

Edición electrónica con
marcadores y enlaces

Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León

PREMIO COLECCIÓN DE ESTUDIOS
DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL
DE CASTILLA Y LEÓN. Edición 2009-II

ces

Colección de Estudios

13

PREMIO COLECCIÓN DE ESTUDIOS DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE CASTILLA Y LEÓN. Edición 2009-II

El Decreto Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios, aprobado por la Junta de Castilla y León y convalidado por el Parlamento regional, adopta medidas para reformar la normativa autonómica en cumplimiento de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Para ello se ha tenido en cuenta la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, así como la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, sobre modificación de diversas leyes para su adaptación a la anterior. Leyes a las que a finales de febrero de 2010 se suma la reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, aún no aprobada en la fecha de publicación del Decreto-Ley autonómico.

Este estudio analiza las repercusiones constitucionales, administrativas, mercantiles, transfronterizas y laborales de una de las principales normas europeas de los últimos tiempos. Se exponen tanto las implicaciones para el sector comercial, como las exigencias organizativas y procedimentales que plantea a la Administración autonómica y a los Entes Locales, sin olvidar sus consecuencias de orden laboral, exponiendo propuestas alternativas para el mejor desarrollo de la transposición de la Directiva de Servicios en los próximos meses, pues, en opinión de los autores del trabajo, son muchas las cuestiones que el Decreto-Ley aprobado por el Gobierno regional ha dejado aún pendientes.

A lo largo del año 2010 habrán de reformarse numerosas normas reglamentarias autonómicas, en los sectores afectados por el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios y sus leyes de transposición. Igualmente, será necesario repensar las organizaciones administrativas de la Comunidad Autónoma, incluyendo los entes locales, en un sentido favorable al mejor funcionamiento de las técnicas de control a las que las tendencias liberalizadoras conceden mayor protagonismo (comunicaciones previas y declaraciones responsables). Todo ello con el objetivo de atraer mayores inversiones y favorecer la creación de puestos de trabajo.

Igualmente deberá tenerse muy presente la protección de los consumidores y usuarios de servicios, destinatarios últimos de las previsiones sobre calidad y cooperación interadministrativa previstas en la Directiva. El definitivo y correcto cumplimiento de la Directiva en Castilla y León exige un equilibrio adecuado entre la liberalización económica, la protección de los derechos de los empresarios y trabajadores, la tutela de los intereses de los consumidores y, en todo caso, la mejora de la calidad regulatoria en nuestra Comunidad Autónoma.

Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León

PREMIO COLECCIÓN DE ESTUDIOS
DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL
DE CASTILLA Y LEÓN. **Edición 2009-II**

Dámaso-Javier Vicente Blanco
Ricardo Rivero Ortega
(Directores)

Colección de Estudios **13**

ces

Impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León

**PREMIO COLECCIÓN DE ESTUDIOS
DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL
DE CASTILLA Y LEÓN
Edición 2009-II**



Edición electrónica disponible en Internet:
www.cescyl.es/publicaciones/coleccion.php

La responsabilidad de las opiniones expresadas en las publicaciones editadas dentro de la Colección de Estudios CES, incumbe exclusivamente a sus autores y su publicación no significa que el Consejo se identifique con las mismas.

© CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL DE LA COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN

La reproducción de esta publicación está permitida citando su procedencia.

Edita: Consejo Económico y Social de Castilla y León
Duque de la Victoria, 8, 3ª y 4ª planta • 47001 Valladolid
Tfns.: 983 394 200 - 983 394 355 • Fax: 983 396 538
cescyl@cescyl.es • www.cescyl.es

I.S.B.N.: 978-84-95308-42-8

Depósito Legal: VA-216/2010

Diseño y Arte final: dDC, Diseño y Comunicación

COMPOSICIÓN DEL PLENO DEL CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL

A 9 DE FEBRERO DE 2010

- Presidente:* D. José Luis Díez Hoces de la Guardia
Vicepresidentes: D. Agustín Prieto González. *Sindical*
D. Jesús María Terciado Valls. *Empresarial*
Secretario General: D. José Carlos Rodríguez Fernández

Consejeros Titulares

GRUPO I. ORGANIZACIONES SINDICALES MÁS REPRESENTATIVAS

• Unión General de Trabajadores. UGT

- D. Luis Mariano Carranza Redondo
- D.ª Patricia García de Paz
- D. Óscar Mario Lobo San Juan
- D.ª Nuria Pérez Aguado
- D. Agustín Prieto González
- D. Regino Sánchez Gonzalo

• Comisiones Obreras de Castilla y León. CCOO

- D. Vicente Andrés Granado
- D. Saturnino Fernández de Pedro
- D.ª Bernarda García Córcoba
- D. Ángel Hernández Lorenzo
- D. Esteban Riera González
- D.ª Ana M.ª Vallejo Cimarra

GRUPO II. ORGANIZACIONES EMPRESARIALES MÁS REPRESENTATIVAS

• Confederación de Organizaciones Empresariales de Castilla y León. CECALE

- D. Roberto Alonso García
- D. Santiago Aparicio Jiménez
- D. Luis Javier Cepedano Valdeón
- D. Avelino Fernández Fernández
- D. Héctor García Arias
- D. Ángel Herrero Magarzo
- D. Juan Antonio Martín Mesonero
- D. Pedro Palomo Hernangómez
- D. Antonio Primo Sáiz
- D. Manuel Soler Martínez
- D. Roberto Suárez García
- D. Jesús María Terciado Valls

GRUPO III

• Expertos designados por la Junta de Castilla y León

- D. Francisco Albarrán Losada
- D. José Luis Díez Hoces de la Guardia
- D. Juan José Esteban García
- D. Juan Carlos Gamazo Chillón
- D. José Antonio Mayoral Encabo
- D.ª Asunción Orden Recio

• Organizaciones Profesionales Agrarias

- Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores
de Castilla y León. ASAJA

- D. Donaciano Dujo Caminero
- D. José María Llorente Ayuso

- Unión de Campesinos de Castilla y León. UCCL

- D. Ignacio Arias Ubillos

- Unión de Pequeños Agricultores

de Castilla y León. UPA

- D. Julio López Alonso

• Asociaciones o Federaciones de Asociaciones de Consumidores de Ámbito Regional

- Unión de Consumidores de Castilla y León. UCE

- D. Prudencio Prieto Cardo

• Cooperativas y Sociedades Laborales

- Asociación de Empresas de Trabajo Asociado.
Sociedades Laborales de Castilla y León. AEMTA
D. Santiago Molina Jiménez

Consejeros Suplentes

GRUPO I. ORGANIZACIONES SINDICALES MÁS REPRESENTATIVAS

• Unión General de Trabajadores. UGT

- D. Modesto Chantre Pérez
- D.ª Luz Blanca Cosío Almeida
- D. Gabriel Gómez Velasco
- D. Manuel López García
- D.ª Agustina Martín Viñas
- D. Jesús María Sanz Cobos

• Comisiones Obreras de Castilla y León. CCOO

- D.ª Elsa Caballero Sancho
- D. Carlos Castedo Garvi
- D.ª Eva Espeso González
- D.ª Montserrat Herranz Sáez
- D.ª Yolanda Rodríguez Valentín
- D.ª Beatriz Sanz Parra

GRUPO II. ORGANIZACIONES EMPRESARIALES MÁS REPRESENTATIVAS

• Confederación de Organizaciones Empresariales de Castilla y León. CECALE

- D.ª Sofía Andrés Merchán
- D. Bernabé Cascón Nogales
- D. Luis de Luis Alfageme
- D. Carlos Galindo Martín
- D.ª Sonia González Romo
- D.ª Mercedes Lozano Salazar
- D.ª Sonia Martínez Fontano
- D.ª Emiliana Molero Sotillo
- D. Luis Carlos Parra García
- D. Félix Sanz Esteban
- D. José Luis de Vicente Huerta
- D. Jaime Villagrà Herrero

GRUPO III

• Expertos designados por la Junta de Castilla y León

- D. Carlos Manuel García Carbayo
- D.ª M.ª del Rosario García Pascual
- D. Modesto Martín Cebrián
- D.ª M.ª Jesús Maté García
- D. Joaquín Rubio Agenjo
- D.ª Isabel Villa Santamarta

• Organizaciones Profesionales Agrarias

- Asociación Agraria de Jóvenes Agricultores
de Castilla y León. ASAJA

- D. Lino Rodríguez Velasco
- D.ª Nuria Ruiz Corral

- Unión de Campesinos de Castilla y León. UCCL

- D. José Ignacio Falces Yoldi

- Unión de Pequeños Agricultores

de Castilla y León. UPA

- D.ª M.ª Luisa Pérez San Gerardo

• Asociaciones o Federaciones de Asociaciones de Consumidores de Ámbito Regional

- Unión de Consumidores de Castilla y León. UCE

- D.ª Dolores Vázquez Manzano

• Cooperativas y Sociedades Laborales

- Federación de Cooperativas de Trabajo
de Castilla y León. Coop
D. Alberto Boronat Martín

COMPOSICIÓN DE LAS COMISIONES DEL CES

A 9 DE FEBRERO DE 2010

COMISIÓN PERMANENTE

Presidente	D. José Luis Díez Hoces de la Guardia	EXPERTOS
Vicepresidentes	D. Agustín Prieto González D. Jesús María Terciado Valls	UGT CECALE
Consejeros	D. Juan Carlos Gamazo Chillón D. Héctor García Arias D. Ángel Hernández Lorenzo D. Julio López Alonso D. Esteban Riera González D. Roberto Suárez García	EXPERTOS CECALE CCOO UPA CCOO CECALE
Secretario General	D. José Carlos Rodríguez Fernández	

COMISIONES DE TRABAJO

1. ECONOMÍA

Presidente

D. Ángel Herrero Magarzo.
CECALE

Vicepresidente

D. Manuel Soler Martínez. CECALE

Consejeros

D. Roberto Alonso García. CECALE
D. Vicente Andrés Granado.
CCOO

D. Ignacio Arias Ubillos. UCCL

D. Donaciano Dujo Caminero.
ASAJA

D. Óscar Mario Lobo
San Juan. UGT

D. José Antonio Mayoral Encabo.
EXPERTOS

D. Régino Sánchez Gonzalo. UGT

Secretaría

(por delegación
del Secretario General)

D.ª Cristina García Palazuelos.
CES de Castilla y León

2. MERCADO LABORAL

Presidenta

D.ª Bernarda García Córcoba.
CCOO

Vicepresidente

D. Saturnino Fernández de Pedro.
CCOO

Consejeros

D. Santiago Aparicio Jiménez.
CECALE

D. Mariano Carranza Redondo.
UGT

D. Luis Javier Cepedano Valdeón.
CECALE

D. Juan José Esteban García.
EXPERTOS

D. José M.ª Llorente Ayuso. ASAJA

D. Santiago Molina Jiménez.
AEMTA

D. Antonio Primo Sáiz. CECALE

Secretaría

(por delegación
del Secretario General)

D.ª Beatriz Rosillo Niño.
CES de Castilla y León

3. CALIDAD DE VIDA Y PROTECCIÓN SOCIAL

Presidenta

D.ª Asunción Orden Recio.
EXPERTOS

Vicepresidente

D. Francisco Albarrán Losada.
EXPERTOS

Consejeros

D. Avelino Fernández Fernández.
CECALE

D.ª Patricia García de Paz. UGT

D. Juan Antonio Martín Mesonero.
CECALE

D. Pedro Palomo Hernangómez.
CECALE

D.ª Nuria Pérez Aguado. UGT

D. Prudencio Prieto Cardo. UCE

D.ª Ana María Vallejo Cimarra.
CCOO

Secretaría

(por delegación
del Secretario General)

D.ª Susana García Chamorro.
CES de Castilla y León



CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL
COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN

ÚLTIMAS PUBLICACIONES

Informes anuales

Situación Económica y Social de Castilla y León de los años 2003 al 2008

Informes a Iniciativa Propia del CES

- IIP 1/03** El Empleo de los Jóvenes en Castilla y León
- IIP 2/03** Repercusiones y Expectativas Económicas generadas por la Ampliación de la UE en los Sectores Productivos de Castilla y León
- IIP 3/03** Investigación, Desarrollo e Innovación en Castilla y León
- IIP 1/04** Las Mujeres en el Medio Rural en Castilla y León
- IIP 2/04** Crecimiento Económico e Inclusión Social en Castilla y León
- IIP 1/05** Las Empresas Participadas por Capital Extranjero en Castilla y León
- IIP 2/05** La Situación de los Nuevos Yacimientos de Empleo en Castilla y León
- IIP 1/06** La Inmigración en Castilla y León tras los procesos de regularización: aspectos poblacionales y jurídicos
- IIP 2/06** La Evolución de la Financiación Autonómica y sus repercusiones para la Comunidad de Castilla y León
- IIP 3/06** La Cobertura de la Protección por Desempleo en Castilla y León
- IIP 4/06** La Gripe Aviar y su Repercusión en Castilla y León
- IIP 1/07** Incidencia y Expectativas Económicas para los Sectores Productivos de Castilla y León generadas por "la Ampliación a 27" y "el Programa de Perspectivas Financieras 2007-2013" de la Unión Europea
- IIP 2/07** La Conciliación de la vida personal, laboral y familiar en Castilla y León
- IIP 1/08** La Relevancia de los Medios de Comunicación en Castilla y León
- IIP 2/08** El régimen impositivo al que están sometidas las empresas de Castilla y León y su relación con el de otras Comunidades Autónomas
- IIP 1/09** Perspectivas del envejecimiento activo en Castilla y León
- IIP 2/09** Expectativas del sector de la Bioenergía en Castilla y León



CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN

ÚLTIMAS PUBLICACIONES

Colección de Estudios

- N.º 6 Aspectos Comerciales de los Productos Agroalimentarios de Calidad en Castilla y León
- N.º 7 El sector de Automoción en Castilla y León. Componentes e Industria Auxiliar
- N.º 8 Aplicación del Protocolo de Kioto para Castilla y León
- N.º 9 Desarrollo Agroindustrial de Biocombustibles en Castilla y León
- N.º 10 Satisfacción de los ciudadanos con el servicio de las Administraciones Públicas
- N.º 11 El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en Castilla y León desde la perspectiva de género. Una propuesta a favor de las mujeres asalariadas
- N.º 12 Sectores y subsectores sin regulación colectiva en Castilla y León
- N.º 13 Impacto de la transposición de la "Directiva de Servicios" en Castilla y León

Memorias anuales de Actividades

Memoria de Actividades de los años 2003 al 2009

Revista de Investigación Económica y Social

Revista nº 6 Enero/diciembre 2003

Premio de Investigación 2003

- Valoración económica de bienes públicos en relación al patrimonio cultural de Castilla y León. Propuesta y aplicación empírica.

Revista nº 7 Enero/diciembre 2004

Premio de Investigación 2004

- Perfil económico y financiero de los cuidados de larga duración. Análisis de la Situación en Castilla y León.
- *Accésit*: La conciliación de la vida laboral y familiar en Castilla y León.
- *Trabajo seleccionado para publicación*: Distribución y consumo de productos ecológicos en Castilla y León: modelos de canales comerciales, localización y hábitos de consumo. Análisis y evaluación.



CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN

ÚLTIMAS PUBLICACIONES

Revista de Investigación Económica y Social

Revista nº 8 Enero/diciembre 2005

Premio de Investigación 2005

- Participación y representación de los trabajadores en materia de prevención de riesgos laborales. Especial referencia a las previsiones al respecto contenidas en los convenios colectivos de Castilla y León.
- *Accésit:* La compraventa on-line de alimentos en Castilla y León. Opiniones de empresas y consumidores.
- *Trabajo seleccionado para su publicación:* Representación de la clase política en Castilla y León. Un estudio de los procuradores (2003-2007).

Revista nº 9 Enero/diciembre 2006

Premio de Investigación 2006

- Las disparidades territoriales en Castilla y León: Estudio de la convergencia económica a nivel municipal.
- *Trabajo seleccionado:* Análisis de la "burbuja inmobiliaria" en España y su impacto sobre Castilla y León: un estudio jurídico-económico.

Revista nº 10 Enero/diciembre 2007

Premio de Investigación 2007

- "Las Universidades de Castilla y León ante el reto del Espacio Europeo de Educación Superior. Un análisis de su competitividad y eficiencia".
- *Accésit:* "Los efectos redistributivos del presupuesto municipal en un Estado descentralizado".

Revista nº 11 Enero/diciembre 2008

Premio de Investigación 2008

- "Estimación de los beneficios de los ecosistemas forestales regionales para los habitantes de la Comunidad Autónoma de Castilla y León".
- *Accésit:* "Principales Líneas programáticas y normativas diseñadas en la Comunidad Autónoma de Castilla y León para la tutela de las situaciones de monoparentalidad".

Revista nº 12 Enero/diciembre 2009

Premio de Investigación 2009

- *Desierto*
- *Accésit:* "El desarrollo del potencial empresarial de los estudiantes en las Universidades públicas de la Comunidad Autónoma de Castilla y León".



CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL
COMUNIDAD DE CASTILLA Y LEÓN

PRÓXIMAS PUBLICACIONES

Informes anuales

Situación Económica y Social de Castilla y León en 2009

Informes a Iniciativa Propia del CES

- Integración del sector metal-mecánico de Castilla y León en el ámbito de la fabricación de los sectores aeronáutico y ferroviario
- Bienestar Social y riesgo de pobreza en Castilla y León
- La atención de la dependencia en Castilla y León
- Estado actual y perspectivas de la colaboración público-privada
- Evolución de la incorporación de la mujer al mercado laboral de Castilla y León. Retos actuales y oportunidades
- Resultados del sistema educativo en Castilla y León. Especial referencia al ámbito universitario
- Perspectivas de la población de Castilla y León

Revista de Investigación Económica y Social

Nº 13 Premio de Investigación 2010
Convocado en BOCyL nº 194, de 08-10-2009

Colección de Estudios

Nº 14 Premio Colección de Estudios 2010
Convocado en BOCyL nº 41, de 02-03-2010
Tema: "Estudio de los factores que intervienen en la cadena de valor y formación de precios de los productos agroalimentarios más significativos de Castilla y León"

Memoria anual de Actividades

Memoria de Actividades 2010

ÍNDICE GENERAL

PRESENTACIÓN	15
---------------------------	----

PARTE PRIMERA. ASPECTOS GENERALES

CAPÍTULO I

La libre circulación de servicios, el proceso de elaboración de la Directiva y el problema medular del principio de origen	27
---	----

Dámaso-Javier Vicente Blanco

*Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado.
Universidad de Valladolid*

CAPÍTULO II

El ámbito de aplicación de la Directiva: los servicios afectados	85
---	----

Miguel Ángel Sendín García

Universidad Europea Miguel de Cervantes

PARTE SEGUNDA. ASPECTOS CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO III

La transposición de la Directiva de Servicios en el Estado Central y en la Comunidad Autónoma de Castilla y León (un estudio de fuentes del Derecho)	139
---	-----

Javier Matia Portilla

*Profesor de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid*

CAPÍTULO IV

Estado autonómico y transposición de la Directiva de Servicios	171
---	-----

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini

*Profesor Titular de Derecho Constitucional.
Universidad Autónoma de Madrid*

CAPÍTULO V

El impacto de la Directiva *Bolkestein* sobre la libertad de empresa 241

Antonio Cidoncha Martín
Profesor contratado doctor.
Universidad Autónoma de Madrid

PARTE TERCERA. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES Y ECONÓMICOS

CAPÍTULO VI

La transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León: valoración crítica de la estrategia de transposición y las medidas adoptadas 281

Ricardo Rivero Ortega
Catedrático (Acreditado) de Derecho Administrativo.
Universidad de Salamanca

CAPÍTULO VII

Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas 311

José Carlos Laguna de Paz
Catedrático (Acreditado) de Derecho Administrativo.
Universidad de Valladolid

CAPÍTULO VIII

La reforma de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León 329

Helena Villarejo Galende
Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho Público.
Universidad de Valladolid

CAPÍTULO IX

Repercusión de la Directiva de Servicios sobre la libertad de empresa en el contexto del marco estatutario de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 391

María Amparo Salvador Armendáriz
Profesora contratada doctora de Derecho Administrativo.
Universidad de Navarra

CAPÍTULO X

Impacto sobre la Administración Autonómica en cuanto a la simplificación de los trámites aplicables a los prestadores de servicios	425
Teresa Medina Arnáiz	
<i>Profesora de Derecho Administrativo.</i>	
<i>Universidad de Burgos</i>	

CAPÍTULO XI

Administración electrónica y Directiva de Servicios. La transposición real en Castilla y León: ¿para cuándo?	455
Zulima Sánchez Sánchez	
<i>Profesora Contratada de Derecho Administrativo.</i>	
<i>Universidad de Salamanca</i>	

CAPÍTULO XII

Ventanilla única y Administración electrónica en la transposición de la Directiva de Servicios	491
Eduardo Gamero Casado	
<i>Catedrático de Derecho Administrativo.</i>	
<i>Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla</i>	

PARTE CUARTA. ASPECTOS SECTORIALES**CAPÍTULO XIII**

Directiva de Servicios y Entidades Locales en Castilla y León	529
Valentín Merino Estrada	
<i>Secretario General del Ayuntamiento de Valladolid</i>	
Pilar Martín Ferreira.	
<i>Letrada del Ayuntamiento de Valladolid</i>	

CAPÍTULO XIV

Medio Ambiente y Directiva de Servicios en Castilla y León	597
Íñigo Sanz Rubiales	
<i>Profesor Titular de Derecho Administrativo.</i>	
<i>Universidad de Valladolid</i>	

CAPÍTULO XV

El mercado de servicios comerciales desde la perspectiva del Derecho de Defensa de la Competencia	627
<i>Carmen Herrero Suárez. Profesora Contratada-Doctora de Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid</i>	

CAPÍTULO XVI

Vertientes laboral y social de la liberalización de los servicios en la Unión Europea	653
<i>Noemí Serrano Argüello. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid</i>	

CAPÍTULO XVII

Derechos sociales y libertades económicas en los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional	713
<i>Milagros Alonso Bravo. Profesora Contratada-Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid</i>	

CAPÍTULO XVIII

El impacto de la Directiva 2006/123/CE sobre el desplazamiento transnacional de trabajadores. La reforma de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, en materia Laboral y de Seguridad Social	747
<i>Azucena Escudero Prieto. Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Valladolid</i>	

ADDENDA

La transposición de la Directiva de Servicios en Portugal	789
<i>Pedro Antonio Pimenta da Costa Goncalbes. Profesor de la Facultad de Derecho. Universidad de Coimbra</i>	

BIBLIOGRAFÍA	809
---------------------------	-----

ÍNDICE DETALLADO	855
-------------------------------	-----



Presentación

PRESENTACIÓN

El presente estudio recoge los trabajos elaborados por el grupo de investigación constituido con motivo de la convocatoria del Premio «Colección de Estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León» (edición 2009-II).

