas las opciones de elección de los prestadores del servicio.

Asimismo, sobre los mecanismos reguladores de la oferta (limitación cuantitativa al acceso), los informes añadieron lo siguiente:

El PRD atribuiría a la Administración competente la potestad de determinar, en sustitución del mercado, cuándo dejaría de existir un “equilibrio adecuado” entre prestadores de servicios de transporte público en relación con los potenciales usuarios (test de mercado). Esta amplia potestad de denegar el acceso a nuevos operadores, que atribuye a la Administración la capacidad de controlar la oferta en un sector por un mecanismo tan intervencionista como el propuesto, supone la introducción, de forma no necesaria y desproporcionada, de una barrera de entrada administrativa a esta actividad y la total exclusión del mercado como mecanismo de asignación eficiente en la determinación de la oferta de este concreto servicio. Esto es fuente de ineficiencias de toda índole que finalmente terminarán por perjudicar al consumidor y, además, acrecienta el riesgo de captura del regulador por parte de los incumbentes y de captura de rentas originada por la información asimétrica.

Al respecto de la compartimentación geográfica, cuestión relacionada con las limitaciones cuantitativas para el acceso a la actividad, los informes señalaron lo siguiente¹¹:

Esta regulación supone una restricción a la libre competencia consistente en limitar la capacidad de auto-organización de los operadores y una limitación geográfica para ofrecer sus servicios en el mercado, así como un encarecimiento de los costes para poder operar que tendrá consecuencias vía precios menos eficientes, menor variedad y menor innovación en los operadores y los usuarios de dichos servicios.

¹¹ Los títulos administrativos habilitantes para el servicio de auto-taxi se encuentran sometidos a una condición de territorialidad. El citado Decreto 74/2005 establece (artículo 5): “*La competencia para el otorgamiento de las licencias de autotaxi corresponderá al municipio en cuyo término se pretenda desarrollar la actividad de transporte urbano*”. Asimismo, el artículo 6 señala: “[...] *las licencias de autotaxi únicamente habilitarán para realizar servicios urbanos. A estos efectos se considerará que tienen tal carácter los que se presten íntegramente dentro del correspondiente término municipal. Así, los servicios urbanos de taxi sólo pueden prestarse en el municipio en el cual se ha obtenido la licencia urbana*”. De otro lado, el ROTT (art. 125) establece la obligación de iniciar el servicio de transporte discrecional de viajeros, con carácter general, en el municipio en que se encuentre domiciliada la autorización de transporte. La mencionada Ley 20/1998 sólo autoriza a iniciar servicios interurbanos en el término municipal para el cual se ha expedido la licencia urbana o en el municipio donde se ha expedido la autorización interurbana (artículo 22). Este hecho imposibilita que los servicios interurbanos puedan iniciarse en cualquier otro municipio (por ejemplo, allí donde han finalizado un servicio).

Por último, se indicó que la Ley 20/2013 salvaguardaba la libre circulación y prestación de servicios en el territorio español, de modo que cualquier restricción a tales libertades debía ser objeto de rigurosa justificación:

[La Ley 20/2013] afirma que dicha unidad se fundamenta en la libre circulación de bienes y servicios por todo el territorio español, sin que ninguna autoridad pueda, salvo excepciones que deberían ser objeto de rigurosa justificación, obstaculizarla directa o indirectamente.

Tanto la LGUM como la Ley de Bases del Régimen Local admiten la necesidad y proporcionalidad de someter a autorización las actividades de servicio público sujetas a tarifas reguladas¹². Asimismo, la LGUM admite que las actividades de tal tipo pueden quedar excluidas del principio de eficacia en todo el territorio nacional (art. 20.4)¹³. El preámbulo de la LGUM menciona expresamente la actividad de taxi al tratar de los casos donde existe una limitación del número de operadores en el mercado por la escasez de recursos naturales, el uso del dominio público, las limitaciones técnicas de esa actividad o por la prestación de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas¹⁴.