En la Memoria inicial del proyecto nos planteamos que la convocatoria de 2009 del Premio “Colección de Estudios del Consejo Económico y Social de Castilla y León” era una oportunidad para responder a la pregunta de cuál sería el impacto de la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León que se ponía de manifiesto manejando una serie de presupuestos relevantes: Primero, que el 28 de diciembre de 2009 concluía el plazo de transposición de la Directiva; Segundo, que el sector servicios es decisivo para la ansiada recuperación del empleo y la también necesaria mejora de la competitividad; Tercero, que la mayor parte de las reformas requeridas se han de plantear, tras la aprobación de las normas del Estado, en los niveles autonómico y local. Cuarto, que estas reformas deberían plantearse en términos compatibles con nuestro modelo social, con beneficios para las empresas (especialmente las PYMES) que no impliquen perjuicios a los derechos de los trabajadores. Y quinto, que han de evitarse en el proceso de transposición, pues, los riesgos para el comercio minorista y los trabajadores.

La Directiva de Servicios venía afectada por la polémica que suscitó desde su aparición como propuesta Bolkestein y su responsabilidad en el fracaso del Tratado de una Constitución para Europa. Los rechazos al texto constitucional en los *referenda* francés y holandés estuvieron condicionados por el fantasma del “fontanero polaco” y el riesgo de *dumping* social que traía la propuesta de Directiva Bolkestein. Las acusaciones de que la filosofía que la inspiraba y las técnicas que utilizaba rompían el modelo social europeo han lastrado necesariamente su imagen.

Los miembros del equipo que suscribimos este proyecto hemos sido bien conscientes de lo que está en juego en el proceso de implementación de la Directiva, pues llevamos años o meses investigando y publicando trabajos sobre la norma de referencia y sus proyecciones sobre el Ordenamiento

español. Somos un grupo de investigación interuniversitario (con representación de cuatro universidades de Castilla y León y cuatro provincias de la Comunidad), interinstitucional e interdisciplinar, con proyección transfronteriza (internacional), cohesionado en torno al común interés y la preocupación por contribuir a una aplicación de la norma europea con los mejores resultados, en un momento económico y social ciertamente difícil. Nos presentamos a esta convocatoria acreditando conocimiento, experiencia y atención previa a todo lo que la Directiva supone.

Sabíamos que el tiempo restante para la transposición de la Directiva resultaba sumamente escaso, pues aunque la tramitación parlamentaria de la llamada "Ley horizontal" (Proyecto de Ley de Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios) se hubiera activado, y también estuviera en marcha la fase previa de audiencia sobre el Anteproyecto de Ley "Ómnibus", lo cierto era que si las reformas subsiguientes en los niveles autonómico y local (en la Comunidad de Castilla y León) se producían "en cascada", esperando a la norma del Estado, apenas habría margen para cumplir las exigencias de la Directiva dentro del plazo previsto. Por ello, estábamos decididos a que nuestro trabajo facilitase la labor de modificación de las múltiples leyes, reglamentos y procedimientos administrativos afectados en nuestra Comunidad Autónoma.

Nos consideramos profesionales comprometidos con el progreso económico y social de nuestra tierra, siendo casi todos nosotros castellanos y leoneses que trabajamos en la Región y nos preocupamos por sus problemas. Pensamos que el estímulo del sector servicios, en sintonía con el modelo social europeo, español y castellano y leonés, puede favorecer la más rápida salida de la crisis económica.

Por nuestra condición de juristas y profesionales castellanos y leoneses, conocemos en detalle el Ordenamiento de la Comunidad Autónoma, que debe ser reformado en distintos sectores. Los administrativistas sabemos del cambio de modelo administrativo que la Directiva impone; los laboristas son sensibles a sus correcciones sociales; los constitucionalistas a sus repercusiones sobre el reparto de competencias y el modelo económico constitucional; las perspectivas mercantil y transfronteriza (de Derecho internacional privado) se proyectan sobre las empresas. Ofrecíamos por tanto una panorámica completa de las repercusiones institucionales y normativas de la Directiva en Castilla y León.

Aquí están los frutos. Cada uno de los trabajos recogidos en este informe puede ser objeto de una lectura individualizada, gracias a un reparto de los

temas dirigido a evitar los solapamientos y focalizar precisamente las principales cuestiones que plantea la transposición de la Directiva de Servicios. Así, se han dividido por áreas (aspectos generales, aspectos constitucionales, aspectos administrativos y económicos, aspectos sectoriales y Portugal), pero dentro de estos grandes apartados cabe perfectamente escoger el punto que más interese a quienes se aproximen a los heterogéneos contenidos, desde distintas posiciones institucionales.

La gran ventaja que presenta este formato es clara. Prácticamente todos los destinatarios relevantes de las medidas de transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León hallarán en el estudio respuesta a sus preocupaciones: los representantes de los trabajadores, el análisis del muy corregido impacto sobre el Derecho laboral; los empresarios, sus repercusiones sobre la libertad de empresa y las exigencias administrativas; los responsables públicos, las exigencias de modernización y reordenación del sistema de controles; y los consumidores, propuestas de mejora de su posición jurídica que requieren medidas ulteriores.

Difícilmente se podrá encontrar una panorámica de cuestiones y autores tan variada como la ofrecida por esta obra en ningún otro texto sobre la Directiva de Servicios y su transposición. Reunir a veinte especialistas en la materia resulta sumamente complejo, pero ha sido posible gracias a una confluencia de circunstancias en este caso, dando lugar a una masa crítica de pensamiento jurídico e institucional no fácilmente repetible. El provecho y la utilidad final de los trabajos dependerán de quienes tienen en su mano la toma de decisiones, pero al menos no podrá decirse que el CES, confiando en este equipo, no ha puesto a disposición un notable esfuerzo.

El Profesor Dámaso-Javier Vicente Blanco estudia la libre circulación de servicios, el proceso de elaboración de la Directiva y lo que llama el problema medular del principio de origen. Desde sus conocimientos de experto en Derecho internacional privado, parte de las diferencias entre la libertad de prestación de servicios y el derecho al establecimiento, para analizar a la vista del proceso de gestación de la polémica Directiva “Bolkestein” si pervive en su resultado final el polémico principio de origen, que podría dar lugar a discriminaciones inversas de los prestadores nacionales respecto de los europeos, sin olvidar el tan temido *dumping* social. Un tema no sólo teórico, sino de gran trascendencia práctica, al que se enfrentarán pronto las autoridades autonómicas y cuya intensidad dependerá del buen funcionamiento del Sistema de Información del Mercado Interior, la cooperación interadministrativa y el desarrollo al fin de la Unión administrativa europea, objetivo que no debe pasar por alto la Junta de Castilla y León.

Son muchos los problemas interpretativos que plantea la Directiva europea más importante de los últimos años, comenzando desde luego por su ámbito de aplicación. En este informe, los servicios afectados por la Directiva son analizados por el Profesor Miguel Ángel Sendín, que también recuerda las controversias suscitadas en la tramitación de la propuesta, durante la cual se retiraron sectores relevantes del enfoque horizontal. Queda claro que algunos muy sensibles y necesitados de un régimen distinto están fuera, pero en otros casos el margen para la interpretación queda abierto, más aún teniendo en cuenta el enfoque “ambicioso” adoptado por el Gobierno de España, que incluye entre las reformas de la llamada Ley Ómnibus algunas modificaciones legales no exigidas por la norma europea, produciendo algunas consecuencias sobre normas autonómicas que también han de ser reformadas.

Los aspectos constitucionales que plantea la transposición de la Directiva de Servicios reciben un tratamiento muy completo en esta obra. Se presentan, en primer lugar, las implicaciones que está llamada a tener sobre el sistema de fuentes del Derecho (Profesor Francisco Javier Matía Portilla); en segundo lugar, las repercusiones competenciales y sus proyecciones sobre el Estado Autonómico (Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo); y en tercer lugar, desde la interpretación de la Norma Fundamental, las consecuencias para la libertad de empresa (Profesor Antonio Cidoncha), que serán también objeto de un detenido tratamiento jurídico-administrativo.

Trasponer la Directiva de Servicios es mucho más complicado en España que en Francia. Más allá de la opción entre Ley y reglamento, que viene dada por el rango de las normas a reformar, nuestro sistema de fuentes del Derecho, muy basado en el principio de competencia, multiplica por miles el número de poderes normativos llamados a actuar para cumplir en este caso las exigencias del Derecho europeo. También en Castilla y León, Comunidad Autónoma con más de 2.500 municipios. Las dificultades de cumplimiento de plazos y las posibles acciones por incumplimiento, que no pueden ser del todo descartadas, convierten esta cuestión en capital a la vista del régimen de las responsabilidades previsto en la Ley Horizontal del Estado.

No cabe descartar que se reproduzcan los conflictos interadministrativos por la determinación de las responsabilidades si llegan en el futuro condenas por incumplimiento. Aunque debería intentarse evitar tal escenario, la estrategia seguida con la aprobación de esta Ley Horizontal o Paraguas (Ley 17/2009, de Libre Acceso a las actividades de servicios y su ejercicio) no ha sido quizás la más idónea para evitarlo. Máxime a la vista de los títulos competenciales esgrimidos para su dictado (149.1.1; 149.1.13; y 149.1.18), brillantemente

analizados por el Profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, desde sus profundos conocimientos del reparto de competencias económicas en la Constitución.

Tras estos análisis sobre las formas y procedimientos de la estrategia de transposición de la Directiva de Servicios, se entra de lleno en sus contenidos con el estudio sobre las repercusiones en la libertad de empresa, acometido desde la perspectiva constitucional por el Profesor Antonio Cidoncha, a quien no pasa inadvertida la mayor exigencia de justificación de las intervenciones sobre la iniciativa económica privada que resultan de la Directiva, al menos en los ámbitos afectados. El contenido esencial de la libertad de empresa merece en estas nuevas condiciones una reconsideración, hasta el punto de poder plantearse la “mutación constitucional” en el artículo 38 CE, interpretada en sentido positivo y con una perspectiva optimista, al menos en esta aportación.

La estrategia seguida en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, traducida básicamente (aunque no sólo) en el Decreto-Ley 3/2009, es analizada críticamente por el Profesor Rivero Ortega. Además de señalar todas las reformas reglamentarias y administrativas aún pendientes, coincide en la objeción planteada en las Cortes de Castilla y León por el Grupo Socialista frente a la mera convalidación de un Decreto-Ley con clara vocación de permanencia y profundas reformas. Su tramitación como Proyecto de Ley hubiera permitido, a su juicio, suplir algunas de las carencias de la norma aprobada, atenuándose su impacto claramente desregulador al limitarse a eliminar autorizaciones sin reformar los tan necesarios controles a posteriori para proteger a consumidores y usuarios.

El nuevo sistema de controles administrativos para el acceso al mercado, con la sustitución de autorizaciones por comunicaciones previas o declaraciones responsables, es el objeto del trabajo del Profesor José Carlos Laguna de Paz, reconocido experto en la materia que analiza uno por uno cada uno de los regímenes autorizatorios modificados, detectando sus carencias y puntualizando las cuestiones de naturaleza jurídica de las distintas figuras. La tarea dogmática y jurisprudencial, para despejar las dudas planteadas por estas (no tan nuevas) técnicas, es acuciante.

El comercio es seguramente el sector más relevante de todos los tocados por la transposición de la Directiva de Servicios. Para su tratamiento en este volumen, el equipo tuvo la inmensa suerte de contar con la Profesora Helena Villarejo, seguramente la académica que más y mejor ha trabajado su régimen jurídico en los últimos años. Desde su profundo conocimiento de las

implicaciones económicas y normativas para el comercio de Castilla y León, se detiene en las medidas del Decreto-Ley 3/2009 que inciden sobre la Ley autonómica, ofreciendo un análisis imprescindible para todos los interesados en sus proyecciones (más allá de la polémica suscitada por la apertura de nuevas grandes superficies comerciales).

Enlazando con el anterior trabajo desde la perspectiva constitucional, La Profesora Salvador Armendáriz estudia las repercusiones administrativas sobre la libertad de empresa de la transposición de la Directiva. Y para ello no utiliza sólo las referencias constitucionales, sino que en unas páginas dignas de particular atención se detiene en las previsiones del Estatuto de Autonomía de Castilla y León dedicadas al modelo económico, artículos que habrán de ser interpretados a partir de ahora en una línea compatible con los principios de la Directiva de Servicios, que son al fin los de la Unión Europea.

Los tres trabajos siguientes tienen en común el tratamiento de las operaciones de modernización administrativa resultantes de las exigencias de la Directiva. La necesaria simplificación de los trámites exigibles a los prestadores, analizada por la Profesora Teresa Medina a partir del Decreto de simplificación documental y las muy escasas previsiones del Decreto-Ley en esta línea. La urgente implementación de la Administración electrónica, comentada por la Profesora Zulima Sánchez por haberse destacado en las conexiones entre la Ley de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos y la Directiva de Servicios. Y la ventanilla única electrónica –ya una realidad–, una vez más tratada por el Profesor Eduardo Gamero, que lidera un grupo de investigación de referencia en estos temas.

Si los responsables de la Administración autonómica se verán seguramente reflejados en muchas de las consideraciones de los estudios anteriores, las autoridades y funcionarios locales no pueden dejar de detenerse en el concienzudo estudio presentado por Valentín Merino Estrada y Pilar Martín Ferreira, destacados funcionarios del Ayuntamiento de Valladolid que aún la experiencia práctica con una dedicación investigadora intensa centrada últimamente en la Directiva de Servicios. La aportación de estos dos profesionales avanza y facilita muchos de los trabajos de adaptación que los municipios de nuestra Comunidad Autónoma tendrán que realizar para cumplir con las exigencias de la Directiva, supliendo una notoria carencia y prestando con ello un servicio impagable a la Región.

En los aspectos puramente sectoriales, deben considerarse igualmente valiosas las contribuciones del Profesor Iñigo Sanz Rubiales y la Profesora Carmen Herrero Suárez, respectivamente dedicado a las proyecciones sobre la

normativa ambiental y la de defensa de la competencia. Dos objetivos claros de toda regulación económica que no debieran verse obviados por la transposición de la Directiva, pues responden a motivaciones muy considerables y atendibles de interés general, como son la defensa del entorno y la protección de los intereses de los consumidores y usuarios, así como el buen y leal funcionamiento de los mercados.

Los efectos de la transposición de la Directiva de Servicios sobre el Derecho laboral y los derechos de los trabajadores no han sido descuidados en este volumen, ocupándose de los mismos las Profesoras Noemí Serrano, Milagros Alonso y Azucena Escudero. Cuestiones de gran interés, como el régimen del desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios de carácter transnacional, o la reformas laborales y sociales contenidas en la llamada Ley Ómnibus, son aquí comentadas, desmontando el consabido tópico de que la Directiva no tiene ninguna incidencia en el orden social o laboral.

Por último, pero no menos importante –muy al contrario– se exponen sucintamente los avances dados en nuestro país vecino y más próximo –Portugal– en la transposición de la Directiva de Servicios. Aunque de momento es mucho lo que está por hacer al otro lado de la raya, conviene saberlo y vislumbrar el futuro porque es de esperar un trasiego de prestadores a ambos lados de la casi inexistente frontera. Máxime recordando los pretendidos impulsos dados desde la Junta de Castilla y León para invitar a los inversores portugueses a establecerse en nuestro territorio, y a los empresarios castellanos y leoneses a mirar hacia el Atlántico.

No estaría de más, pensamos, invertir algo más de tiempo en estudiar despacio las implicaciones jurídicas y económicas de esta apuesta por Portugal, aunque estamos hablando de un estudio distinto, eventualmente continuación del que ahora se presenta. Una investigación que habría de ser acometida en paridad por investigadores españoles (de Castilla y León) y portugueses. El grupo aquí conformado puede ser un embrión para ello, pero requiere del respaldo institucional preciso para dirigirse a lo concreto: El próximo y real marco de un “mercado ibérico de los servicios” que aproveche más allá de la retórica las oportunidades abiertas por la transposición de la Directiva de Servicios.

La retórica despierta la ilusión, y sin ilusión no se vive (le hemos escuchado decir alguna vez al Presidente Juan Vicente Herrera). Nosotros somos investigadores ilusionados que no sabemos si la transposición de la Directiva de Servicios creará 9.000 ó 10.000 empleos, aproximadamente los mismos que se perdieron en enero de 2010 en Castilla y León, justo el primer mes de

vigencia de las previsiones del Decreto-Ley 3/2009. No hemos dispuesto de las herramientas ni la información necesaria para calcular pronósticos tan precisos de nuevos puestos de trabajo. Ahora bien, sí creemos saber qué puede ayudar a aprovechar las oportunidades, y qué debe hacerse para conjurar los riesgos, abiertos por la Directiva de Servicios. Quien desee conocer nuestra opinión, sólo tiene que seguir las páginas de este libro.

Todos nosotros, los miembros de este equipo, nos presentábamos a esta convocatoria con vocación de trabajo y de servicio a nuestra comunidad y este es el resultado. Desde la pluralidad ideológica y de pensamiento, como no podría ser de otro modo, desde las diferencias de perspectivas, hemos llevado a cabo un trabajo de análisis con el mayor rigor posible que entregamos al Consejo Económico y Social.

Dámaso-Javier Vicente Blanco
Ricardo Rivero Ortega
Salamanca y Valladolid, enero de 2010



Parte primera

**Aspectos
generales**



Capítulo I

La libre circulación
de servicios, el proceso de
elaboración de la Directiva
y el problema medular del
principio de origen

SUMARIO

1. La libre prestación de servicios y el Derecho de establecimiento en el mercado interior. 2. La estrategia de Lisboa, la trascendencia de los servicios y la propuesta de Directiva “Bolkestein”. 3. La elaboración de la Directiva a través del procedimiento de codecisión. 4. El principio de origen en las libertades de circulación como consecuencia de los principios de reconocimiento mutuo y equivalencia y su pervivencia en la Directiva de servicios en el mercado interior. 4.1 La génesis del principio de origen (o principio de país de origen) y su derivación de los principios de reconocimiento mutuo y equivalencia. **4.2** La expansión de los principios de reconocimiento mutuo, equivalencia y origen. **4.3** El principio de origen en la propuesta de Directiva. **4.4** ¿Qué quedó del principio de origen en la Directiva 2006/123/28, relativa a los servicios en el mercado interior CE? El artículo 28 y la cooperación intergubernamental. **5. Conclusión**

LA LIBRE CIRCULACIÓN DE SERVICIOS, EL PROCESO DE ELABORACIÓN DE LA DIRECTIVA Y EL PROBLEMA MEDULAR DEL PRINCIPIO DE ORIGEN

Dámaso-Javier Vicente Blanco
*Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado
Universidad de Valladolid*

1. La libre prestación de servicios y el Derecho de establecimiento en el mercado interior

La libre circulación de servicios (LCS) constituye una de las cuatro libertades económicas de circulación básicas del Mercado interior comunitario, junto con la libre circulación de mercancías, la libre circulación de trabajadores y la libre circulación de capitales, todas ellas consideradas por el Tratado de la Comunidad Económica Europea de 1957, en su Parte Segunda, como “Fundamentos de la Comunidad”¹.

¹ Para una bibliografía sobre las libertades de circulación comunitarias, pueden verse por ejemplo, ABELLÁN HONRUBIA, V., VILÁ COSTA, B., *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. Ariel, 4ª Ed., Barcelona, 2005; ADRIÁN ARNÁIZ, A.-J., «Libre circulación de personas, servicios y capitales», en *Políticas comunitarias: bases jurídicas*, A. Calonge Velázquez (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 81-108; ANDENAS, M. Y ROTH, W.-H. (EDS), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, Oxford, 2002; BARNARD, C., *The substantive law of the EU: the four freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2ª edición, 2007; BARNARD, C. y SCOTT, J. (Eds.), *The Law of the Single European Market*, Hart Publishing, Oxford, 2002; BLUMANN, C. y DUBOIS, L., *Droit matériel de l'Union européenne*, Montchrestien, París, 5e édition, 2009; BOUTAYEB, C., *Droit matériel de l'Union européenne. Libertés de mouvement, espace de concurrence et intérêt général*, LGDJ, París, 2009; DAVIES, G., *European Union internal market law*, Routledge Cavendish, Londres, 3ª edición, 2003; DRUESNE, G., *Droit matériel et politiques de la Communauté et de l'Union européenne*, PUF, París 1997; DUTHEIL DE LA ROCHERE J., *Droit matériel de l'Union européenne*, Hachette, París, 2006; FALLON, M., *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant-Academia, Bruselas, 2ª edición, 2003; FAVRET, J.-M., *Droit communautaire du marché intérieur*, Gualino Editeur, París, 2001; ILLESCAS, R. y MOREIRO GONZÁLEZ, J.C. (Coords.), *Derecho Comunitario económico. Vol. I: Las libertades fundamentales*, Colex, Madrid,

Se trata del derecho o libertad que tiene todo nacional de un Estado miembro de la Unión Europea (ciudadano de la Unión) a ejercer una actividad económica por cuenta propia en cualquier otro Estado miembro, para lo cual se le confiere, en su caso, el derecho a desplazarse, establecerse y residir en el mismo. Como libertad de circulación comunitaria, la LCS tiene doble dimensión, puesto que posee dos modalidades para su ejercicio, como son la libre prestación de servicios y el Derecho de establecimiento; modalidades que se excluyen mutuamente y que poseen regímenes jurídicos parcialmente diferenciados. La distinción entre ambas modalidades de ejercicio de la LCS depende, primero, de la existencia o no de desplazamiento del prestador de servicios y, segundo, del carácter permanente u ocasional del ejercicio de la actividad.

El Derecho de Establecimiento se regula actualmente en los artículos 49 a 55 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Tratado FUE)², de acuerdo con la articulación derivada del Tratado de Lisboa, firmado el 13 de diciembre de 2007, y en vigor desde el 1 de diciembre de 2009. El Derecho de Establecimiento consiste, con carácter general, en el derecho a desplazarse y residir en otro Estado miembro con objeto de realizar en él con carácter permanente una actividad económica no asalariada, abriendo en él una sede o establecimiento desde donde ofertar los servicios y organizar la actividad³.

2001; LIGNEUL, N. y TAMBOU, O., *Droit européen du marché*, Ellipses, París, 2006 ; MANGAS MARTÍN, A., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2002 ; MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J. y LÓPEZ ESCUDERO M. (coords.), *Derecho comunitario material*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid, 2000; MATTERA RIGLIANO A. *El Mercado Único, sus reglas y su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991; MAUBERNARD, C., *Droit matériel de l'Union européenne*, Ellipses, París, 2007; MOLINIER, J. y DE GROVE-VALDEYRON, N., *Droit du marché intérieur européen*, LGDJ, París, 2008; PÉREZ DE LAS HERAS, B., *El mercado interior europeo: las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*, Universidad de Deusto, Bilbao, 2ª edición, 2004; PERTEK, J., *Droit matériel de l'Union européenne*, PUF, París, 2005; SÁNCHEZ, V.M. y JULIÀ BARCELÓ, M., *Lecciones de derecho de la Unión Europea*, Bosch, Barcelona, 2008; SNELL, J., *Goods and services in EC law: a study of the relationship between the freedoms*, Oxford University Press, Oxford, 2002; WOODS, L., *Free movement of goods and services within the European Community*, Ashgate Publishing, Surrey, 2004.

² Antiguos artículos 52 a 58 y 221 del Tratado CEE y 43 a 48 y 294 del Tratado CE en su redacción en el Tratado de Unión Europea de Ámsterdam, mantenida en el TUE de Niza.

³ Pueden verse, entre otras, las sentencias del TJCE de 21 de junio de 1974, *Reyners*, 2/74, Rec. p. 631, párrafos 21, 46 y 47; de 12 de julio de 1984, *Klopp*, 107/83, Rec. p. 2971, párrafo 19; y de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, C-55/94, Rec. p. I-04165, párrafos 19-39.

La libre prestación de servicios, por su parte, se recoge en los artículos 56 a 62 del mismo Tratado FUE⁴. Consiste en el derecho a realizar una actividad económica no asalariada en otro Estado miembro, sea de forma ocasional o temporal, desplazándose a su territorio para llevarla a cabo⁵, sea de cualquier forma, ocasional o permanente, pero sin desplazamiento al territorio del otro Estado⁶. Las normas relativas a la libre prestación de servicios son subsidiarias a las normas referidas al Derecho de establecimiento⁷.

Mientras que el Derecho de establecimiento hace hincapié en el desplazamiento de las personas, físicas o jurídicas, de un Estado miembro al otro para realizar la actividad económica no asalariada, en la libre prestación de servicios se hace hincapié en el desplazamiento del servicio.

Los beneficiarios de la LCS son tanto las personas físicas como las personas jurídicas, es decir, afecta tanto a las empresas, a los trabajadores por cuenta propia, y a las profesiones liberales. No obstante, la regulación de los Tratados fundacionales ha recogido desde el Tratado CEE de Roma de 1957 normas especiales para los sectores de transportes⁸, bancario y de seguros⁹.

Tanto en el Derecho de establecimiento como en la libre prestación de servicios, el punto de partida ha estado en el beneficio de la regla de "tratamiento nacional", esto es, en la exigencia de que las condiciones que se apliquen a los prestadores de servicios de otros Estados miembros que vayan a establecerse o a realizar la actividad en un Estado miembro de acogida no deban ser

⁴ Antiguos artículos 59 a 66 del Tratado CEE y 49 a 55 del Tratado CE en su redacción en el Tratado de Unión Europea de Ámsterdam, mantenida en el TUE de Niza.

⁵ Al respecto fue fundamental la sentencia del TJCE de 3 de diciembre de 1974, *Van Binsbergen*, 33/74. Rec. p. 1299, que determinó el efecto directo de las disposiciones del Tratado CEE sobre libre prestación de servicios, los artículos 59 y 60, y las legislaciones nacionales no podían imponer la obligación de residir en el territorio del Estado para que un nacional de otro Estado miembro prestase servicios en él.

⁶ Véase la sentencia del TJCE de 10 de mayo de 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, Rec. 1995, p. I-1141.

⁷ Véase la sentencia del TJCE de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, C-55/94, Rec. p. I-04165, parágrafo 22.

⁸ Artículo 80-100 del Tratado FUE, antiguos artículo 74-84 del Tratado CEE y 70-90 del Tratado CE en su redacción en el Tratado de Unión Europea de Ámsterdam, mantenida en el TUE de Niza.

⁹ En el caso de los sectores bancario y de seguros, el artículo 61 del Tratado CEE (actual 58 del Tratado FUE y antiguo artículo 51 el Tratado de Unión Europea de Ámsterdam, mantenida en el TUE de Niza) recogía la previsión de una regulación vinculada con la libre circulación de capitales.

diferentes a las que ese Estado imponga a sus nacionales o a las empresas locales.

Pese al carácter fundamental de la LCS, el papel protagonista en las primeras fases de la construcción del Mercado común europeo correspondía a la libre circulación de mercancías con el objetivo de realización de la Unión Aduanera, prevista en el actual artículo 28 del Tratado FUE¹⁰; de forma que la libre prestación de servicios y el derecho de establecimiento quedaron en su realización en un papel parcialmente secundario, con un desarrollo jurisprudencial de las normas básicas del Tratado fundacional y un desarrollo legislativo que podemos calificar de incipiente¹¹.

El *Libro Blanco sobre la realización del Mercado Interior*, de 1985, planteó la necesidad de una estrategia decidida para la conclusión del objetivo del Mercado común único eliminando los obstáculos y barreras que aún permanecían a las libertades de circulación¹². El texto comenzaba diciendo en su párrafo primero:

«Conseguir la unidad de ese gran mercado (de 320 millones de consumidores) supone que los Estados miembros de la Comunidad lleguen a un acuerdo en lo que se refiere a la abolición de las barreras de cualquier naturaleza, la armonización de las normas, la aproximación de las legislaciones y las estructuras fiscales, el reforzamiento de la cooperación monetaria y las medidas conexas necesarias para lograr la cooperación de las empresas europeas. Este proyecto está a nuestro alcance siempre que saquemos provecho de las enseñanzas del pasado y, en particular, de los fracasos y retrasos producidos. Por ello, la Comisión solicitará del Consejo Europeo que éste haga suyo el objetivo de la unificación total del mercado interior a más tardar en 1992 y que, a tal fin, apruebe un programa acompañado de un calendario realista y vinculante».

El *Libro Blanco* sirvió para poner en evidencia las carencias de la construcción Mercado europeo, y entre ellas las de la LCS y la necesidad de eliminar

¹⁰ Antiguo artículo 9 del Tratado CEE y 23 del Tratado CE en su redacción en el Tratado de Unión Europea de Ámsterdam, mantenida en el TUE de Niza.

¹¹ Ver, por ejemplo, POU SERRADELL, V., «La Comisión y las nuevas políticas para el sector servicios», *Información Comercial Española*, Julio-Agosto 2006. núm. 83, pp. 219-237.

¹² *Completing the Internal Market: White paper from the Comisión to the European Council/Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur* (Milan, 28-29 June 1985), documento COM (85) 310 final. Sus versiones en alemán, francés, inglés y neerlandés pueden consultarse en: http://europa.eu/documentation/official-docs/white-papers/index_es.htm#before.

obstáculos para su consecución. En particular, señalaba la menor importancia que se había dado al mercado de servicios frente al de mercancías y la lentitud de los avances que se habían desarrollado, cuando “en una economía, el comercio de servicios es tan importante como el de mercancías”, decía, y cuando el crecimiento económico y de creación de empleo en los tiempos que se estaban creando dependía en mucha medida del sector servicios¹³. Se detectó que tanto la libre prestación de servicios como el Derecho de establecimiento únicamente se habían conseguido a través de la regla de no discriminación por razón de nacionalidad (salvo en el caso de las regulaciones *ad hoc* de algunas profesiones, como las del sector de la salud), pero que seguían existiendo obstáculos fijados por las normas nacionales, a los que los operadores económicos debían someterse si querían ejercer la actividad en otro Estado y que contenían divergencias sustanciales de un país a otro¹⁴.

En la práctica, la liberalización de intercambios de servicios, pero también en el caso de las mercancías, se hallaba restringida por una multiplicidad de medidas estatales que obstaculizaban la libre circulación, tales como derechos exclusivos de prestación, o de producción y ayudas estatales. Estos obstáculos podían resumirse en el mantenimiento de tres tipos de fronteras: las fronteras físicas, las fronteras técnicas y las fronteras fiscales, que debían ser objeto de eliminación¹⁵. Todo ello suponía, decía la Comisión, un alto coste económico por el bloqueo en la realización del Mercado común. El Libro Blanco de 1985 planteaba que este estancamiento podía atribuirse, en buena medida, al uso del método de armonización legislativa con especificaciones técnicas detalladas, cuando la pervivencia del método de la unanimidad en la mayor parte de los casos hacía muy difícil alcanzar un acuerdo legislativo¹⁶.

El *Libro Blanco* apostaba como elemento central de la política de la Comisión por el abandono del concepto de la armonización en favor del concepto

¹³ Parágrafo 95.

¹⁴ Parágrafos 91 a 94.

¹⁵ Fronteras físicas: controles fronterizos sobre personas y mercancías. Fronteras técnicas: normas y medidas estatales de diverso tipo. Y fronteras fiscales: tasas de diferente carácter, que implican trámites fronterizos lentos y costosos.

¹⁶ Parágrafos 67 y 68.

de reconocimiento mutuo y de equivalencia¹⁷; y planteaba en su programa objetivos en materia de servicios de banca seguros y transportes, así como los financieros¹⁸, los vinculados con las nuevas tecnologías¹⁹, y en relación con el reconocimiento de títulos y de cualificaciones profesionales, que constituía un elemento central de las previsiones legislativas en materia de servicios²⁰. Como examinaremos con más detalle más adelante, cabe tomar en consideración el protagonismo indiscutible en el Libro Blanco de 1985 del principio de reconocimiento mutuo (de legislaciones entre el Estados miembros)²¹.

El Acta Única Europea, de 1986, cuyos contenidos surgen de los análisis fijados en el Libro Blanco sobre la realización del Mercado Interior, recogía un concepto de Mercado interior que perseguía acoger en su formulación la idea fundamental de supresión de las fronteras físicas, técnicas y fiscales. El nuevo artículo 8A del Tratado CEE afirmaba que “El Mercado interior impli-

¹⁷ Parágrafo 13. En el parágrafo 77, el Libro Blanco proclamaba y afirmaba el principio de reconocimiento mutuo como principio fundamental en materia de mercancías.

¹⁸ Parágrafos 100 a 112.

¹⁹ Parágrafos 113 a 123.

²⁰ Parágrafo 93.

²¹ Sobre la noción del principio de reconocimiento mutuo, pueden verse, ADRIÁN ARNÁIZ, A.J., «La Constitución económica española y el Derecho internacional privado comunitario: el principio de origen», *La Constitución española y el ordenamiento comunitario europeo (XVI Jornadas de Estudio del Servicio Jurídico del Estado 13- 16 dic. 1993)*, vol. I, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 41-100; GARDEÑES SANTIAGO, M., *La aplicación de la regla del reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, Madrid, 1999; GUTIÉRREZ FONS, J.A., «Las cláusulas de reconocimiento mutuo: la perspectiva comunitaria del Derecho nacional», *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 10, 2005; GUZMÁN ZAPATER, M., «El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el Derecho Internacional Privado comunitario? (A propósito de la Comunicación de la Comisión: Libre prestación de servicios e interés general en la segunda Directiva bancaria)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1138-4026, 1998, vol. 2, núm. 3, pp. 137-170; LÓPEZ ESCUDERO, M., «La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario», *Gaceta Jurídica de la CEE*, Serie D-19, 1993, pp. 119-165; MATTERA,, A., *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 309 y ss.; PIONTEK E., «European Integration and International Law of Economic interdependence», *RCADI*, 1992-V, vol. 236, pp. 9-126; y VIGNES D., «Remarques sur la double nature de la reconnaissance mutuelle», *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Manuel Pérez González (coord.), 1993, Madrid, pp. 1293-1296; y nuestro trabajo «Los métodos normativos del Derecho Internacional Privado en la libre circulación de trabajadores», en *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*,. Luis Antonio Velasco San Pedro, (coord.), Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 259-288.

cará un espacio sin fronteras interiores en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada” y se fijaba una fecha concreta, el 31 de diciembre de 1992, como plazo concreto de realización. Ratificando estas posiciones, en 1988, el llamado “informe Cecchini de 1992”, con el horizonte de la realización del Mercado interior en la fecha indicada, volvía a incidir en que el gran potencial de crecimiento del sector de servicios se había visto frenado artificialmente por reglamentaciones y prácticas que impedían de manera significativa la libre circulación de los servicios y el juego de la competencia entre las empresas de servicios²².

De todo el análisis surgió una aproximación legislativa y jurisprudencial liberalizadora, donde destacan las normas que han construido el sistema comunitario de equivalencia de cualificaciones profesionales²³. De igual modo, en paralelo, a partir de las premisas establecidas por el Libro Blanco sobre el Mercado interior se desarrolló una extensa y relevante jurisprudencia del TJCE, en aplicación extensiva de la doctrina del caso *Cassis de Dijon*²⁴, cuyo objeto era en materia de libre circulación de mercancías, extendida con posterioridad a la libre prestación de servicios y el Derecho de establecimiento, que examinamos más adelante²⁵. No obstante, los obstáculos a la LCS, en sus dos modalidades, siguieron siendo notables.

²² Ver CECCHINI, P., *The European Challenge, 1992: The Benefits of a Single Market*, Wildwood House, para la Comisión Europea, 1988.

²³ Ver *infra*, en el punto 4.1, relativo a la expansión de los principios de reconocimiento mutuo, equivalencia y origen, lo que se refiere al sistema de reconocimiento de títulos y de cualificaciones profesionales.

²⁴ La doctrina surgida de la sentencia del TJCE de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral*, 120/78, Rec. 1979, p. 649.

²⁵ Ver *infra*, en esta misma parte del trabajo, el apartado 4.1 relativo a “La génesis del principio de origen (o principio de país de origen) y su derivación de los principios de reconocimiento mutuo y equivalencia”.

2. La estrategia de Lisboa, la trascendencia de los servicios y la propuesta de Directiva “Bolkestein”

Fue en el Consejo Europeo de Lisboa de 23 y 24 de marzo de 2000 en el que la Comunidad convirtió al mercado de servicios en una verdadera prioridad, al comprometerse los jefes de Estado y de Gobierno de los Estados miembros en el objetivo estratégico, con el horizonte del año 2010, de transformar a la Unión Europea en “*la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo*”. Conseguir ese objetivo precisaba de una estrategia global, de la que uno de los instrumentos fundamentales era la realización del mercado de servicios. De este modo, el Consejo Europeo de Lisboa invitó a la Comisión a que propusiera una estrategia general del Mercado interior para la supresión de obstáculos a los servicios. Se decía que el crecimiento económico reposaba en el sector de servicios, cuya representación en el PIB de los Estados era muy elevada²⁶, y que sin embargo en la Unión Europea éste se encontraba subdesarrollado (*sic*), en particular en los ámbitos de las telecomunicaciones e Internet. Su potencial estaba insuficientemente explotado, pues persistían múltiples obstáculos al comercio de servicios. Hay que considerar que el alcance de esta realización resultaba y resulta muy vasto y que alcanza áreas sensibles, como la sanidad, el correo postal, los juegos de azar, o el sector de la cultura, con los audiovisuales y sectores no necesariamente industriales, como los espectáculos.

Con cierta celeridad, sin finalizar el año 2000, como le requería el mandato del Consejo Europeo en sus conclusiones de la mencionada Cumbre de Lisboa de marzo de 2000, la Comisión evacuó su Comunicación al Consejo y al Parlamento Europeo de 29 de diciembre de 2000, “*Una estrategia para el mercado interior de servicios*”²⁷. En esa comunicación, comenzaba por afirmarse que la llamada “sociedad de la información” había creado una dinámica nueva en el sector de los servicios, “al reducir los costes de transmitir y

²⁶ Entre el 60 y el 70% del PIB, según las estimaciones más precisas. Ver CUADRADO ROURA, J. R., «Expansión y dinamismo del sector servicios», *Información Comercial Española*, diciembre 2003, núm. 811, pp. 273-296. Y en cuanto al empleo que genera, según los datos existentes en la base de datos *Labour Force Survey* de la OCDE, el sector servicios ocuparía en España y en la media de la Unión Europea hacia un 67% de la mano de obra y más del 70% en países como Francia, Países Bajos o Reino Unido.

²⁷ Ver *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Una estrategia para el mercado interior de servicios*, documento COM (2000) 888 final.

adquirir información y acelerar la velocidad de difusión de la innovación a través de las fronteras nacionales”. Ello había incrementado considerablemente el potencial de la oferta y la demanda transfronterizas de servicios en el Mercado interior europeo, de forma que mejorar el funcionamiento de la LCS conllevaría liberar el dinamismo del Mercado interior con la previsión de incrementar “la competitividad, el crecimiento y la creación de empleo en nuestra economía”²⁸.