Sin embargo, tal consideración de la actividad de taxi como de servicio público no puede afirmarse de manera categórica. Como ha señalado el Consejo de Estado en el citado Dictamen sobre el Proyecto de Reglamento del Taxi de la

¹² Art. 17.1.c) de la LGUM, según el cual concurren los principios de necesidad y proporcionalidad para la exigencia de autorización: *“Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado”,* y art. 84 bis, 1, b) de la Ley de Bases del Régimen Local que admite la exigencia de licencia *“Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado”.*

¹³ Art. 20.4.2º: *“El principio de eficacia en todo el territorio nacional tampoco se aplicará a los actos administrativos relacionados con la ocupación de un determinado dominio público o cuando el número de operadores económicos en un lugar del territorio sea limitado en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas”.*

¹⁴ Señala dicho preámbulo: *“Por otro lado, la autorización será el instrumento adecuado para garantizar la concurrencia competitiva en los casos donde existe una limitación del número de operadores en el mercado por la escasez de recursos naturales, el uso del dominio público, las limitaciones técnicas de esa actividad o por la prestación de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, incluidos aquellos cuya prestación necesita la utilización del dominio público o porque se trate de servicios que puedan poner en riesgo su adecuada prestación, como sucede, por ejemplo, con el ejercicio de las actividades desarrolladas por el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor, con las concesiones demaniales o con las oficinas de farmacia que se consideran incluidas en las previsiones del artículo 17.1 de esta Ley”.* Asimismo, el preámbulo añade la señalada excepción al principio de eficacia en todo el territorio nacional de la actividad de taxi: *“Este principio de eficacia no es, sin embargo, aplicable a determinadas actuaciones relacionadas con las instalaciones o infraestructuras físicas, con la ocupación del dominio público o con la prestación de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas que, por su propia naturaleza, resultan vinculados con un ámbito territorial determinado, como nuevamente sucede con las actividades desarrolladas por el taxi y el arrendamiento de vehículos con conductor, con las concesiones demaniales o con las oficinas de farmacia, que se consideran incluidas en las previsiones del segundo párrafo del artículo 20.4 de esta Ley”.*

Comunidad de Madrid, de 21 de julio de 2005, el servicio de taxi no es propiamente un servicio público, sino un servicio *al* público, es decir, una actividad privada de marcado interés general:

El servicio de autotaxis no es un servicio público, sino un servicio al público. Y ello porque no existe disposición alguna que declare su publicatio. El servicio de autoaxi es una actividad privada dirigida al público y de un mercado interés general, calificada doctrinal y jurisprudencialmente unas veces de servicio público virtual o impropio y otras veces de servicio privado de interés público, que requiere una autorización administrativa (Reglamento de Ordenación de los transportes terrestres, artículo 41.6) no meramente policial sino de funcionamiento (Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de enero de 1988 y 9 de marzo de 1988, entre otras) que las asemeja en parte a las concesiones, pero que no las sujeta al régimen de éstas.

En efecto, la indicada naturaleza del servicio de los autotaxis y de su licencia comporta que no les sea trasladable, sin más, el régimen y las categorías propias del servicio público y de la relación concesional. Antes al contrario, el carácter privado de la actividad implica que la Administración sólo puede intervenir imponiendo obligaciones, estableciendo requisitos, limitaciones y prohibiciones y articulando un sistema sancionador si está específicamente habilitada para ello en una norma de rango legal, de conformidad con los criterios sentados reiteradamente por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo.

En definitiva, sin perjuicio de que la exposición de motivos de la LGUM parezca realizar ciertas excepciones relativas a la actividad de taxi, lo cierto es que determinados requisitos exigidos a tal actividad, y en particular lo relativo a limitaciones cuantitativas no parecen ni necesarios ni proporcionados. Dichos requisitos no son adecuados desde el punto de vista económico para garantizar la adecuada prestación del servicio. A ello hay que unir que la actividad de taxi no se trata de una actividad de servicio público en sentido estricto. En vista de ello, esta Comisión considera que sólo podría exigirse autorización en caso de que pudiese motivarse ésta desde los principios de necesidad y mínima distorsión competitiva. Adicionalmente, aunque se aceptase la exigencia de licencia, ello no impide la aplicación del resto de principios de la LGUM, y particularmente, de los principios de necesidad y, especialmente, de proporcionalidad previstos en el artículo 5.2:

Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior [principio de necesidad], deberá ser proporcionado a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.

En conclusión, esta Comisión se ha pronunciado anteriormente a favor de la supresión de las limitaciones cuantitativas a la actividad de taxi. A ello hay que unir que la actividad de taxi no es, en sentido estricto, un servicio público. En esa medida, se aconseja la supresión de las barreras injustificadas a la actividad que puede suponer la existencia de limitaciones cuantitativas al ejercicio de la actividad y de restricciones geográficas a la misma, en línea con recomendaciones anteriores de la CNMC.

II.2.2. Exigencia de que el solicitante de la licencia municipal de auto-taxi sea una persona física.