Y en la propuesta programática, la Comisión planteaba una estrategia en dos etapas. La primera consistía en identificar los obstáculos a la LCS, la segunda en elaborar soluciones adecuadas, en especial un instrumento horizontal de carácter transversal, es decir, una Directiva marco de carácter general y multisectorial, con vocación de establecer el régimen liberalizador de todos los servicios.

Más allá de las enfáticas argumentaciones referidas a la bondad de la liberalización del sector, tan usuales en la documentación comunitaria, hay que considerar que la concepción de la Directiva no es neutra, sino que condiciona las técnicas a utilizar y que tales técnicas revelan la verdadera intencionalidad. Debe tomarse en consideración que la elaboración Directiva se integró en el contexto de la planificación europea para la liberalización internacional de los servicios en el marco del Acuerdo General de Comercio de Servicios (GATS) de la Organización Mundial del Comercio (OMC), preparando así el terreno y a sus operadores económicos para una liberalización a escala mundial en el marco de la Ronda Doha, con una hipotética extensión de las disciplinas en materia de servicios y una ampliación de los compromisos de liberalización. En particular, hay que resaltar que la concepción de la Directiva está pensando ya en la liberalización del acceso de los operadores de servicios prevista en el GATS, esto es, en la liberalización del acceso de las inversiones relativas a servicios, al modificar el sistema de autorizaciones de los Estados²⁹. Tal perspectiva estaba expresamente inserta en la mencionada

²⁸ Véase también MORILLAS GÓMEZ, J., «Una estrategia para el mercado interior de servicios», *Boletín Económico de ICE*, núm. 2684, del 5 al 18 de marzo de 2001, pp. 11-15.

²⁹ Ver ZAPATERO MIGUEL, P., «El bucle de la liberalización: Bolkestein en contexto», *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior* (Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, dir.), Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 13-40.

Comunicación de la Comisión, en su epígrafe referido a “El papel del comercio internacional de servicios para la Comunidad”, donde afirmaba que la Comunidad era el mayor exportador de servicios del mundo y el más importante inversor en el sector servicios, de forma que desde la perspectiva de su inserción en el mercado mundial le beneficiaba la liberalización.

En términos generales, el planteamiento fue asumido tanto por los Estados miembros, como por el Parlamento Europeo, por el Comité Económico y Social y por el Comité de las Regiones, en sus informes correspondientes de respuesta³⁰. No obstante, en el primer borrador de informe del Parlamento Europeo ya se puso en evidencia que la aproximación de la Comisión ponía el acento en la técnica del “reconocimiento mutuo” y no en la armonización, pues decía expresamente en el párrafo 14 del borrador que el Parlamento Europeo “Lamenta que la Comisión dé prioridad al principio del reconocimiento mutuo respecto de la armonización”³¹. Esa afirmación fue sustituida en la redacción final por una afirmación menos contundente, pero no menos clara: “Lamenta que la Comisión no aborde los riesgos derivados de la aplicación del principio del reconocimiento mutuo”³².

La primera fase se cerró con el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el estado del mercado interior de servicios, de 30 de julio de 2002 [COM(2002) 441 final]³³. En él se identificaban las fronteras jurídicas y dificultades que afectaban negativamente a las actividades de servicios, pero no los medios para superarlas. Se afirmaba que las fronteras del Mercado interior perjudicaban mucho más a la LCS que a la de mercancías,

³⁰ Puede verse toda la documentación del proceso de tramitación de la Comunicación en la página web PRELEX, de la Comisión Europea, de seguimiento de los procedimientos interinstitucionales, en http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=161050.

³¹ *Proyecto de informe sobre la Comunicación de la Comisión relativa a una estrategia para el mercado interior de servicios*, PRELIMINAR, COM(2000) 888 – C5-0103/01 – 2001/2052(COS), 27 de junio de 2001, en <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/juri/20010917/444139ES.pdf>.

³² *Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión relativa a una estrategia para el mercado interior de servicios*, A5-0310/2001, (COM(2000) 888 -C5-0103/2001-2001/2052(COS)), DO C- 87E, de 11 de abril de 2002, pp. 239-241.

³³ *Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el estado del mercado interior de servicios Informe presentado en el marco de la primera fase de la estrategia para el mercado interior de servicios*, COM(2002) 441 final, 30.07.2002. Puede verse la documentación del proceso de tramitación de la Comunicación en la página web PRELEX, de la Comisión Europea, de seguimiento de los procedimientos interinstitucionales, en http://ec.europa.eu/prelex/detail_dossier_real.cfm?CL=es&DosId=175461.

ya que el suministro de los servicios presenta un “carácter complejo, inmaterial y al hecho de que descansa en los conocimientos técnicos y en las cualificaciones del prestador”. Se subrayaban la multiplicidad de obstáculos existentes, como la falta de transparencia de los procedimientos nacionales, la ausencia de información, las dificultades jurídicas, técnicas, lingüísticas, culturales, etc. El informe subrayaba que las fronteras jurídicas tienen características comunes, lo que respaldaba la idea de que la Comisión estaba facultada para adoptar en la materia una aproximación horizontal, más que sectorial, una Directiva marco de carácter general y multisectorial. La respuesta de los órganos institucionales fue favorable a la adopción de la medida. El Consejo animaba a la Comisión a acelerar los trabajos y el Parlamento Europeo, reafirmando los principios de reconocimiento mutuo y de origen, como base esencial del mercado de servicios, resaltaba, lo que es preciso tomar en consideración, la necesidad de incidir en la armonización de las normas nacionales frente a la primacía que se adivinaba del principio de reconocimiento mutuo, señalando en su párrafo 39, que consideraba que “si bien los principios de país de origen y de reconocimiento mutuo son fundamentales para la realización del mercado interior de bienes y servicios, los objetivos de interés público, en particular la protección de los consumidores, deberían salvaguardarse, cuando proceda, mediante la armonización de las normas nacionales”³⁴.

En una nueva comunicación, titulada *Estrategia para el mercado interior. Prioridades del período de 2003–2006*, la Comisión informó que propondría una Directiva antes de finales de 2003, que “establecerá un marco legal claro y equilibrado encaminado a facilitar las condiciones de establecimiento y de prestación de servicios transfronterizos. Será una combinación de disposiciones sobre el reconocimiento mutuo, la cooperación administrativa y la armonización, en los casos estrictamente necesarios, y fomentará la aprobación de códigos de conducta y de normas profesionales de índole europea”³⁵. La propuesta de Directiva fue adoptada por la Comisión en su Comunicación de 13

³⁴ Es el llamado “Informe Harbour”, el Informe sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Revisión 2002 de la Estrategia para el mercado interior - Cumplir las promesas, de 29 de enero de 2003, A5 0026/2003 (DO C-234 de 30.9.2003).

³⁵ *Estrategia para el mercado interior. Prioridades del período de 2003-2006*, de 7 de mayo de 2003, COM(2003) 238 final.

de enero de 2004, bajo la rúbrica de *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior*³⁶. Pronto recibiría la denominación de “Directiva Bolkestein”, por la autoría del Comisario de la Dirección General del Mercado interior, el holandés Frederik (Frits) Bolkestein. En las conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 25 y 26 de marzo de 2003 se establece, en su parágrafo 19, que “El proyecto de Directiva sobre los servicios debe tratarse de un modo prioritario conforme al calendario previsto”.

3. La elaboración de la Directiva a través del procedimiento de codecisión

Cuando el proyecto de Directiva se difundió, comenzaron a aparecer posiciones encontradas, inicialmente a partir del movimiento sindical. Los sindicatos belgas iniciaron medidas de oposición a la propuesta de Directiva. En particular, un sindicato de tendencia socialista, la Fédération Générale du Travail de Belgique (FGTB), en alianza con el movimiento antiglobalización³⁷. La movilización contra la Directiva fue creciendo paulatinamente y dio lugar a manifestaciones diversas contra la propuesta Bolkestein, denominación que se popularizaría³⁸. El 14 de febrero de 2006, mientras se debatía

³⁵ *Estrategia para el mercado interior. Prioridades del período de 2003-2006*, de 7 de mayo de 2003, COM(2003) 238 final.

³⁶ COM(2004) 2 final.

³⁷ Ver ENTRENA RUIZ, D., «La génesis de la directiva sobre liberalización de servicios», *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior* (Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, dir.), Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 41-81; PINGEL, I., «Le cheminement de la directive relative aux services dans le marché intérieur», *Europe : actualité du droit communautaire*, 2007, núm. 6, p. 7; RIVERO ORTEGA, R., «Antecedentes, principios generales y repercusiones administrativas de la Directiva de Servicios: problemas de su transposición en España», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, julio-agosto 2009, pp. 8-21; y VILLAREJO GALENDE, H., «La directiva de servicios en el mercado interior: una perspectiva general», en *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España* (Ricardo Rivero Ortega, dir.), Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 21-58.

³⁸ Puede verse JENNAR, R. M., *La proposition de directive Bolkestein*, Courier hebdomadaire, núm. 1890-1891, Centre de recherche et d'information socio-politiques.(CRISP), Bruselas, 2005.

la directiva en el Parlamento Europeo, entre 30.000 y 50.000 manifestantes expresaban su rechazo a su aplicación al ámbito laboral y a los servicios de interés general en las calles de Estrasburgo, y en esa semana miles de manifestantes recorrieron diversas ciudades europeas³⁹. Las críticas se centraban, entre otros, en el uso del principio de origen y en sus efectos sobre los trabajadores, con el riesgo de una igualación a la baja de las condiciones laborales, así como en el ámbito de aplicación de la propuesta, en su alcance, susceptible de afectar a servicios de interés general⁴⁰. El debate sobre la Directiva protagonizó la campaña del referéndum francés sobre el Tratado Constitucional que tendría lugar el 29 de mayo de 2005, con la imagen del “fontanero polaco” que ponía en riesgo el mercado laboral nacional y sus conquistas salariales y sociales⁴¹. Con este argumentario, la Directiva Bolkestein y su concepción inicial extrema contribuyeron a la victoria del “no” en el citado referéndum⁴².

La base normativa de la Directiva se encontraba en el artículo 47.2 del Tratado CE. El procedimiento de codecisión, del artículo 251 CE, se desarrolló en el contexto expresado, no precisamente favorable, sino claramente hostil. En todo caso, hay que tomar en consideración que, como hemos señalado, el Parlamento Europeo ya en su borrador de Informe relativo a la primera Comunicación de la Comisión, de 29 de diciembre de 2000, afirmaba que lamentaba que la Comisión diera prioridad al principio del reconocimiento mutuo sobre la técnica de armonización y en su informe definitivo, afirmaba lamentar que la Comisión no abordase los riesgos derivados de la

³⁹ Ver «Mobilisation en Europe contre la directive Bolkestein», *Le Monde*, 11 de febrero de 2006; «Directive Bolkestein: compromis au Parlement européen, mobilisation dans la rue», *Le Monde*, 14 de febrero de 2006; «La posible liberalización de servicios en la UE saca a la calle a miles de trabajadores», en *Abc*, 15 de febrero de 2006; «Cientos de delegados sindicales salen a la calle contra la directiva Bolkestein», en *El País*, edición de la Comunidad Valenciana, 15 de febrero de 2006; «A Strasbourg, les syndicats européens dans la rue», *Le Monde*, 16 de febrero de 2006.

⁴⁰ Ver European Trade Unions Confederations, «The proposal for a Directive on services in the internal market», *ETUC position paper*, en <http://www.etuc.org/a/305>.

⁴¹ La imagen venía de las declaraciones hechas a la prensa por el comisario europeo Frits Bolkestein, sobre la dificultad de encontrar un fontanero en Francia y se utilizaron como imagen plástica de la prioridad que podría dar la Directiva a los trabajadores y empresas de los países de bajos salarios, como los Países de la Europa Central y Oriental, frente a los trabajadores y empresas franceses. Ver «Le beau métier de plombier», *Le Monde*, 11 de mayo de 2005. Ver también MEDINA, M. y BARÓN, E., “La ‘directiva Bolkestein’ y la libre prestación de servicios en la UE”, *El País*, 4.04.2005.

⁴² Ver «La crainte pour l’emploi est la raison principale du rejet de la Constitution par les Français», *Le Monde*, 31 de mayo de 2005.

aplicación del principio del reconocimiento mutuo⁴³. Ello muestra que las posturas reticentes a la aproximación por vía del principio de reconocimiento mutuo y del principio de origen, en su formulación más liberal, ya se hicieron oír en ese momento en el Parlamento Europeo, pero fueron atemperadas.

La propuesta de la Comisión, siguiendo el procedimiento del artículo 251 CE, fue transmitida simultáneamente al Consejo y al Parlamento Europeo el 6 de febrero de 2004, iniciando la fase de primera lectura. Las discusiones no se iniciaron hasta finales de 2004⁴⁴. El Consejo de Estado francés, en un informe consultivo emitido el 18 de noviembre de 2004, como consecuencia de la solicitud de opinión del Primer Ministro sobre "*la incidencia en el orden jurídico interno de ciertas disposiciones de la propuesta de Directiva europea relativa a los servicios en el mercado interior*", afirmaba que la aplicación generalizada del país de origen, sin armonización paralela de las legislaciones nacionales significa un cambio profundo de método en el Derecho comunitario y que "la aplicación del principio del país de origen del prestario del servicio debería ser modificada en su enfoque: convendría fijar una lista positiva de casos en los que ese principio podría ser aplicado en condiciones satisfactorias, en lugar de establecer el principio de la ley del país de origen fijando una lista de de exclusiones heterogénea y sin duda incompleta"⁴⁵.

Por su parte, el Comité de las Regiones emitió su Dictamen el 30 de septiembre de 2004, con un contenido abiertamente crítico con la propuesta⁴⁶. Después de afirmar que apoyaba su objetivo⁴⁷, y que consideraba adecuado que

⁴³ Ver *supra*.

⁴⁴ Ver PINGEL, I., «Le cheminement de la directive relative aux services dans le marché intérieur», *Europe : actualité du droit communautaire*, 2007, núm. 6, p. 8.

⁴⁵ Conseil d'État, «Assemblée générale, Avis no 371.000, 18 novembre 2004», Avis du Conseil d'État en 2004, *Rapport public du Conseil d'État 2005*, 2005, pp. 175-183.

⁴⁶ Dictamen del Comité de las Regiones sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior», DO núm. C 43, de 18/02/2005.

⁴⁷ «el objetivo de crear un marco jurídico mediante el cual puedan suprimirse los obstáculos y los impedimentos que todavía persisten para el libre establecimiento de prestadores de servicios y para la libre prestación de servicios entre los Estados miembros», *Ídem*, parágrafo 1.4.

la Directiva adoptase básicamente el principio del país de origen⁴⁸, en las valoraciones y recomendaciones puso en cuestión la aproximación a través del principio de origen, al recalcar diversos inconvenientes y deficiencias de la propuesta: la falta de precisión sobre el contenido y el ámbito de aplicación dado al principio de origen en la propuesta⁴⁹, el riesgo de uso fraudulento del principio de origen⁵⁰, el riesgo de solapamientos normativos⁵¹, pedía la exclusión expresa de esta posibilidad⁵², proponía la exclusión de las materias como trabajadores desplazados⁵³ y, en principio, los servicios de interés general⁵⁴, consideraba que no se había tomado en consideración los efectos de la Directiva sobre los entes regionales⁵⁵ y expresaba su temor a

⁴⁸ *Ídem*, parágrafo 1.5.

⁴⁹ «Llama la atención (...) sobre la falta de claridad de la propuesta de Directiva en lo referente al contenido y al ámbito de aplicación del principio del país de origen. La adopción de este principio sería especialmente problemática por lo que respecta a los servicios sociales y sanitarios. El control de este tipo de servicios debería llevarse a cabo en todos los casos de conformidad con la legislación del Estado miembro destinatario y por iniciativa de las autoridades de dicho Estado», *Ídem*, parágrafo 1.7.

⁵⁰ «Señala que el principio del país de origen puede ir en detrimento de empresarios y consumidores honrados, porque hace posible soslayar normas nacionales exigentes en materia de cualificación profesional o calidad de la prestación de servicios. Conviene, por tanto, impedir la utilización del principio del país de origen con el mero fin de eludir normas nacionales que han de respetarse para la actividad económica», *Ídem*, parágrafo 2.8.

⁵¹ «que este planteamiento horizontal entraña el riesgo de solapamientos con normativas comunitarias ya vigentes para determinados sectores», *Ídem*, parágrafo 2.2.

⁵² «Pide, por tanto, que la aplicabilidad acumulativa de la Directiva se excluya expresamente en aquellos ámbitos en que ya existan reglamentaciones jurídicas especiales concluyentes y específicas para determinados sectores. Deberá excluirse que la Directiva cree en estos casos normativas nuevas o complementarias», *Ídem*, parágrafo 2.6.

⁵³ «Propone la exclusión completa de las materias sobre trabajadores desplazados y su exclusivo tratamiento en la Directiva específica sobre la materia, para evitar confusiones y solapamientos», *Ídem*, párrafos 2.9-2.16.

⁵⁴ «Pide (...) que los servicios de interés general queden por principio excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva (y no sólo parcialmente del ámbito de aplicación del principio del país de origen), para prevenir todo posible debate en su posterior aplicación y evitar verse obligados a actuar para armonizar este ámbito a corto plazo mediante normativas comunitarias. Esta posición coincide también con la de la Comisión, tal y como la refleja en su reciente Libro Blanco sobre los servicios de interés general», *Ídem*, parágrafo 2.21.

⁵⁵ «Considera que las repercusiones que tendrá la aplicación de la Directiva sobre los entes regionales y locales no se han tenido suficientemente en cuenta hasta ahora. La Directiva se dirige a los distintos Estados miembros, pero afecta sobre todo a los entes regionales y locales, a los que corresponderá la aplicación práctica preferente en las tareas administrativas», *Ídem*, parágrafo 2.28.

que la revisión de los procedimientos nacionales de autorización supusiera perjuicios en la defensa de los intereses generales⁵⁶. La dureza del Dictamen ponía por escrito muchas de las críticas vertidas en círculos de opinión en un documento oficial comunitario.

En cuanto al Comité Económico y Social, éste emitió su Dictamen el 10 de febrero de 2005⁵⁷. También se mostró muy crítico, entrando en cuestiones técnicas y políticas de indudable trascendencia, al afirmar que cualquier mercado requería cierto grado de reglamentación⁵⁸, que debían precisarse con mayor rigor las excepciones a las normas de la Directiva,⁵⁹ excluyendo los servicios de interés general⁶⁰, e incorporando al articulado la exclusión de las actividades realizadas en el ejercicio del poder público y no dejándolo sólo en la exposición de motivos⁶¹, que antes de adoptar de forma generalizada el

⁵⁶ «Expresa su temor de que todos los procedimientos nacionales de autorización queden sujetos al ámbito de aplicación de la Directiva y, por tanto, tengan que revisarse desde el punto de vista de su mantenimiento, quizá suprimirse o adaptarse y, en cualquier caso, simplificarse. Tales injerencias de tal calibre en los derechos procesales de los Estados miembros son desproporcionadas. Conviene aclarar, por tanto, que sólo quedarán sujetos al ámbito de aplicación de la Directiva los procedimientos de autorización que guarden relación directa con el acceso por vez primera a una actividad económica. Deberán excluirse del ámbito de aplicación todos los procedimientos que, por motivos de defensa de requisitos imperativos del interés general, estén previstos también por el ordenamiento jurídico fuera del ejercicio de actividades económicas», *Ídem*, parágrafo 2.30.

⁵⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior», COM(2004) 2 final - 2004/0001 (COD), DO núm. C 221, de 08/09/2005.

⁵⁸ «Un mercado interior que funcione adecuadamente requiere, junto a la supresión de obstáculos, también cierto grado de reglamentación. Para aumentar al mismo tiempo la competitividad europea, son necesarias reglamentaciones nacionales y comunitarias, así como normas armonizadas», *Ídem*, parágrafo 2.1.1.

⁵⁹ «El Comité propone que se pongan más claramente de relieve y se delimiten con mayor precisión el ámbito de aplicación y las excepciones en el proyecto de Directiva. A falta de delimitaciones definitorias más claras, sigue existiendo confusión en la aplicación práctica en lo que se refiere a las partes del sector servicios que se verán afectadas y en qué modo y al ámbito de aplicación», *Ídem*, parágrafo 3.3.1.

⁶⁰ «El Comité estima preferible excluir el conjunto de los servicios de interés general (económicos y no económicos) del campo de aplicación de la Directiva relativa a los servicios, en espera de que el marco comunitario sobre estos servicios establezca los principios y fije las condiciones, económicas y financieras en particular, que permitan a los servicios de interés general el cumplimiento de su cometido», *Ídem*, parágrafo 3.3.3.

⁶¹ «En el texto vinculante de la Directiva debería incluirse la aclaración que ya figura en la exposición de motivos de la propuesta de Directiva sobre la no aplicación de las disposiciones relativas a la libre circulación de los servicios y la libertad de establecimiento (artículos 45 y 55 del Tratado CE) a las actividades realizadas en el ejercicio del poder público», *Ídem*, parágrafo 3.3.9.

principio de origen debía avanzarse por medio de la técnica de la armonización de normas protectoras de intereses generales como los de los trabajadores, el medio ambiente o los consumidores⁶², que debía tomarse en consideración la opinión de los interlocutores sociales antes de extender la aplicación de la Directiva a los trabajadores desplazados⁶³, y que en lo que afecta al ámbito de aplicación y a las normas sobre conflictos de leyes, el Comité Económico y Social, planteaba que debería precisarse la aplicabilidad de las normas ante el riesgo de conflictos entre leyes sociales, fiscales o penales del país de origen y del país de acogida, así como múltiples problemas de Derecho internacional privado⁶⁴.

Los propios debates en el seno del Consejo de la Unión Europea en noviembre de 2004 y noviembre de 2005 mostraron el malestar con el hecho de que principio de origen fuera recogido de ese modo en la Directiva y, en el primero de ellos, además, por los intentos de silenciar las críticas realizadas por

⁶² «El Comité considera que, antes de generalizar la aplicación del principio del país de origen, conviene crear las condiciones necesarias adoptando un enfoque diferenciado que prime una armonización con normas estrictas en materia de protección de los trabajadores, de los consumidores y del medio ambiente en los diversos sectores, y todo ello con el fin de lograr un mercado interior de calidad», *Ídem*, parágrafo 3.5.1.

⁶³ «La relación entre la Directiva sobre el desplazamiento de trabajadores y la Directiva sobre los servicios ha planteado un buen número de cuestiones que varían de un país a otro, según sus respectivos sistemas de mercado laboral. Es preciso prestar gran atención a la opinión de los interlocutores sociales, tanto europeos como nacionales, para que resulte aceptable la Directiva sobre los servicios», *Ídem*, parágrafo 3.6.1.1.

⁶⁴ «Ámbito de aplicación y normas sobre conflictos de leyes: El ámbito de aplicación, las excepciones y los conflictos de leyes en la aplicación del principio del país de origen deberían definirse y delimitarse más exactamente en la prestación de servicios transfronterizos, tanto por lo que respecta a la delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva propuesta sobre el reconocimiento mutuo de las cualificaciones profesionales como por lo que refiere a la aclaración de si y cómo podrían evitarse los conflictos de leyes entre las normas del país de origen (prioritarias de acuerdo con la propuesta de directiva) y las normas sociales, fiscales y penales del Estado donde se presta el servicio. En general, es una incoherencia jurídica que hay que evitar en todo caso para otros actos legales. En particular, tampoco habría que alterar los convenios I y II de Roma. El Derecho internacional privado ofrece, no obstante, en muchos ámbitos una normativa clara para resolver los conflictos. El conjunto de los servicios de interés general debe quedar excluido del ámbito de aplicación de la Directiva sobre los servicios, en espera de que exista un marco comunitario», *Ídem*, parágrafo 4.2.3.

algunos Estados, con Dinamarca a la cabeza, dentro de ese debate⁶⁵. En marzo de 2005, el Consejo Europeo de los días 23 y 24 había aceptado que la propuesta de Directiva debía modificarse sustancialmente, al afirmar que:

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

El Parlamento Europeo, en su posición inicial fijada en el informe de la Comisión del Mercado interior de 15 de diciembre de 2005, adoptó en consecuencia un planteamiento próximo a las posturas críticas que habían mostrado las instituciones comunitarias de consulta. El protagonismo parlamentario lo tuvo la diputada socialdemócrata alemana Evelyn Gebhardt, que en marzo de 2004 presentó un informe frente a la propuesta de Directiva, que terminó siendo el punto de referencia para la propuesta de modifi-

⁶⁵ Pueden verse las conclusiones y los problemas al recoger las opiniones vertidas en la Sesión n.º 2624 del Consejo de la Unión Europea Competitividad (Mercado Interior, Industria e Investigación), celebrado en Bruselas los días 25 y 26 de noviembre de 2004. En el caso de Dinamarca, elaboró un documento en el que señalaba: «Dinamarca no considera que el resumen de la Presidencia sobre la propuesta de Directiva relativa a los servicios dé una imagen fiel del debate celebrado en el Consejo, especialmente en lo referente al “principio de país de origen”. En aquel momento no existía un consenso claro, como ya declararon en el Consejo varios Estados miembros, incluida Dinamarca. También se señaló que sería necesario mucho más trabajo y que deberían resolverse serios problemas antes de que pudiera aceptarse como base para un debate el principio de país de origen». Ver los documentos en la página web del Consejo, <http://register.consilium.europa.eu>. En la Sesión n.º 2694 del Consejo Competitividad (Mercado Interior, Industria e Investigación) celebrada en Bruselas, los días 28-29 de noviembre de 2005, los resúmenes de prensa recogieron con claridad la oposición de la mayor parte de los Estados al principio de origen incorporado a la Directiva: «En lo que respecta a la libre circulación de servicios (o principio del país de origen), si bien todo el mundo está de acuerdo en que queremos facilitar en mayor medida la libre circulación de servicios, no estamos de acuerdo en el modo de hacerlo. No hay duda de que hay que seguir trabajando en el tema para llegar a un equilibrio correcto entre la libre circulación de servicios y la búsqueda de unos objetivos legítimos de orden público». Ver «Sesión n.º 2694 del Consejo Competitividad (Mercado Interior, Industria e Investigación). Bruselas, 28-29 de noviembre de 2005», Consejo de la Unión Europea, Comunicado de Prensa C/05/287, 14155/05 (Presse 287).

cación⁶⁶. Lo que ponía en evidencia el informe era que el proyecto se centraba en la eliminación de las disposiciones nacionales (desregulación) sin crear al mismo tiempo un marco jurídico europeo general que fijase normas mínimas europeas que permitieran garantizar el ejercicio de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como que el principio de origen suponía trasladar a los Estados las obligaciones de control que previsiblemente no estaban en condiciones de cumplir eficazmente, lo que tendría como consecuencia una reducción del nivel de calidad, la confusión de las distintas normas nacionales y la amenaza de la seguridad pública. La desregulación a través de la neutralización y eliminación de las normas nacionales no venía acompañada de mecanismos jurídicos comunitarios que permitieran aplicar normas mínimas y garantizar la seguridad pública. El principio de origen facilitaría el *dumping* social y la rebaja de los estándares nacionales de protección de intereses generales y de seguridad, por la competencia a la baja que se generaría entre los Estados. El criterio de control por el Estado de origen sobre los prestadores de servicios establecidos en su territorio, previsto en la Directiva, planteaba además el problema de si ese Estado tendría el menor interés en ejercerlo, en la medida que esas actividades se estaría llevando a cabo en otros Estados, donde tendrían lugar los efectos negativos de la actuación y a él no le producirían necesariamente perjuicio alguno.

Un segundo informe de trabajo de 21 de diciembre de 2004⁶⁷, firmado también por Evelyn Gebhardt, señalaba que el uso del principio de origen resultaba contraproducente para los objetivos de equiparación de los operadores económicos de otros Estados miembros con los operadores económicos nacionales, pues la práctica demostraba que este principio conducía a fuertes discriminaciones “a la inversa”, en perjuicio de los operadores nacionales, como demostraba la jurisprudencia del TJCE, discriminaciones que resultaban lícitas desde el punto de vista jurídico, pero no aceptables desde

⁶⁶ Documento de Trabajo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo, de 13 de enero de 2004, relativa a los servicios en el mercado interior, Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, Ponente: Evelyne Gebhardt, Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, Parlamento Europeo, 1999-2004, PE 343.503, 30 de marzo de 2004.

⁶⁷ Documento de Trabajo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo, de 13 de enero de 2004, relativa a los servicios en el mercado interior, Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, Ponente: Evelyne Gebhardt, Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, Parlamento Europeo, 1999-2004, PE 353.297v01-00, 21 de diciembre de 2004.

el punto de vista político⁶⁸. La consecuencia sería la de incentivar a los operadores económicos a establecerse en aquellos Estados miembros que tuvieran normas de protección menos exigentes, de forma que ahorraban costes de gestión, lo que introducía el riesgo de una competencia a la baja entre los Estados por establecer estándares de protección menos exigentes, que podrían poner en peligro los derechos sociales, del consumidor y del paciente. Además, las previsiones de vigilancia y control establecidas en la Directiva, prevé una intensa cooperación administrativa entre los Estados, sobre la que realiza la siguiente afirmación:

«Con arreglo a los artículos 34 a 38, los Estados miembros deben responsabilizarse de la vigilancia y el control de los servicios transfronterizos. Para garantizar que se ejerza dicho control en otro Estado miembro es necesaria una intensa cooperación administrativa. La propuesta establece multitud de disposiciones para la colaboración entre autoridades, si bien las experiencias recabadas hasta la fecha con respecto a la cooperación administrativa entre Estados miembros hacen temer que no se vaya a ejercer un control eficaz. Esto sería funesto, ya que la introducción del principio del país de origen conlleva de por sí una preocupante distancia espacial entre el controlador y las actividades controladas. Aparte, cabe temer que la propuesta de la Comisión Europea dé lugar a una burocratización de los procesos. Esto iría en contra del objetivo de mejorar la libre prestación de servicios».

El pronunciamiento del Parlamento Europeo en primera lectura se hizo el 16 de febrero de 2006, bajo el clima de manifestaciones sindicales y pronunciamientos contra los mayores extremos de la Directiva. Se presentaron más de mil enmiendas en comisiones, de las que se votaron 213. El nuevo texto salido del Parlamento Europeo recibió 391 votos favorables, frente a 213 en contra y 34 abstenciones⁶⁹. Tras las discusiones en el seno del Consejo, la

⁶⁸ Sobre las discriminaciones a la inversa pueden verse, DANGER, S., «Le droit communautaire et la discrimination a rebours : vers un marché intérieur inachevé», *Les Annales de l'Ecole Doctorale*, núm. 5, 1997, pp. 233 a 252; DENYS, Ch., «Les notions de discrimination et de discrimination à rebours suite à l'arrêt Kraus», *Cahiers de Droit Européen*, 1994, núm. n° 5-6, pp.643-662; DRUESNE, G., «Remarques sur le champ d'application personnel du Droit communautaire: des "discriminations à rebours"», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1979, pp. 429-439 ; SARMIENTO, D., «Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución Española», *Civitas. Revista española de derecho europeo*, núm. 15, 2005, pp. 375-411; TRYFONIDOU, A., *Reverse Discrimination in EC Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn, 2009; y nuestro trabajo «Los métodos normativos del Derecho Internacional Privado en la libre circulación de trabajadores», en *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*,. Luis Antonio Velasco San Pedro, (coord.), Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 259-288.

⁶⁹ Ver PINGEL, I., «Le cheminement de la directive relative aux services dans le marché intérieur», *Europe : actualité du droit communautaire*, 2007, núm. 6, pp. 8-9.

Comisión adoptó el 4 de abril de 2006 una propuesta modificada, transmitida simultáneamente al Consejo y al Parlamento Europeo el 6 de abril, dando un plazo de tres meses al Parlamento para pronunciarse en segunda lectura, aprobándose el texto. El Dictamen del Parlamento Europeo en segunda lectura se adoptó el 15 de noviembre de 2006 y el texto definitivo fue firmado con el Consejo el 12 de diciembre de 2006. Sería la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior⁷⁰.

De la redacción final había desaparecido cualquier referencia al principio de origen, que en las disposiciones correspondientes, particularmente en el artículo 16, había sido sustituido por la regla general de “Libre prestación de servicios”:

«Los Estados miembros respetarán el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos».

«El Estado miembro en que se preste el servicio asegurará la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio».

⁷⁰ DO núm. L 376/36, de 27/12/2006. Pueden verse sobre la misma Common Market Law Review (Editorial), «The services directive proposal: Striking a balance between the promotion of the internal market and preserving the European social model?», *Common Market Law Review*, vol. 43, núm 2, 2006, pp. 307-311; D'ACUNTO, S., «Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 2, 2007, pp. 261-327; IDOT, L. y otros, «La directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur : colloque CRUE (Paris I) - Cour de cassation», monográfico de la Revista *Europe: actualité du droit communautaire*, 2007, núm. 6, pp. 3-53; JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año núm. 11, núm. 28, 2007, pp. 777-817; LAGUNA DE PAZ, J.C., «Directiva de servicios: el estruendo del parto de los montes», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009, pp. 42-51; PAREJO ALFONSO, L.J., «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, pp. 42-51; QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2009; QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «¿Quo vadis Bolkestein? ¿Armonización o desregulación?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007, pp. 237-280; RIVERO ORTEGA, R. (dir.), Número extraordinario monográfico sobre la «Transposición de la Directiva de Servicios:», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, julio-agosto 2009; RIVERO ORTEGA, R. (dir.), *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009; RIVERO ORTEGA, R., «Reformas del Derecho Administrativo para 2010: La difícil transposición de la Directiva de servicios en España», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, 2009, pp. 51-80; VILLAREJO GALENDE, H. (dir.), *La directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Comares, Granada, 2009; VV.AA., *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, XXV. Libro Marrón del Círculo de Empresarios, Círculo de Empresarios, Madrid, 2009.

4. El principio de origen en las libertades de circulación como consecuencia de los principios de reconocimiento mutuo y equivalencia y su pervivencia en la Directiva de servicios en el mercado interior

4.1 LA GÉNESIS DEL PRINCIPIO DE ORIGEN (O PRINCIPIO DE PAÍS DE ORIGEN) Y SU DERIVACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y EQUIVALENCIA

Como acabamos de examinar al referir las críticas a la propuesta de Directiva adoptada por la Comisión en su Comunicación de 13 de enero de 2004, ésta recogía como eje fundamental un instrumento técnico muy singular, el llamado “principio de origen” o “principio de país de origen”.

El principio de origen ha sido definido por M. Fallon como “la necesidad, por la autoridad del foro, denominada también autoridad del Estado de acogida, de remitirse a una norma -regla o decisión- del Estado de procedencia de un bien o de una persona, denominado Estado de origen”⁷¹.

Este principio tiene su génesis comunitaria en la labor jurisprudencial de Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, inicialmente en materia de libre circulación de mercancías, y con posterioridad en relación con las cuatro libertades económicas de circulación.

El principio nace, como decimos, en el ámbito de la libre circulación de mercancías, donde existía la prohibición de las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas (MEE), dentro del Derecho no arancelario, recogida en los artículos 30 a 36 del Tratado CEE, que fueron definidas por el TJCE, en la sentencia *Dassonville* de 11 de julio de 1974, del siguiente tenor:

⁷¹ FALLON, M., «Variations sur le principe d'origine, entre Droit communautaire et droit international privé», en *Nouveaux Itinéraires en Droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, p. 189. Véase también ADRIÁN ARNÁIZ, A.J., «La Constitución económica española y el Derecho internacional privado comunitario: el principio de origen», *La Constitución española y el ordenamiento comunitario europeo (XVI Jornadas de Estudio del Servicio Jurídico del Estado 13- 16 dic. 1993)*, vol. I, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 41-100; y GARABIOL-FURET, M.-D., «Plaidoyer pour le principe du pays d'origine», *Revue du Marche Commun et de l'Union Européenne*, núm. 495, 2006, pp. 82-87.

«toda legislación comercial de los Estados miembros susceptible de obstaculizar, directa o indirectamente, actual o potencialmente, el comercio intracomunitario puede considerarse como medida de efecto equivalente a restricciones cuantitativas»⁷².

La gran amplitud del concepto de MEE establecido en esta sentencia por el TJCE le hacía capaz de considerar como tal cualquier medida estatal susceptible de obstaculizar el comercio aunque protegiera intereses generales⁷³. Partiendo de ese concepto, de eliminación de obstáculos a la libre circulación, la jurisprudencia se construye a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 20 de febrero de 1979, en el asunto *Rewe-Zentral*, caso 120/78, más conocido como *Cassis de Dijon*⁷⁴.

En el asunto *Cassis de Dijon*, se trataba de la comercialización en Alemania por la empresa alemana *Rewe-Zentral AG* de un licor fabricado en Francia, el licor *Cassis de Dijon*, cuya graduación alcohólica oscilaba entre los 15 y los 20 grados. Como quiera que la legislación alemana vigente impedía la

⁷² Sentencia del TJCE de 11 de julio de 1974, *Dassonville*, 8/74, Rec. 1974, p. 837.

⁷³ Véanse, por ejemplo, BUENDIA SIERRA J.L., «Las secuelas del caso «Cassis de Dijon». Libre circulación de productos alimenticios y reglamentaciones nacionales (Comentario a las sentencias del TJCE de 12 de marzo de 1987 sobre las Leyes griega y alemana de la Cerveza, asuntos 176/84 y 178/84, y a la de 14 de julio de 1988 sobre la Ley italiana de la Pasta, asunto 407/85)», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 16, núm. 1, 1989, pp. 135-172; DAUSES, M., «Mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes», *Revue trimestrielle droit Européen*, R.T.D.E. 1992, pp. 607-629; MARTÍNEZ LAGE, S., «La contribución de la jurisprudencia a la realización de la libre circulación de mercancías: la eliminación de las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas», en *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, G. C. Rodríguez Iglesias y D. J. Liñán Noguera (dirs.), Civitas, Madrid, 1993, pp. 712-770; y MORTELMANS, K., «Article 30 of the EEC treaty and legislation relating to market circumstances: time to consider a new definition?», *Common Market Law Review*, vol. 28, 1991/1, pp. 115-136; y STEINER, J., «Drawing the line: Uses and abuses of Article 30 EEC», *Common Market Law Review*, vol 29, 1992/4, pp. 749-774; y VANDERSANDEN, G. y DEFALQUE, L., «La notion de mesure d'effet équivalent à une restriction quantitative (art. 30 du Traité C.E.E.)», *Journal des Tribunaux*, 1984, pp. 489 y ss.

⁷⁴ Sentencia del TJCE de 20 de febrero de 1979, *Rewe-Zentral*, 120/78, Rec. 1979, p. 649. Ver, por ejemplo, Commission des Communautés Européennes, «Communication de la Commission sur les suites de l'arrêt rendu par la Cour de justice des Communautés européennes, le 20 février 1979, dans l'affaire 120/78 (Cassis de Dijon)», *Journal Officiel des Communautés Européennes*, 1980, núm. C 256, pp. 2-3; y MATTERA, A., «L'arrêt "Cassis de Dijon": une nouvelle approche pour la réalisation et le bon fonctionnement du marché intérieur», *Revue du Marché Commun*, núm. 241, 1980, pp. 505-514.

comercialización y venta de licores de baja graduación, que fuera inferior a los 32 grados alcohólicos, la autoridad alemana de control de las importaciones le comunicó, cuando solicitó la autorización de importación, que aunque la importación de ese producto no estaba sometida a autorización, no podía ser comercializado. Ante tal negativa, la empresa *Rewe* acudió a los tribunales alemanes reclamando su derecho a la comercialización del producto. Uno de los tribunales correspondientes (el *Hessisches Finanzgericht*) decidió presentar una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, con objeto de que aclarase si la normativa alemana era o no compatible con el Derecho comunitario y en particular con el artículo 30 del Tratado CEE, en el sentido de que constituyese un obstáculo a la libertad de circulación comprendido dentro del concepto de MEE⁷⁵.

El Tribunal, en una sentencia que marcó época –y el futuro de todo el proceso de integración económica–, estableció dos premisas fundamentales que se asentarían en la jurisprudencia posterior, aplicables para aquellos casos o sectores en los que no existiera normativa comunitaria armonizada, como el que se le presentaba a resolver, y donde debían aplicarse las normas estatales relativas a las condiciones de producción y comercialización de los productos que correspondiese; en el caso en cuestión, la producción y comercialización de alcohol y bebidas espirituosas. Estas premisas eran las siguientes:

⁷⁵ El parágrafo 5 de la sentencia recogía dos cuestiones prejudiciales:

«a) ¿Debe interpretarse el concepto de medida de efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación, contenido en el artículo 30 del Tratado CEE, en el sentido de que incluye también la determinación de un grado alcohólico mínimo para los alcoholes destinados al consumo humano, establecida por la legislación alemana relativa al monopolio de los alcoholes, que tiene por efecto impedir en la República Federal de Alemania la comercialización de productos tradicionales de otros Estados miembros que tengan un grado alcohólico inferior al límite establecido?

b) ¿Puede la determinación de dicho grado alcohólico mínimo estar comprendida en el concepto de discriminación entre los nacionales de los Estados miembros respecto de las condiciones de abastecimiento y de mercado, contenido en el artículo 37 del Tratado CEE?».