La reclamación señala que la normativa autonómica exige al solicitante de una licencia ser persona física. Tal requisito no se contiene en la Ley 20/1998, de Ordenación y Coordinación de los Transportes Urbanos de la Comunidad de Madrid, sino sólo en el Decreto 74/2005 (art. 10.1 a) y en la Ordenanza del Taxi de Madrid [art. 4 a)].

La reclamante considera que este requisito no respeta la exigencia de la LGUM de proporcionalidad en los requisitos exigidos para la obtención de autorización.

Como es sabido, el artículo 5 de la LGUM prevé lo siguiente en términos de necesidad y proporcionalidad de las actuaciones de las autoridades públicas:

- 1. Las autoridades competentes que en el ejercicio de sus respectivas competencias establezcan límites al acceso a una actividad económica o su ejercicio de conformidad con lo previsto en el artículo 17 de esta Ley o exijan el cumplimiento de requisitos para el desarrollo de una actividad, motivarán su necesidad en la salvaguarda de alguna razón imperiosa de interés general de entre las comprendidas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.*
- 2. Cualquier límite o requisito establecido conforme al apartado anterior, deberá ser **proporcionado** a la razón imperiosa de interés general invocada, y habrá de ser tal que no exista otro medio menos restrictivo o distorsionador para la actividad económica.*

Asimismo, el art. 9 de la LGUM exige que las autoridades competentes velen, en sus actuaciones, por la observancia de los principios de la Ley y, en particular, en lo relativo a medios de intervención y exigencias para el ejercicio de la actividad:

- 1. Todas las autoridades competentes velarán, en las actuaciones administrativas, disposiciones y medios de intervención adoptados en su ámbito de actuación, por la observancia de los principios de **no discriminación**, cooperación y confianza mutua, necesidad y **proporcionalidad** de sus actuaciones, eficacia en todo el territorio nacional de las mismas, simplificación de cargas y transparencia.*
- 2. En particular, garantizarán que las siguientes disposiciones y actos cumplen los principios citados en el apartado anterior: [...]*
 - b) Las autorizaciones, licencias y concesiones administrativas, así como los **requisitos para su otorgamiento, los exigibles para el ejercicio de las actividades económicas**, para la producción o distribución de bienes o para la prestación de servicios y aquellas materias que versen sobre el ejercicio de la potestad sancionadora o autorizadora en materia económica.[...]*

Del mismo modo, a tenor de lo dispuesto en el art. 39 bis LRJAP, cuando una Administración Pública tenga intención de adoptar una iniciativa normativa restrictiva de la libertad de empresa o que impongan barreras a la prestación de servicios, deberá seguir un criterio de adecuación:

[Las Administraciones públicas deberán] *elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias.*

En análogo sentido, el artículo 4 de la Ley de Economía Sostenible dispone que, en el ejercicio de sus potestades normativas/reglamentarias, las Administraciones Públicas deben actuar de acuerdo con los principios de necesidad, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, accesibilidad, simplicidad y eficacia.

Esta Comisión coincide con los argumentos de la reclamante sobre la falta de proporcionalidad de tal exigencia limitativa sobre la forma organizativa del titular de la licencia, que supone una evidente barrera de acceso a la actividad para los empresarios que decidan constituirse como personas jurídicas, sin que se expliciten los motivos de interés general que justificarían tal requisito.

El propio ROTT, en su artículo 42.1 (Requisito para la obtención del Título habilitante para el transporte público por carretera) permite a las personas jurídicas ser titulares de autorizaciones administrativas:

Para el otorgamiento de los títulos administrativos habilitantes para la prestación de los servicios de transporte público por carretera, o para la realización de las actividades auxiliares y complementarias del mismo, será necesario cumplir los siguientes requisitos:

a) Ser persona física, no pudiendo otorgarse los títulos de forma conjunta a más de una persona ni a comunidades de bienes, o bien persona jurídica, debiendo revestir en ese caso la forma de sociedad mercantil, sociedad anónima laboral o cooperativa de trabajo asociado.

A diferencia de lo que sucede en la Comunidad de Madrid, otras Comunidades Autónomas permiten el otorgamiento de las licencias de taxi tanto a personas físicas como jurídicas, lo que sería muestra de la falta de razones de interés general en tal limitación¹⁵.