La segunda cuestión se refería al artículo 37, que regulaba lo relativo a los monopolios comerciales, materia donde no estaba comprendido el problema planteado, de forma que el Tribunal restringió su análisis a lo relativo a la primera cuestión.

Primera: que los Estados miembros podrían hacer valer “exigencias imperativas” existentes en su legislación, que deberían aceptarse en la medida que fueran necesarias para la protección de intereses generales⁷⁶.

Segunda: que tales normas debían superar determinadas condiciones, formuladas en forma de test, para poder reconocerse como un obstáculo legítimo a la libertad de circulación, de manera que se demostrase que no constituían una discriminación, ya fuera directa o encubierta, a los productos de otros Estados miembros. Estas condiciones eran las siguientes:

Test de inexistencia de discriminación formal.

Que la medida no resultase formalmente discriminatoria, que fuera indistintamente aplicable a los productos nacionales y a los productos originarios de otros Estados miembros;

Test de inexistencia de discriminación material o encubierta.

B.1 Test de causalidad. Que la medida protegiese de forma efectiva el interés general o “exigencia imperativa”, digno de protección, invocado por el Estado (que no fuera una mera excusa).

B.2 Test de insustituibilidad. Que la medida no sea susceptible de ser sustituida por medios alternativos de protección de ese interés general menos restrictivos con la libertad de circulación. No hay otro modo de obtener esa protección que la restricción de la libertad de circulación.

B.3 Test de proporcionalidad. Deberá plantearse si la medida es proporcionada, si hay proporcionalidad entre los medios empleados (restricción de la libertad de circulación) y los fines perseguidos, verificándose que se trata de una medida adecuada y no excesiva con el fin que se pretende.

⁷⁶ En el caso en cuestión, el Gobierno alemán alegaba, para justificar la normativa, la salvaguarda de la salud pública y la protección de intereses generales. Decía el tribunal en el párrafo 8 de la Sentencia:

«que los obstáculos a la circulación intracomunitaria que sean consecuencia de disparidades entre legislaciones nacionales relativas a la comercialización de los productos controvertidos deben aceptarse en la medida en que estos preceptos sean necesarios para cumplir las exigencias imperativas relativas, en particular, a la eficacia de los controles fiscales, a la salvaguardia de la salud pública, a la lealtad de las transacciones comerciales y a la protección de los consumidores».

Sobre el carácter de estas nuevas “excepciones”, si se sumaban a las existentes al artículo 36 del TCEE o no, puede verse, STOFFEL VALLOTON, N., «¿Interpretación “estricta” o “restrictiva” del artículo 36 del TCEE? La problemática de las “exigencias imperativas”», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, n° 2, mayo-agosto de 1996, pp. 415-454.

Este sería el llamado "*test de invocabilidad*" establecido en la de la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, para verificar las medidas nacionales justificadas por razones imperiosas de interés general como excepciones legítimas al principio general de libertad de circulación⁷⁷.

Como consecuencia de la sentencia *Cassis de Dijon*, lo que se ponía de relieve era que, en los supuestos en los que no hubiera normas armonizadas comunitarias y existiera disparidad normativa, el Estado de acogida (de la mercancía, en este caso) sólo podía obstaculizar la libertad de circulación excepcionalmente si sus normas nacionales de protección de intereses generales superaban el "*test de invocabilidad*". En caso contrario, se impondría la aplicación de las leyes del Estado donde el producto se puso en circulación.

De esta interpretación, se hizo derivar una nueva técnica para el Derecho comunitario de libertades de circulación, pues ya no sería necesario armonizar en todo caso las legislaciones que establecieran condiciones de acceso y comercialización de los productos, puesto que debía existir un *principio de confianza recíproca* entre los Estados miembros, que debía traducirse en un *principio de reconocimiento mutuo de legislaciones*, de tal forma que, salvo que se demostrase lo contrario a través de la aplicación del "*test de invocabilidad*" de las exigencias imperativas *Cassis de Dijon*, la legislación del Estado de origen se presumía que era equivalente a la legislación del Estado de acogida en cuanto a las garantías fijadas en las condiciones de acceso y comercialización de los productos en el mercado⁷⁸. De ahí se derivaba, en consecuencia, un *principio de equivalencia* de legislaciones entre los Estados miembros, como presunción⁷⁹. Conviene retener esta idea sobre la que luego volveremos.

⁷⁷ Al respecto, puede verse nuestros trabajos «La Libre Circulación de Personas en la Experiencia de la Unión Europea: Ámbito de Aplicación y Derecho Aplicable», en *Economía Globalizada y MERCOSUR* (Ada Lattuca y Miguel Ángel Ciuro Caldani, coords.), Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pp. 357-406; y «Los métodos normativos del Derecho internacional privado en la libre circulación de trabajadores», en *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, Velasco San Pedro (Coord), Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 259-285.

⁷⁸ Ver MATTERA, A., «L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence "Cassis" et la reconnaissance mutuelle», *Revue du Marché Unique Européenne*, n° 4/1992. pp. 13-71.

⁷⁹ Ver MATTERA, A., *El Mercado Único Europeo. Sus reglas, su funcionamiento*, Civitas, Madrid, 1991, p. 314 y ss.; y nuestro trabajo «Los métodos normativos del Derecho Internacional Privado en la libre circulación de trabajadores», en *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*. Luis Antonio Velasco San Pedro, (coord.), Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 259-285.

Una ingente jurisprudencia se derivaría de los razonamientos del TJCE en la sentencia *Cassis de Dijon*, no sólo en el ámbito de la libre circulación de mercancías⁸⁰, sino también que se extendería al ámbito de la libre prestación de servicios y del derecho de establecimiento y aún, de la libre circulación de trabajadores⁸¹.

En el caso de la libre prestación de servicios, se ha dicho que la jurisprudencia *Cassis de Dijon* se transfirió con toda claridad a través de la sentencia de 25 de julio de 1991, *Saeger*⁸², que trajo detrás una larga lista de decisiones

⁸⁰ Así, por ejemplo, las sentencias del Tribunal de Justicia de 9 de diciembre de 1981, *Comisión/Italia*, 193/80, denominada «Vinagre-1», Rec. 1981, p. 3019; y de 15 de octubre de 1985, *Comisión/Italia*, 281/83, denominada «Vinagre-2», Rec. 1985, p. 3397; de 26 de noviembre de 1985, *Miro*, 182/84, Rec. 1985, p. 3731; de 12 de marzo de 1987, *Comisión/Alemania*, denominada «Ley de pureza de la cerveza», 178/84, Rec. 1987, p. 1227; de 14 de julio de 1988, *Zoni*, denominada «Pastas alimenticias», 90/86, Rec. 1988, p. 4285; de 23 de septiembre de 2003, *Comisión/Dinamarca*, C-192/01, Rec. 2003, p. I-9693; de 2 de diciembre de 2004, *Comisión/Países Bajos*, C-41/02, Rec. p. I-11375; de 10 enero de 2006, *De Groot en Slot Allium y Bejo Zaden*, C-147/04, Rec. p. I-245; de 5 de febrero de 2004, *Comisión/Italia*, C-270/02, Rec. p. I-1559; de 24 de noviembre de 2005, *Schwarz*, C-366/04, Rec. p. I-10139; de 15 de marzo de 2007, *Comisión/Finlandia*, C-54/05, Rec. 2007 página I-02473; de 10 de febrero de 2009 *Comisión/Italia*, C-110/05, recopilación sin publicar; y de 30 de abril de 2009, *Fachverband der Buch- und Medienwirtschaft*, C531/07, recopilación sin publicar.

⁸¹ El caso paradigmático, al respecto, en libre circulación de trabajadores sería el famoso caso *Bosman* de 1995, la sentencia de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. 1995, p. I-04921. Ver ADRIÁN ARNÁIZ, A.-J., «Entre el pasado y el futuro de la libre circulación de personas: la Sentencia *Bosman* del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas», *Revista de Estudios Europeos*, núm. 16, 1997, pp. 51-64; ADRIÁN ARNÁIZ, A.-J., «Libre circulación de personas, servicios y capitales», en *Políticas comunitarias: bases jurídicas*, A. Calonge Velázquez (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2002, pp. 89-90; y MARTÍNEZ LAGE, S., «Las sentencias *Bosman*, *Cassis de Dijon* y *Keck* y *Mithouard*», *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, Boletín, 1996 n° 109 pp. 1-4. En esta línea jurisprudencial en libre circulación de trabajadores pueden mencionarse también, por ejemplo, las sentencias de 26 de enero de 1999, *Terhoeve*, C-18/95, Rec. 1999, p. I-345; de 27 de enero de 2000, *Graf*, C-190/98, Rec. p. I-493; y de 17 de julio de 2008, *Raccanelli*, C-94/07, 2008 página I-05939.

⁸² Sentencia de 25 de julio de 1991, *Saeger* C-76/90, Rec. p. I-4221. Véase las conclusiones del Abogado General Van Gerven presentadas el 13 de enero de 1993, en el caso *Dieter Kraus*, C-19/92, Rec. 1993 página I-01663, parágrafo 13, nota 18, donde dice:

«A partir de la sentencia de 25 de julio de 1991, *Saeger* (C-76/90, Rec. p. I-4221), apartados 12 y ss., ha quedado demostrado que incluso las disposiciones nacionales que no son discriminatorias (abiertamente o de forma encubierta), pero que pueden obstaculizar los intercambios entre Estados, están comprendidas en la prohibición del artículo 59 del Tratado CEE. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, las denominadas razones imperiosas de interés general sólo pueden justificar disposiciones no discriminatorias: véase la sentencia de 25 de julio de 1991, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda* (C-288/89, Rec. p. I-4007), apartados 12 y ss.».

judiciales⁸³, entre las que destacan las referidas a los obstáculos al desplazamiento de trabajadores en el marco de la libre prestación de servicios ejercida por su empresa empleadora⁸⁴. Con todo, sólo dos años después de la sentencia *Cassis de Dijon*, y diez años antes de la sentencia *Saeger*, que terminamos de citar, en el parágrafo 17 de la sentencia de 17 de diciembre de 1981, *Webb*, el Tribunal de Justicia de Luxemburgo hacía un pronunciamiento que no puede verse como otra cosa que la recepción de la jurisprudencia *Cassis de Dijon*:

«No obstante, la libre prestación de servicios, como principio fundamental del Tratado sólo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general y que se apliquen a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el Estado de destino, en la medida en que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que está establecido»⁸⁵.

⁸³ Cabe mencionar, como paradigmática, a nuestro juicio, la sentencia de 22 de enero de 2002, *Canal Satellite Digital*, C-390/99, Rec., 2002, p. I-607, parágrafo 33. Pueden citarse las sentencias del TJCE de 25 de julio de 1991, *Säger*, C-76/90, Rec. 1991, p. I-4221, parágrafo 15; de 9 de agosto de 1994, *Vander Elst*, C-43/93, Rec. 1994, p. I-3803, párrafos 14 y 16; de 28 de marzo de 1996, *Guiot*, C-272/94, Rec. 1996, p. I-1905, parágrafo 10; de 20 de junio de 1996, *Semeraro Casa Uno y otros*, asuntos acumulados C-418/93 a C-421/93, C-460/93 a C-462/93, C-464/93, C-9/94 a C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 y C-332/94, Rec. 1996, p. I-2975; de 12 de diciembre de 1996, *Reisebüro Broede*, C-3/95, Rec. 1996, p. I-6511; de 5 de junio de 1997, *SETTG*, C-398/95, Rec. p. I-3091, apartado 21; de 23 de noviembre de 1999, *Arblade y otros*, asuntos acumulados C-369/96 y C-376/96, Rec. p. I-8453, párrafos 33-35; de 3 de octubre de 2000, *Corsten*, C-58/98, Rec. p. I-7919, parágrafo 39; de 15 de marzo de 2001, *Mazzoleni e ISA*, C-165/98, Rec. p. I-2189, párrafos 22 y 25; de 30 de marzo de 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, Rec. p. I-2941; de 5 de diciembre de 2006, *Cipolla y otros*, C-94/04 y C-202/04, Rec. p. I-11421; y de 18 de diciembre de 2007, *Laval*, C-341/2005, Rec. 2007, página I-11767. Véase también D'ACUNTO, S., «La jurisprudence communautaire en matière de liberté d'établissement et libre prestation des services», *Revue du droit de l'Union Européenne*, núm 3, 2006, pp. 669-684; HATZOPOULOS, V. y UYEN DO, T., «The case law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000-2005», *Common Market Law Review*, vol. 43, núm. 4, agosto de 2006, pp. 923-991; y MATTERA, A., «Les principes de 'proportionnalité' et de la 'reconnaissance mutuelle' dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services: de l'arrêt 'Thieffry' aux arrêts 'Vlassopoulou', 'Mediawet' et 'Dunemeyer' », *Revue du Marché Européenne*, n°úm.4/1991, pp. 191-203.

⁸⁴ Puede verse nuestro trabajo, para la aplicación de la doctrina al desplazamiento de trabajadores en el marco de la libre prestación de servicios, «La extraterritorialidad de las normas laborales y las limitaciones de la acción sindical en supuestos transfronterizos (¿Primacía de las libertades económicas de circulación comunitarias sobre los derechos fundamentales? El caso del derecho de huelga en la sentencia del TJCE de 19 de diciembre de 2007 en el caso laval)», en *Relaciones laborales y acción sindical transfronteriza*, Alfredo Allué Buiza y Enrique Jesús Martínez Pérez (coords.), Comares, Granada, 2009, pp. 35-88.

⁸⁵ Sentencia de 17 de diciembre de 1981, *Webb*, 279/80, Rec. 1981, p. 3305, parágrafo 17.

En el caso del derecho de establecimiento, en la doctrina se ha invocado la sentencia de 20 de junio de 1996, *Semeraro Casa Uno y otros*, como referente fundamental⁸⁶, mientras el Tribunal de Justicia ha citado la sentencia 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, para fundamentar con posterioridad la aplicación de la jurisprudencia *Cassis de Dijon* en la sentencia *Viking*, de 11 de diciembre de 2007⁸⁷. En todo caso, resulta claro que la jurisprudencia *Cassis de Dijon* ha sido trasladada por el TJCE al ámbito del Derecho de establecimiento.

En consecuencia, al transferirse la jurisprudencia y lógica *Cassis de Dijon* al resto de libertades de circulación, lo que se hacía era extender los principios de confianza recíproca, de reconocimiento mutuo, y de equivalencia a las otras libertades, en la idea de que de no existir normas armonizadas comunitarias en relación con una materia que afectase a las condiciones de acceso al mercado en el caso de cualquiera de las cuatro libertades de circulación, el Estado de acogida no podría restringir la libertad de circulación más que si invocaba “exigencias imperativas” (mercancías) o “razones imperiosas de interés general” (servicios) y éstas conseguían salvar el mencionado “*test de invocabilidad*”. En caso contrario debía aplicarse la ley del Estado de origen de la mercancía o del servicio.

Aquí es donde surge el principio de origen como derivación del principio de reconocimiento mutuo y del principio de equivalencia. Puede decirse que el principio de origen procede del principio de reconocimiento mutuo, según el cual los Estados se reconocen mutuamente la eficacia de sus legislaciones en aquellas materias en las que no existe legislación comunitaria de armonización.

⁸⁶ Sentencia de 20 de junio de 1996, *Semeraro Casa Uno y otros*, asuntos acumulados C-418/93 a C-421/93, C-460/93 a C-462/93, C-464/93, C-9/94 a C-11/94, C-14/94, C-15/94, C-23/94, C-24/94 y C-332/94, Rec. p. I-2975. Así, ADRIÁN ARNÁIZ, A.-J., «Libre circulación de personas, servicios y capitales», en *Políticas comunitarias: bases jurídicas*, A. Calonge Velázquez (coord.), Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 99.

⁸⁷ Sentencia de 11 de diciembre de 2007, *International Transport Workers' Federation y Finnish Seamen's Union*, conocida como «Viking», en cuyo párrafo 75 se afirma:

«De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se deriva que sólo puede admitirse una restricción a la libertad de establecimiento si ésta persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general. También es necesario, en tal caso, que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo (véanse, en especial, las sentencias de 30 de noviembre de 1995, *Gebhard*, C-55/94, Rec. p. I-4165, apartado 37, y *Bosman*, antes citada, apartado 104)».

Como consecuencia de la regla general de libertad de circulación y de la excepcionalidad de la aplicación de las normas del Estado de acogida, lo que se deriva es que las normas que deben cumplir el producto puesto en el mercado o el operador económico que realiza la actividad de servicios para su acceso al mercado son las de su Estado de origen. Y ello como regla general, con las solas excepciones fundadas en la jurisprudencia *Cassis de Dijon*. Esto es, ello significa que el Estado de acogida sólo podrá imponer sus normas cuando éstas amparen de forma no discriminatoria intereses generales y superen el "*test de invocabilidad*". Dicho de otro modo, como resultado de lo anterior, la presunción, como regla general, será la aplicación de la ley del Estado de origen del producto, del servicio, del operador económico.

Visto el principio de origen desde la perspectiva de los dos principios antedichos de reconocimiento mutuo y de equivalencia, el principio de origen se entrecruza con ambos. Si hay reconocimiento mutuo de legislaciones, esto implica que existe una presunción de equivalencia de legislaciones entre los Estados y que por tanto, salvo que se demuestre otra cosa, es indistinto que se aplique la legislación de uno o de otro Estado, porque presuntamente son equivalentes, de modo que, salvo que haya una norma del país de acogida que supere el *test*, se aplica la legislación del país de origen porque favorece la libertad de circulación⁸⁸.

Pero tanto el principio de reconocimiento mutuo como el principio de equivalencia aceptan en su configuración clásica jurisprudencial excepciones, pues cabe demostrar que las legislaciones no son equivalentes (es una presunción) y que puede ser preciso proteger exigencias imperativas nacionales (en el caso de las mercancías) o es necesario hacer una excepción por razones imperiosas de interés general (en el caso de los servicios). Tanto el principio de reconocimiento mutuo como el principio de equivalencia tienen como consecuencia lógica la aplicación del principio de origen, es decir que a las condiciones de puesta en el mercado de una mercancía o de un servicio se le aplicarán las reglas del país donde esa mercancía se produce o donde el prestador del servicio está establecido, las reglas "del país de ori-

⁸⁸ Ver nuestro trabajo «Los métodos normativos del Derecho Internacional Privado en la libre circulación de trabajadores», en *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*, Luis Antonio Velasco San Pedro, (coord.), Lex Nova, Valladolid, 1998, pp. 259-288.

gen". Pero como derivación de los principios de reconocimiento mutuo y de equivalencia, el principio de origen tiene las excepciones señaladas (también constituye una presunción), reconocidas por la jurisprudencia del TJCE. Es decir, conviene retener que en la jurisprudencia comunitaria derivada de las normas sobre libertades de circulación de los Tratados fundacionales, el principio de origen opera como una regla general, sometida a excepciones, como acabamos de ver, y nunca como una regla absoluta.

De modo, que el principio de confianza recíproca, el principio de reconocimiento mutuo y el principio de equivalencia (o presunción de equivalencia), constituirían las bases para la consecuencia lógica derivada de ellos: el principio de origen o principio de país de origen. Pero, como decimos, en cualquier caso, susceptible de aceptar excepciones fundadas en intereses generales. La regla general de la aplicación de la ley del Estado de origen se fundaría en una presunción de equivalencia, una presunción *iuis tantum*, susceptible de prueba en contrario.

Probablemente, el verdadero límite a la jurisprudencia *Cassis de Dijon* ha venido de manos del propio Tribunal de Justicia, que a partir de la sentencia *Keck y Mithouard*, de 24 de noviembre de 1993⁸⁹, llevó a cabo una corrección de sus posiciones en relación con aquellas reglamentaciones estatales que no afectaban directamente a las condiciones de comercialización inherentes al producto (las relativas a sus características: la naturaleza, la composición, el volumen, el etiquetado o la presencia de aditivos etc.), sino que tenían por objeto las llamadas "modalidades de venta" (dónde, cómo, cuándo y por quién se vende un producto⁹⁰). El TJCE consideró que estas disposiciones eran compatibles con el Derecho comunitario siempre que se aplicaran indistintamente (a) a todos los operadores afectados que ejercieran

⁸⁹ Sentencia de 24 de noviembre de 1993, *Keck y Mithouard*, asuntos acumulados C-267 y 268/91, Rec. 1993, p. I-06097. Véanse, en su línea jurisprudencial, las sentencias del Tribunal de Justicia de 14 de febrero de 2008, *Dynamic Medien*, C-244/06, Rec. 2008, p. I-00505; y de 11 de septiembre de 2008, *Comisión/Alemania*, C-141/07, Rec. 2008, p. I-0000.

⁹⁰ Como modalidades de venta pueden mencionarse, como ejemplos, la prohibición de apertura de los comercios los domingos, la determinación de horarios comerciales, la prohibición de la reventa por debajo del coste de adquisición (venta a pérdida), la obligación de venta en farmacias o el establecimiento de horarios de trabajo, de entregas y de venta en las panaderías y pastelerías.

su actividad en el territorio nacional; (b) tanto a los productos nacionales como los procedentes de otros Estados miembros⁹¹. Pero el examen de esta materia queda fuera de los objetivos de este trabajo.

Esta función expansiva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia comunitario daría para plantearse un examen sobre el papel de la misma como “regulación negativa” o “legislación negativa”, con el problema inherente de su legitimidad en el actual contexto, como se ha dicho, de “hegemonía indiscutida de la legitimación democrática del Derecho”⁹². Pero es este un análisis que también excede los límites de este trabajo.

4.2 LA EXPANSIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE RECONOCIMIENTO MUTUO, EQUIVALENCIA Y ORIGEN

Reconocida su génesis en la labor jurisprudencial del Tribunal de Justicia, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de equivalencia y el principio de origen extendieron su actuación a las más diversas áreas del Derecho

⁹¹ Véase el artículo explicativo del juez del propio Tribunal de Justicia René Joliet, verdadero artífice del cambio jurisprudencial: JOLIET, R., «La libre circulación de mercancías: la Sentencia Keck y Mithouard y las nuevas orientaciones de la jurisprudencia» *Gaceta Jurídica de la C E y de la Competencia*, D-23, abril de 1995 pp. 7-38. Pueden verse también BECERRIL ATIENZA, B. y AREILZA CARVAJAL, J.M., «La nueva interpretación del artículo 30 del TCE: limitación de competencias por la puerta de atrás», *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 17, núm. 51, 1997, pp. 189-208; CAPELLI, F., «Les malentendus provoqués par l'arrêt Cassis de Dijon, vingt ans après», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, núm. 42, 1996, pp. 678-690; COULON, E., «Un revirement jurisprudentiel d'ampleur : l'arrêt "Keck et Mithouard"», *Revue des affaires européennes*, 1994 núm. 1, pp. 59-62; LÓPEZ ESCUDERO M., «La jurisprudencia Keck y Mithouard: una revisión al concepto de medida de efecto equivalente», *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, núm 2, 1994, pp. 379-418; MARTÍNEZ LAGE, S., «Las sentencias Bosman, Cassis de Dijon y Keck y Mithouard», *Gaceta Jurídica de la C.E. y de la Competencia*, Boletín, 1996 nº 109 pp. 1-4; MATTERA, A., «De l'arrêt "Dassonville" à l'arrêt "Keck": l'obscurité clarité d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions», *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, núm. 1, pp. 117-160; MOORE, S., «Quantitative Restrictions and Measures having Equivalent Effect - Re-visiting the limits of Article 30 EEC», *European Law Review*, 1994, pp. 195-20; y REICH, N., «The "November Revolution" of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited», *Common Market Law Review*, 1994, pp. 459-492. Para un examen de la evolución posterior, puede verse MAYORAL JERRAVIDAS, A., «La sentencia "Dynamic Medien Vertriebs GmbH" del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la sombra de "Keck y Mithouard" es alargada», *Revista Electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación*, 2008, núm 18, pp. 7-11.

⁹² Ver ESCAMILLA CASTILLO, M., «La democracia negativa», *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 36, 2002, pp. 281-301.

comunitario, hasta el punto que se convirtieron en la lógica del Derecho comunitario, su estándar de racionalidad instrumental, como expresión de la lógica del mercado.

El *Libro Blanco sobre la realización del Mercado Interior*, de 1985, aprovechó la ocasión y utilizó el principio de reconocimiento mutuo, el principio de equivalencia y hasta el principio de origen en sus previsiones legislativas de futuro⁹³. Para empezar, ya en su parágrafo 13, el *Libro Blanco* recogía una declaración de principios que anunciaba la transformación que iba a promover la Comisión Europea con el impulso de cambio de una nueva técnica jurídica liberalizadora en el nuevo programa legislativo:

«El elemento central de de la orientación de la Comisión en este área consiste en el abandono de la noción de armonización en beneficio de la noción de reconocimiento mutuo y de equivalencia».

En su *Segunda Parte*, destinada al examen de las “Fronteras Técnicas” del Mercado común y a las previsiones de supresión, el protagonismo se le otorgaba plenamente al principio de reconocimiento mutuo al que se dedicaba, un papel nuclear en el ámbito de la libre circulación de mercancías, como “nueva estrategia” para la realización del mercado interior. Si uno de los epígrafes dentro de la libre circulación de mercancías llevaba por título “Una estrategia nueva se impone”, otro llevaba por título “La estrategia adoptada” y otro específicamente “El reconocimiento mutuo”, donde se afirmaba que “En el caso en el que la armonización de reglas y normas no es considerado como esencial desde el punto de vista de la salud o de la seguridad o desde el punto de vista industrial, la regla debe ser el reconocimiento pleno y completo de normas de calidad diferentes, de reglas diferentes de composición de los alimentos” (parágrafo 77), y en el parágrafo 79, que “El efecto neto a largo plazo de adoptar y aplicar esta nueva estrategia será reducir el peso de las reglamentaciones sobre las empresas que desean operar a escala comunitaria”.

En el sector de libre circulación de personas, en los párrafos 91 y 92, se hacía hincapié en la utilización del principio de reconocimiento mutuo en

⁹³ *Completing the Internal Market: White paper from the Comisión to the European Council/Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur* (Milan, 28-29 June 1985), documento COM (85) 310 final.

relación con los títulos y diplomas universitarios, como paso inicial con el que afrontar los obstáculos existentes en materia de derecho de establecimiento de los profesionales, y luego extender la experiencia, aplicando el principio de reconocimiento mutuo a otros ámbitos de la formación profesional y de cualificaciones profesionales.

Y finalmente, en el ámbito de los servicios, aparecía en un sector muy determinado, por vez primera, y de forma inequívoca el principio de origen: en el sector de los servicios financieros. Como decía el texto, este control por el país de origen debía consistir en confiar la vigilancia de un establecimiento financiero sobre todo a las autoridades competentes en el Estado miembro de origen, a las que deberían ser comunicadas todas las informaciones necesarias para la vigilancia, dejando un papel auxiliar a las autoridades del Estado miembro destinatario del servicio⁹⁴. En cualquier caso, el principio de origen tampoco se preveía establecer sin limitaciones.

Como puede imaginarse, a partir del papel central del principio de reconocimiento mutuo, del principio de equivalencia y del principio de origen en las previsiones programáticas del *Libro Blanco sobre la realización del Mercado Interior* de 1985, todos estos principios se extendieron, como técnicas de reglamentación, por los más diversos campos de la legislación comunitaria. En una fecha aún no demasiado lejana, en octubre de 1999, el Consejo dictó una Resolución en la que animaba a la Comisión ampliar la aplicación del principio de reconocimiento mutuo y a los agentes económicos a valerse de los beneficios del reconocimiento mutuo⁹⁵.

Para valorar las transformaciones aparejadas por la emergencia de tales principios, baste con citar las palabras de un estudioso del Derecho internacional privado en 1993, al considerar los cambios que se estaban produciendo en campos como el conflicto de leyes entre normas que regulan relaciones de Derecho público o administrativo, condicionantes de las relaciones privadas transfronterizas:

⁹⁴ Un sistema, extendido a las relaciones con el Espacio Económico Europeo, que no hay que olvidar que ha demostrado no ser muy eficaz en el contexto de la crisis financiera del otoño de 2008.

⁹⁵ Resolución del Consejo de 28 de octubre de 1999 sobre el reconocimiento mutuo (2000/C 141/02), DO núm. C 141, de 19/05/2000, pp. 5-6.

«es particularmente en este ámbito donde el Derecho Comunitario se muestra más innovador, porque los principios fundadores del mercado único, en especial el principio de reconocimiento mutuo y el del control por las autoridades del país de origen, y la extraterritorialidad de las reglas de derecho público que de estos se deriva, constituyen una cuasi-revolución(sic) en relación con la aproximación tradicional fundada sobre la territorialidad del derecho público»⁹⁶.

En particular, cabe mencionar brevemente, a modo de ejemplo y sin voluntad de ser exhaustivos algunos ámbitos de singular trascendencia. Comenzaremos por el sector en el que el Libro Blanco planteó expresamente la inclusión del principio de origen, el sector de los servicios financieros, donde cabe citar la Directiva 2004/39/CE, relativa a los mercados de instrumentos financieros, que exige transparencia a los emisores de valores mobiliarios y que establece el principio de origen prohibiendo a los Estados miembros imponer al emisor obligaciones de información financiera más severas que las que le impone su país de origen⁹⁷.

Ya hemos referido más arriba que el principio de reconocimiento mutuo y el principio de equivalencia desempeñaron un papel fundamental en una de las áreas anunciadas por el Libro Blanco, la relativa a las normas que han construido el sistema comunitario de equivalencia de cualificaciones profesionales, fundamental para garantizar la libre circulación y el derecho de establecimiento de los profesionales y autónomos. El punto de partida estuvo en la Directiva 89/48/CEE del Consejo, de 21/12/1988, relativa a un

⁹⁶ RADICATI DI BROZOLO, L., «L'Influence sur les Conflits de Lois des Principes de Droit Communautaire en matière de Liberté de Circulation», *Revue Critique de Droit International Privé*, nº 82/3, julio-sept. 1993, p. 402.

⁹⁷ Así, dice el apartado 2 del artículo 61 de la Directiva, relativo a las facultades de los Estados miembros de acogida:

«2. En cumplimiento de las responsabilidades que les confiere la presente Directiva, los Estados miembros de acogida podrán exigir a las sucursales de las empresas de inversión la información que sea necesaria para supervisar el cumplimiento de las normas de los Estados miembros de acogida que les sean aplicables en los casos previstos en el apartado 7 del artículo 32. Estas exigencias no podrán ser más estrictas que las que estos mismos Estados miembros imponen a las empresas establecidas en su territorio para supervisar el cumplimiento de esas mismas normas».

Directiva 2004/39/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a los mercados de instrumentos financieros, por la que se modifican las Directivas 85/611/CEE y 93/6/CEE del Consejo y la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 93/22/CEE del Consejo [D O núm. L 145, de 30/04/2004].

sistema general de reconocimiento de los títulos de enseñanza superior que sancionan formaciones profesionales de una duración mínima de tres años⁹⁸. Esta Directiva se vio acompañada en 1992 por la Directiva 92/51/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, relativa a un segundo sistema general de reconocimiento de formaciones profesionales, que establece el reconocimiento de otros diplomas, certificados y títulos que no sean los de enseñanza superior de ciclo largo, que completa la Directiva 89/48/CEE⁹⁹. Y en 1999 le seguiría la Directiva 1999/42/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de junio de 1999, por la que se establece un mecanismo de reconocimiento de títulos respecto de las actividades profesionales a que se refieren las Directivas de liberalización y de medidas transitorias, que introducía un mecanismo de reconocimiento de cualificaciones para el acceso a determinadas actividades comerciales, industriales y artesanales no contempladas en las Directivas precedentes (como por ejemplo, los sectores de textil, ropa, cuero, madera, etc.)¹⁰⁰. El cierre de este proceso está en la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales que ha derogado todas las anteriores unificando en ella todos los regímenes de reconocimiento de títulos y cualificaciones profesionales¹⁰¹. En todas ellas, el sistema de reconocimiento de títulos parte del principio de equivalencia de titulaciones y sólo cuando se muestra que no existe tal equivalencia, por la diferencia de las formaciones o la estructura de las profesiones, se establece un sistema a través de una prueba o de la exigencia de un período de práctica que compense la carencia formativa. Éste ha sido uno de los ámbitos de plena operatividad del principio de equivalencia en relación con los

⁹⁸ DO núm. L 019, de 24/01/1989.

⁹⁹ DO núm. L 209, de 24/07/1992.

¹⁰⁰ DO núm. L 201, de 31/07/1999.

¹⁰¹ Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales, por la que quedan derogadas las Directivas 77/452/CEE, 77/453/CEE, 78/686/CEE, 78/687/CEE, 78/1026/CEE, 78/1027/CEE, 80/154/CEE, 80/155/CEE, 85/384/CEE, 85/432/CEE, 85/433/CEE, 89/48/CEE, 92/51/CEE, 93/16/CEE y 1999/42/CE (DO núm. L 255/22 de 30/09/2005. Con posterioridad ha recibido múltiples reformas en ámbitos singulares.

conocimientos académicos adquiridos y demostrados o con los períodos de experiencia profesional adquiridos en los otros Estados¹⁰².

Un ámbito del sector de los servicios, en el que el principio de origen se ha convertido en un elemento fundamental de la reglamentación es en el sector del comercio electrónico, donde la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico establece expresamente en toda su extensión el principio de origen¹⁰³. En particular, el artículo 3 de la Directiva recoge el principio de origen al establecer el control por el Estado donde esté establecido el prestador de servicios, de acuerdo con su propias normas jurídicas e impedir a los Estados miembros aplicar sus normas al prestador de servicios establecido en otro Estado miembro¹⁰⁴. Con todo, la regulación de la Directiva permite excepciones fundadas en criterios de interés general, próximos, en algunos casos, a los criterios de la jurisprudencia *Cassis de Dijon* y otras excepciones muy diversas recogidas en un anexo¹⁰⁵. El Considerando 22 del Preámbulo de la Directiva, lo justifica con una argumentación que anticipa las razones dadas para la propuesta de Directiva de Servicios:

«El control de los servicios de la sociedad de la información debe hacerse en el origen de la actividad para garantizar que se protegen de forma eficaz los intereses generales y que, para ello, es necesario garantizar que la autoridad competente garantice dicha protección no sólo en el caso de los ciudadanos de su país, sino en el de todos los ciudadanos de la Comunidad. Es indispensable

¹⁰² Pueden verse ARES ÁLVAREZ, E.-M., «El reconocimiento de cualificaciones profesionales. Un paso más hacia la liberalización», *Revista de estudios europeos*, núm. 41, 2005, pp. 89-118; y CORDERO ZÁRRAGA, E., «Reforma del régimen de reconocimiento de cualificaciones profesionales», *Unión Europea Aranzadi*, vol. 32, núm. 7, 2005, pp. 49-51.

¹⁰³ 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 (Directiva sobre el comercio electrónico). Puede verse, DE MIGUEL ASENSIO, P.A., «Directiva sobre el comercio electrónico: determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas», *Revista de la contratación electrónica*, núm. 20, octubre 2001. pp. 3-40.

¹⁰⁴ El artículo 3, en sus apartados 1 y 2 lo establece con el siguiente tenor:

«Artículo 3. Mercado interior

1. Todo Estado miembro velará por que los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador de servicios establecido en su territorio respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho Estado miembro que formen parte del ámbito coordinado.
2. Los Estados miembros no podrán restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado».

¹⁰⁵ Apartados 3 a 6 del artículo 3 de la Directiva.

precisar con claridad esta responsabilidad del Estado miembro de origen de los servicios para mejorar la confianza mutua entre los Estados miembros; además y con el fin de garantizar de forma eficaz la libre circulación de servicios y la seguridad jurídica para los prestadores de servicios y sus destinatarios, en principio estos servicios deben estar sujetos al régimen jurídico del Estado miembro en que está establecido el prestador de servicios».

Los problemas de la determinación del principio de origen en la Directiva de comercio electrónico se extendían particularmente al ámbito del Derecho internacional privado, como fue puesto de relieve por un relevante sector doctrinal¹⁰⁶. El verdadero problema que plantea en no pocas ocasiones está en la indeterminación de su alcance al chocar con las reglas de las normas de conflicto.

En la misma estela cabe considerar la inclusión del principio de origen en la Directiva «Servicios de medios audiovisuales sin fronteras» de 2007, que modificaba la Directiva de 1989 «Televisión sin fronteras»¹⁰⁷. Como se ha dicho, en este conjunto de supuestos regulados específicamente a través de Directivas sectoriales, el principio de origen es acompañado de “cauteladas supervisoras” del Estado de acogida¹⁰⁸.

Hay otra materia, dentro del ámbito de la libre circulación de personas, en el que se ha resaltado el papel del principio de origen, cual es el de las normas de los Acuerdos de Schengen, particularmente en el sistema planificado para las condiciones de circulación de los no comunitarios. En la regulación del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 19 de junio de 1990, se concibió un régimen en el que subyace una racionalidad fundada en los modos de operar comunitarios de las libertades de circulación económicas,

¹⁰⁶ Así, FALLON, M. y MEEUSEN, J., “Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le Droit international privé”, *Revue Critique de Droit International Privé*, tomo 91, 2002/3, pp. 435-490. Puede verse nuestro trabajo “Administración electrónica y regulación estatal: problemas de Derecho Internacional Privado contractual en materia de contratos electrónicos de consumo”, en *Gobierno, derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos*, Fernando Galindo Ayuda (coord.), Civitas/Thomson, Cizur Menor, 2006, pp. 557-584

¹⁰⁷ Directiva 2007/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de diciembre de 2007, por la que se modifica la Directiva 89/552/CEE del Consejo sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva. Ver AGUADO GUADALUPE, G., «Control por el país de origen, neutralidad tecnológica, flexibilidad y autorregulación: las claves de la nueva directiva de servicios de medios audiovisuales sin fronteras», *Enlaces: revista del CES Felipe II*, 2009, nº 10, pp 1-11.

¹⁰⁸ JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año núm. 11, núm. 28, 2007, pp. 788-789.

en el sentido de que todo el régimen es susceptible de analizarse desde la perspectiva de los principios mencionados de reconocimiento mutuo, equivalencia y origen¹⁰⁹. En particular, el principio de origen subyacía a todo el sistema previsto de circulación de personas cuando no existían normas convencionales armonizadas, comunes a todos los Estados miembros, de forma que se otorgaba mutuo reconocimiento y eficacia a los visados nacionales de larga duración en el momento de la entrada; o a los permisos de residencia, a las autorizaciones provisionales de residencia y a los documentos de viaje expedidos por otros Estados miembros, a efectos de la circulación¹¹⁰.

Cabe mencionar que en el ámbito de la cooperación judicial en materia civil y penal, desde la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, en mayo de 1999, y a partir de las previsiones de la cumbre de Tampere de octubre de 1999, que planificó las materias relativas al Espacio de Libertad Seguridad y Justicia, el principio de reconocimiento mutuo fue calificado como la “piedra angular” del nuevo sistema de cooperación judicial europeo, tanto civil como penal¹¹¹.

¹⁰⁹ El Convenio de Aplicación del Acuerdo de Schengen de 14 de junio de 1985 entre los Gobiernos de los Estados de la Unión Económica del Benelux, de la República Federal de Alemania y de la República Francesa, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes fue “comunitarizado”, es decir, transformado en Derecho comunitario por obra del Tratado de Unión Europea de Ámsterdam.

¹¹⁰ Puede verse FALLON, M., «Variations sur le Principe d'Origine, entre Droit Communautaire et Droit International Privé», en *Nouveaux Itinéraires en Droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, pp. 187-223; y nuestro trabajo «El sistema de los acuerdos de Schengen desde el Derecho Internacional Privado» I y II, *Revista de estudios europeos*, núms. 10 y 11, 1995, pp. 47-80 y 91-120.

¹¹¹ Ver la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo *Reconocimiento mutuo de resoluciones firmes en materia penal*, COM (2000) 495 final, no publicada en el Diario Oficial, y la Decisión Marco 2002/584/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros (incorporada al Derecho español a través de la Ley 3/2003, de 14 de marzo, sobre la orden europea de detención y entrega, y de la Ley Orgánica 2/2003, de 14 de marzo, complementaria de la anterior) recogía por vez primera en materia de cooperación judicial penal el principio de reconocimiento mutuo, y, en el ámbito de la cooperación judicial civil, el Reglamento 2201/2003, del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, lo estableció en sus artículos 41 y 44 en materia de derecho de visita y de restitución de menores. Sobre la materia puede verse GUZMÁN ZAPATER, M., «Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2001, vol. 5, núm. 10, pp. 405-438. También, en la cooperación judicial penal, puede verse VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, G. y SURANO, L., *Analyse de l'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union Européenne*, Ed. de l'Université de Bruxelles. *Rapport Final*, Institut d'Etudes Européennes, Université Libre de Bruxelles/ECLAN – European Criminal Law Academic Network, 2009. No han faltado las críticas al hecho de que se regulasen materias no económicas a través de técnicas de liberalización comercial, ver ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., «Algunas Consideraciones en torno al Derecho internacional privado español. Pasado y presente», en *Soberanía del Estado y Derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 979-980.