El mismo juicio negativo merece tal requisito al Consejo de Defensa de la Competencia de Andalucía¹⁶:

¹⁵ Por ejemplo, art. 8 de la Ley 19/2003, de 4 de julio, del Taxi de Cataluña. No obstante, otras normas con rango de ley sí establecen como requisito para ser titular de una licencia de auto-taxi, la condición de persona física [así, Ley Foral de Taxi Navarra 9/2005, de 6 de julio, art. 6.1.a), Ley 4/2013, de 30 de mayo del transporte público de personas en vehículos de turismo de Galicia, art. 5. En este último caso, el Consello Galego da Competencia en el INFORME IPN 2/2002 sobre el Anteproyecto de la Ley de Transporte de personas en vehículos de turismo en Galicia, señaló que “No está justificado restringir la forma organizativa por la que puede optar el titular de la licencia. Se recomienda la supresión de este requisito ...”

¹⁶ Informe N 14/11, sobre el Proyecto de Decreto por el que se aprueba el Reglamento de los servicios de transporte público de viajeros y viajeras en automóviles de turismo. En análogo sentido se manifiestan el Tribunal de Defensa de la Competencia de Aragón, en su Informe sobre el marco regulador y la caracterización económica de la actividad de auto-taxi en la ciudad de Zaragoza, y sus implicaciones en la defensa la libre competencia en el sector (2008), y el Tribunal

Este es el caso, por ejemplo, de la disposición que establece que sólo las personas físicas pueden ser solicitantes de licencias para la prestación del servicio de taxi en la Comunidad de Andalucía (art. 27.1.a), lo que supone una restricción injustificada a la competencia, al impedir que se presten los servicios de transporte bajo determinadas figuras organizativas y que, además, vulneraría la libertad de empresa, y singularmente, la capacidad de autoorganización del empresario, al excluir la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser solicitantes de la licencia municipal de taxi. Téngase en cuenta, además, que la libertad de autoorganización solo puede sujetarse a límites o requisitos que supongan la plasmación de otros derechos y valores constitucionales (STC 192/2003, de 27 de octubre y STC 147/1986, de 25 de noviembre).

La CNMC, al Informar sobre el Proyecto de Real Decreto Estatuto concesional de la red de expendedorías de tabaco y timbre (IPN 112/13) también ha tenido oportunidad de manifestarse en sentido contrario a la introducción de requisitos que limitan el acceso a concesiones a personas físicas (“*el requisito de ser persona física restringe artificialmente la competencia, impidiendo que personas jurídicas puedan acceder a la titularidad de las concesiones*”).

Conviene asimismo traer a colación sobre este concreto requisito, las consideraciones realizadas por el Consejo de Estado en su Dictamen sobre el Proyecto de Reglamento del Taxi de la Comunidad de Madrid, de 21 de julio de 2005, dictamen en el que se pronunció en contra de ciertas previsiones del mismo en su versión proyecto que se han mantenido en el texto definitivo:

En este orden de cosas, determinadas previsiones, tales como las relativas a que sólo las personas físicas puedan ser titulares de licencias (art. 10.1); que un titular no pueda disponer de más de tres licencias en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid (art. 10.3) y que la persona que transmita una licencia de autotaxi no podrá volver a obtener ninguna otra en el mismo o en diferente municipio, hasta transcurridos dos años (art. 17) no son propias de una disposición de rango reglamentario y, por consiguiente, deberían suprimirse...

En conclusión, esta Comisión considera que la exigencia limitativa sobre la forma organizativa del titular de la licencia, además de tener carácter discriminatorio, constituye una evidente barrera de acceso a la actividad para los empresarios que decidan constituirse como personas jurídicas, sin que se expliciten los motivos de interés general que justificarían tal requisito. En consecuencia, este requisito debería suprimirse.

II.2.3. Sobre la obligación de que el solicitante de la licencia municipal de auto-taxi tenga su domicilio en la Comunidad de Madrid.

El artículo 10.1 del Decreto 74/2005 señala el requisito del titular de la autorización consistente en “*c) Estar domiciliado en la Comunidad de Madrid*”. En los mismos términos figura tal exigencia en la Ordenanza municipal de Madrid

de Defensa de la Competencia de la Comunitat Valenciana, en su Informe relativo al Anteproyecto de Ley, de la Generalitat, de Movilidad de la Comunitat Valenciana (2011).

(art. 4.c). En cambio, tal requisito no se contiene en la Ley 20/1998 de la Comunidad de Madrid, lo cual es de por sí criticable¹⁷.

A juicio de la CNMC, las exigencias de domiciliación del titular de la licencia previstas en la normativa autonómica y municipal de Madrid no están justificadas.

En particular, carece de justificación en razones de necesidad y de proporcionalidad exigir que el domicilio o lugar de residencia efectiva del titular de la licencia esté en Madrid.

El lugar del domicilio del titular de la licencia no tiene por qué ser un elemento relevante dado que no tiene por qué afectar a la calidad del servicio ni se justifica que de tal restricción se derive beneficio alguno para los consumidores.

En definitiva, esta Comisión considera que el requisito de domiciliación del titular de la licencia de taxi contenido en la normativa autonómica no está justificado en términos de necesidad o proporcionalidad y debería suprimirse.

II.2.4. Respecto de la prohibición de ser titular de más de tres licencias en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid

El reclamante también identifica en su escrito como obstáculo al libre ejercicio de la actividad de auto-taxi el que se establezca por el precitado Decreto 74/2005 que *“un mismo titular no pueda disponer de más de tres licencias en el ámbito territorial de la Comunidad de Madrid”*.

Tal requisito podría constituir una medida limitativa desproporcionada. En tal medida, al no estar adecuadamente justificado en razones de necesidad y de proporcionalidad, debería suprimirse.

II.2.5. Valoración conjunta de los apartados anteriores

Como se indicó en el apartado sobre limitaciones cuantitativas y restricciones geográficas a la actividad de taxi, si bien la exposición de motivos de la LGUM parece realizar ciertas excepciones relativas a esa actividad, dichas limitaciones cuantitativas no resultan necesarias ni proporcionadas, ni están justificadas económicamente para garantizar la adecuada prestación del servicio.

Además, en la medida en que la actividad de taxi no sea una actividad de servicio público en sentido estricto, sólo debería exigirse autorización en caso de que pudiese motivarse ésta desde los principios de necesidad y mínima distorsión competitiva. Y ello no impediría la aplicación del resto de principios de la LGUM, y particularmente, de los principios de necesidad y, especialmente, de proporcionalidad previsto en el artículo 5.2.

¹⁷ Como se dijo, la inclusión de este requisito en una norma de carácter reglamentario fue objeto de crítica por el Consejo de Estado en el citado informe al Proyecto de Reglamento del Taxi de la Comunidad de Madrid.

Por lo que se refiere al resto de requisitos analizados en el informe (exigencia de que el titular sea persona física, con domicilio en una determinada localidad y que el número de licencias en poder de ese titular esté limitado), no están justificados en términos de necesidad o proporcionalidad y deberían suprimirse.

En vista de lo anterior, y en atención a la realidad que resulta de las denuncias de los particulares, se aprecia que determinados requisitos propios de la actividad de taxi no parecen ni necesarios ni proporcionados. Por ello, se sugiere una revisión de la normativa relativa a esta actividad, a la luz de los anteriores principios, para su modernización que, por todos los motivos expuestos, sería deseable que se abordara con carácter ambicioso pero, en todo caso, eliminando los requisitos relacionados con la prestación del servicio que sean incompatibles con la LGUM.

III. CONCLUSIÓN

La presente reclamación cuestiona la conformidad con la LGUM de ciertos requisitos la prestación de servicios de autotaxi contenidos en la normativa reguladora de la Comunidad de Madrid. Los requisitos cuestionados y el criterio de la CNMC al respecto pueden sintetizarse de este modo:

- La reclamación cuestiona el establecimiento de limitaciones cuantitativas al otorgamiento de licencias para el ejercicio de la actividad. Al respecto, esta Comisión ya ha expresado anteriormente su criterio favorable a la supresión de las limitaciones cuantitativas para el servicio de taxi.
- Esta Comisión coincide con los argumentos de la reclamante sobre la falta de proporcionalidad de la exigencia de que el titular de las licencias de taxi sea una persona física. Se considera que ello supone una evidente barrera de acceso a la actividad para los empresarios que decidan constituirse como personas jurídicas, sin que se expliciten los motivos de interés general que justificarían tal requisito, de manera que el mismo debería suprimirse.
- Esta Comisión considera que el requisito de domiciliación del titular de la licencia contenido en la normativa autonómica y municipal de Madrid no está justificado en términos de necesidad o proporcionalidad y debe suprimirse.
- La limitación a un número máximo de tres licencias que puede obtener un único titular no está justificada en términos de necesidad y proporcionalidad, y por ello debería suprimirse.
- Esta Comisión sugiere la revisión amplia de la normativa relativa a esta actividad, a la luz de los principios de necesidad y proporcionalidad.