4.3 EL PRINCIPIO DE ORIGEN EN LA PROPUESTA DE DIRECTIVA

Como dijimos al examinar la génesis de la Directiva, la propuesta inicial de la “Directiva Bolkestein” recogía una determinada formulación del principio de origen (o principio de país de origen). Conviene recordar la definición de principio de origen dada por M. Fallon que vimos más arriba, descrito como “la necesidad, por la autoridad del foro, denominada también autoridad del Estado de acogida, de remitirse a una norma -regla o decisión- del Estado de procedencia de un bien o de una persona, denominado Estado de origen”¹¹².

En el artículo 16 de la Propuesta de Directiva, el primer artículo del Capítulo III, que lleva por título “Libre circulación de servicios”, en su Sección 1, bajo el epígrafe “Principio de país de origen y excepciones”, se establecía una larga disposición del siguiente tenor:

«Artículo 16. Principio del país de origen

1. Los Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores estén sujetos únicamente a las disposiciones nacionales de su Estado miembro de origen que formen parte del ámbito coordinado.

El primer párrafo se refiere a las disposiciones nacionales relativas al acceso a la actividad de un servicio y a su ejercicio, y en particular a las que rigen el comportamiento del prestador, la calidad o el contenido del servicio, la publicidad, los contratos y la responsabilidad del prestador.

2. El Estado miembro de origen se encargará de controlar al prestador y los servicios que realice, incluso cuando preste sus servicios en otro Estado miembro.
3. Los Estados miembros no podrán restringir la libre prestación de servicios realizados por un prestador establecido en otro Estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado, y en particular, mediante la imposición de los siguientes requisitos:
 - obligación de que el prestador esté establecido en el territorio nacional;
 - obligación de que el prestador haga una declaración o notificación ante las autoridades competentes nacionales de que obtenga una autoriza-

¹¹² FALLON, M., «Variations sur le principe d'origine, entre Droit communautaire et droit international privé», en *Nouveaux Itinéraires en Droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, 1993, p. 189. Véase también ADRIÁN ARNÁIZ, A.J., «La Constitución económica española y el Derecho internacional privado comunitario: el principio de origen», *La Constitución española y el ordenamiento comunitario europeo (XVI Jornadas de Estudio del Servicio Jurídico del Estado 13- 16 dic. 1993)*, vol. I, Ministerio de Justicia e Interior, Madrid, 1995, pp. 41-100.

ción concedida por éstas últimas, incluida la inscripción en un registro o en un colegio profesional que exista en el territorio nacional;

- obligación de que el prestador disponga de una dirección o un representante en el territorio nacional o que se domicilie en él mismo en la dirección de una persona autorizada;
- prohibición de que el prestador se procure en el territorio nacional cierta infraestructura, incluida una oficina o un gabinete, necesaria para llevar a cabo las correspondientes prestaciones;
- obligación de que el prestador cumpla los requisitos aplicables en el territorio nacional relativos al ejercicio de una actividad de servicios;
- aplicación de un régimen contractual particular entre el prestador y el destinatario que impida o limite la prestación de servicios con carácter independiente;
- obligación de que el prestador posea un documento de identidad específico para el ejercicio de una actividad de servicios y expedido por las autoridades competentes nacionales;
- requisitos sobre el uso de equipos que forman parte integrante de la prestación de servicios;
- restricciones de la libre circulación de los servicios contemplados en el artículo 20, en el primer párrafo del apartado 1 del artículo 23 y en el apartado 1 del artículo 25».

Este artículo estaba colocado en el lugar que correspondía al artículo más relevante sobre la materia de libre circulación de servicios, el artículo que debía garantizar la libre circulación. El mismo artículo que con los cambios posteriores recogería la definición de libre circulación y la obligación de su respeto. Es decir que, en la propuesta de Directiva, esa definición del objeto de la reglamentación, la libre circulación, había sido sustituida por el principio de origen como expresión máxima de la libre circulación.

Un somero análisis del texto, nos muestra que la estructura del artículo era tripartita, dividida en tres apartados, y que recogía en primer lugar un enunciado general del principio, en el que se establecía la obligación de los Estados miembros de aplicar a los prestadores las disposiciones del Estado miembro de origen:

«Los Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores estén sujetos únicamente a las disposiciones nacionales de su Estado miembro de origen que formen parte del ámbito coordinado».

Lo que se entendía por “ámbito coordinado” era definido en el artículo 4.9, que precisaba que por «Ámbito coordinado» se iba a entender “cualquier requisito aplicable al acceso a las actividades de servicios o a su ejercicio”¹¹³. Resulta de interés retener que este concepto difiere del de “ámbito armonizado”, ya que ni la propuesta de Directiva ni la Directiva en su redacción final llevan consigo propiamente ninguna armonización legislativa, en especial porque no armonizan tales requisitos de acceso o de ejercicio¹¹⁴.

Este texto se acompañaba a continuación de una norma interpretativa que aclaraba que las disposiciones a que se refiere son las disposiciones nacionales que tienen que ver con “el acceso a la actividad de un servicio y a su ejercicio”, precisando aún más que, particularmente, “las que rigen el comportamiento del prestador, la calidad o el contenido del servicio, la publicidad, los contratos y la responsabilidad del prestador”.

La segunda parte del texto, que se corresponde con el segundo apartado, incluía la regla de control por el país de origen que era formulada en una sucinta redacción: “El Estado miembro de origen se encargará de controlar al prestador y los servicios que realice, incluso cuando preste sus servicios en otro Estado miembro”. No sólo se aplicarían las disposiciones del país de origen, sino que el control de su aplicación también le correspondería a este país, incluso cuando la empresa se encontrara desempeñando la actividad en un país distinto.

Por último, la tercera parte del artículo, en el tercer apartado, después de un enunciado general que prohíbe a los Estados restringir la libre prestación de servicios que realicen los prestadores establecidos en otros Estados Miembros “por razones inherentes al ámbito coordinado” (utilización, en suma, de requisitos de acceso o ejercicio para la actividad), se establecía una lista no cerrada, *ad exemplum*, donde se enumeraban particularmente nueve

¹¹³ El Considerando 21 del Preámbulo de la propuesta de Directiva aclara la cuestión en el sentido de que “El concepto de ‘ámbito coordinado’ incluye todos los requisitos aplicables al acceso a las actividades de servicios o a su ejercicio, especialmente aquellos previstos en las disposiciones legislativas, reglamentarias o administrativas de cada Estado miembro, independientemente de que se refieran o no a un ámbito armonizado a nivel comunitario, de que tengan un carácter general o específico y de cuál sea el ámbito jurídico al que pertenecen con arreglo al Derecho nacional”.

¹¹⁴ Ver QUADRA-SALCEDO JANINI, T., «¿Quo vadis Bolkestein? ¿Armonización o desregulación?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007, p. 262.

supuestos de requisitos que los Estados de acogida no podían exigir en ningún caso a tales prestadores de servicios: (a) la obligación de estar establecido en su territorio nacional; (b) la obligación de que el prestador haga una declaración o notificación ante las autoridades del Estado de acogida de obtener una autorización, incluida la inscripción en un registro o colegio profesional; (c) la obligación de que posea una dirección en el territorio nacional, un representante o que se domicilie en la dirección de una persona autorizada; (d) la prohibición de que se procure una infraestructura necesaria para llevar a cabo las correspondientes prestaciones, como una oficina o un despacho; e) la obligación de que cumpla los requisitos nacionales relativos al ejercicio de la actividad de servicios; f) la aplicación de un régimen contractual particular entre el prestador y el destinatario que impida o limite la prestación de servicios con carácter independiente (obligación de contrato por cuenta ajena); g) la obligación de que posea un documento de identidad específico expedido por el Estado de acogida para el ejercicio de una actividad de servicios; h) requisitos sobre el uso de equipos que forman parte integrante de la prestación de servicios; e i) otras restricciones de la libre circulación de los servicios como la exigencia de autorizaciones o de requisitos fiscales, las limitaciones de derechos de asistencia sanitaria o los obstáculos a trabajadores contratados por el prestador por razón de ser nacionales de países no miembros de la Unión Europea.

Sin entrar aún en el análisis general del principio de origen, lo primero que resalta es que el enunciado que se escogió del principio de origen era muy amplio, con un listado que ejemplificaba con supuestos concretos restricciones precisas que no iban a considerarse legítimas. Es decir, se establecía un enunciado general, pero además se entraba con minuciosidad a determinar situaciones específicas –se entraba en la casuística–, lo que mostraba una voluntad determinada de escrupulosidad, de incidir con exactitud en situaciones de detalle, más allá de dejar sentado el principio general¹¹⁵.

¹¹⁵ La interpretación que lleva a cabo A. Estella de Noriega, en el sentido de que el tercer apartado era el eje de la disposición y que la voluntad estaba en que primero se analizaran los supuestos en él establecidos, para después acudir en su caso al segundo párrafo del apartado primero, como “apartado escoba”, resulta en todo punto pertinente y muestra esa inequívoca voluntad de partir de la casuística. Ver ESTELLA DE NORIEGA, A., «El principio del país de origen en la propuesta de Directiva Bolkestein», *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior* (Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, dir.), Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 173-249 (en especial pp. 184-185).

En segundo lugar hay que referirse al ejercicio del control por el país de origen, en todo caso: "incluso cuando preste sus servicios en otro Estado miembro", se dice expresamente. Como ya dijeron e incidieron las críticas contra la propuesta de Directiva "Bolkestein" que expusimos al examinar la génesis de la Directiva de servicios, el interés del Estado de origen en controlar la actividad de una de sus empresas en un país extranjero sería muy pequeño, porque en definitiva los efectos de la actuación de éstas probablemente no se dejaran notar más que en el país de acogida e incluso tendría particular interés en no poner trabas a sus compañías que actúan en el extranjero para facilitar su desarrollo económico, por puro nacionalismo comercial. Se fomenta precisamente lo que en teoría se quiere evitar en las normas comunitarias.

Pero lo más relevante en el juego del principio de origen de la propuesta de Directiva es que rompía con la lógica que imperaba en el principio de origen jurisprudencial derivado del principio de reconocimiento mutuo y del principio de equivalencia, como presunción. En el modelo jurisprudencial *Cassis de Dijon*, el carácter de presunción *iuris tantum* de la equivalencia era sustancial, porque permitía alegar y probar la existencia de "exigencias imperativas" o de "razones imperiosas de interés general", aplicando los "*test de invocabilidad*" anteriormente expuestos. En el modelo que preveía la propuesta de Directiva, se restringía acentuada e inequívocamente la posibilidad del Estado de considerar excepciones al juego del principio de origen, como permitía el mecanismo jurisprudencial consolidado *Cassis de Dijon* que ya hemos examinado.

Es cierto que los artículos 17, 18 y 19 de la propuesta de Directiva contemplaban excepciones al juego del principio de origen, pero en buena parte de los supuestos se trataba de excepciones con un alcance limitado. Así, las llamadas excepciones "generales", en el artículo 17, recogían inicialmente, en los cuatro primeros puntos, grupos de servicios, como los servicios postales, los servicios de distribución de energía eléctrica, de gas, de agua, etc.¹¹⁶. Se trataba de servicios de gran importancia que quedaba fuera de las reglas de

¹¹⁶ «Artículo 17. Excepciones generales al principio del país de origen.

El artículo 16 no se aplicará a:

- 1) los servicios postales a los que se refiere el punto 1 del artículo 2 de la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 15 de 21.1.1998, p. 14);
- 2) los servicios de distribución de energía eléctrica mencionados en el punto 5 del artículo 2 de la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO C 176 de 15.7.2003, p. 37);

- 3) los servicios de distribución de gas mencionados en el punto 5 del artículo 2 de la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO C 176 de 15.7.2003, p. 57);
- 4) los servicios de distribución de agua;
- 5) las materias que abarca la Directiva 96/71/CE;
- 6) las materias a las que se refiere la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 281 de 28.11.1995, p. 1);
- 7) las materias a las que se refiere la Directiva 77/249/CEE del Consejo (DO L 78 de 26.3.1977, p. 17);
- 8) lo dispuesto en el artículo [...] de la Directiva .../.../CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales;
- 9) las disposiciones del Reglamento (CEE) n° 1408/71 por las que se determina la legislación aplicable;
- 10) lo dispuesto en la Directiva/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo, 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, por la que se modifica el Reglamento (CEE) n° 1612/68 y se derogan las Directivas 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE y 93/96/CEE, en las que se establecen trámites administrativos ante las autoridades competentes de los Estados miembros de acogida a cargo de los beneficiarios;
- 11) en caso de desplazamiento de nacionales de terceros países, a la obligación de visado de corta duración impuesto por el Estado miembro de desplazamiento en las condiciones a las que se refiere el apartado 2 del artículo 25;
- 12) el régimen de autorización previsto en los artículos 3 y 4 del Reglamento (CEE) n° 259/93 del Consejo (DO L 30 de 6.2.1993, p. 1);
- 13) los derechos de autor y derechos afines, los derechos contemplados en la Directiva 87/54/CEE del Consejo (DO L 24 de 27.1.1987, p. 36) y en la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo (DO L 77 de 27.3.1996, p. 20) y los derechos de propiedad industrial;
- 14) los actos para los que la ley exija la intervención de un notario;
- 15) la auditoría de cuentas;
- 16) los servicios que, en el Estado miembro al que se desplace el prestador para realizar su servicio, sean objeto de un régimen de prohibición total justificado por motivos de orden público, seguridad pública o salud pública;
- 17) los requisitos específicos del Estado miembro al que el prestador se desplace que estén directamente relacionados con las características particulares del lugar en el que se presta el servicio y cuyo respeto sea imprescindible para garantizar el mantenimiento del orden público o de la seguridad pública, o la protección de la salud pública o del medio ambiente;
- 18) el régimen de autorización relativo al reembolso de la asistencia hospitalaria;
- 19) la matriculación de vehículos objeto de un arrendamiento financiero en otro Estado miembro;
- 20) la libertad de las partes para elegir el Derecho aplicable a su contrato;
- 21) los contratos celebrados por los consumidores que tengan por objeto la prestación de servicios, en la medida en que las disposiciones por las que se rigen no estén enteramente armonizadas a nivel comunitario;
- 22) la validez formal de los contratos por los que se crean o transfieren derechos en materia de propiedad inmobiliaria, cuando dichos contratos están sujetos a requisitos formales obligatorios con arreglo a lo dispuesto en el Derecho del Estado miembro en que esté situada la propiedad inmobiliaria;
- 23) la responsabilidad extracontractual del prestador en caso de accidente ocurrido en el ejercicio de su actividad a una persona en el Estado miembro al que el prestador se desplace».

la Directiva. En el punto quinto, se dejaba teóricamente fuera lo relativo a las normas de desplazamiento de trabajadores de la Directiva 96/71/CE; cuyo sistema protector, sin embargo, era desmantelado en la práctica por otras disposiciones al desactivar el sistema de control del Estado de acogida previsto en la mencionada Directiva. También se dejaba fuera lo relativo a la protección de datos de carácter personal, la libre prestación de servicios por los abogados, el sistema de reconocimiento de cualificaciones profesionales, lo relativo al Derecho aplicable en la regulación de la coordinación de regímenes de Seguridad Social y otras excepciones también calificadas como “generales”. El listado buscaba dar una impresión de exhaustividad, por lo aparentemente prolijo de las excepciones, pero fijaba la regla general de aplicación del principio de origen sobre todos los servicios que no quedaran excluidos. Con ello, se habría dado el primer paso de asentamiento del principio en forma cuasi incondicional.

El apartado 17, del artículo 17 que comentamos, incluía una excepción muy particular, en aquellos casos de servicios excluidos totalmente del comercio en un Estado miembro, pero no en los otros, cuando se fijan requisitos necesarios para el mantenimiento del orden público, la seguridad pública, la protección de la salud pública o del medio ambiente y “relacionados con las características particulares del lugar en el que se presta el servicio”. En esta exclusión, como aclara el considerando 42 de la propuesta de Directiva, se refería en exclusiva a situaciones que se hallaban sujetas a un régimen de prohibición total (como por ejemplo, entendemos nosotros, los supuestos de prohibición del aborto en algunos países o la prohibición de establecimientos de comercialización y consumo de *cannabis*, o supuestos similares). En ningún caso se preveía aquí una excepción general referida al orden público, la seguridad pública, la protección de la salud pública o el medio ambiente que permitiera mantener un mecanismo similar al de las “razones imperiosas de interés general” de la jurisprudencia *Cassis de Dijon*, bien que fuera de forma limitada¹¹⁷.

Por su parte, el artículo 18 incluía solamente excepciones “transitorias” para supuestos muy específicos, como el transporte de fondos, el juego o el cobro

¹¹⁷ Así ESTELLA DE NORIEGA, A., «El principio del país de origen en la propuesta de Directiva Bolkestein», *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior* (Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, dir.), Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 192.

de deudas por vía judicial¹¹⁸. Y, en lo que hace al artículo 19, éste recogía las llamadas excepciones “en casos individuales”, referidas, con carácter excepcional, a los servicios de salud pública, el ejercicio de la profesión sanitaria, la protección del orden público, aquí sí, en especial lo relativo a la protección de menores, y la previsión de aceptar las excepciones establecidas en Directivas o Reglamentos sectoriales referidos a supuestos singulares de libre prestación de servicios¹¹⁹. La caracterización de tales excepciones no es muy clara y todas ellas plantean múltiples dudas¹²⁰.

¹¹⁸ «Artículo 18. Excepciones transitorias al principio del país de origen

1. Durante un período transitorio, el artículo 16 no se aplicará a:
 - a) las modalidades de ejercicio del transporte de fondos;
 - b) las actividades de juegos por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías y operaciones relacionadas con las apuestas;
 - c) el acceso a las actividades de cobro de deudas por vía judicial.
2. Las excepciones contempladas en las letras a) y c) del apartado 1 del presente artículo dejarán de aplicarse cuando sean de aplicación los instrumentos de armonización contemplados en el apartado 1 del artículo 40 y, en cualquier caso, a partir del 1 de enero de 2010.
3. La excepción contemplada en la letra b) del apartado 1 del presente artículo dejará de aplicarse cuando sea de aplicación el instrumento de armonización contemplado en la letra b) del apartado 1 del artículo 40».

¹¹⁹ «Artículo 19. Excepciones al principio del país de origen en casos individuales

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 16 y con carácter excepcional, los Estados miembros podrán tomar medidas respecto de un prestador que tenga su establecimiento en otro Estado miembro cuando dichas medidas estén relacionadas con uno de los siguientes puntos:
 - a) la seguridad de los servicios, incluidos los aspectos relacionados con la salud pública;
 - b) el ejercicio de una profesión sanitaria;
 - c) la protección del orden público, y, especialmente, los aspectos relacionados con la protección de menores.
2. La medida contemplada en el apartado 1 únicamente se podrá tomar respetando el procedimiento de asistencia recíproca previsto en el artículo 37 y si se reúnen las siguientes condiciones:
 - a) las disposiciones nacionales en virtud de las cuales se toma la medida no son objeto de armonización comunitaria relativa a los ámbitos a los que se refiere el apartado 1;
 - b) la medida debe ofrecer al destinatario un mayor grado de protección que la que tomaría el Estado miembro de origen con arreglo a lo dispuesto en sus disposiciones nacionales;
 - c) el Estado miembro de origen no ha adoptado medidas o las medidas que ha adoptado son insuficientes en relación con las contempladas en apartado 2 del artículo 37;
 - d) la medida debe ser proporcionada.
3. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los instrumentos comunitarios para garantizar la libre circulación de servicios o permitir excepciones a dicha libertad».

¹²⁰ Ver ESTELLA DE NORIEGA, A., «El principio del país de origen en la propuesta de Directiva Bolkestein», *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior* (TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, dir.), Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 194-199.

Lo que se observa es que la propuesta de Directiva “Bolkestein” recogía una formulación del principio de origen claramente maximalista, que rompía el precario equilibrio que había fijado la jurisprudencia *Cassis de Dijon* –tal y como hemos visto en la exposición realizada con anterioridad– entre las libertades económicas y el papel del Estado en protección del interés general. Y rompía ese precario equilibrio, claro está, en beneficio del interés de la libertad de circulación y en detrimento de la protección de otros intereses generales amparados por los Estados que el Tribunal de Justicia comunitario, utilizando en ocasiones un criterio generalmente restrictivo, había considerado de legítima protección. Como se ha señalado, la propuesta “encerraba en sí un planteamiento tan liberalizador del mercado que no sólo se situaba al margen de las conquistas sociales europeas, sino que pulverizaba el acervo jurisprudencial asentado sobre los equilibrios del mercado interior”¹²¹.

Lo que se perseguía con esta formulación del principio de origen ha sido neutralizar el poder normativo y de control del Estado en favor de la liberalización comercial¹²². Lo que se buscaba, en definitiva, era evitar que el

¹²¹ Ver JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año núm. 11, núm. 28, 2007, pp. 802-803.

¹²² Es decir, lo que en verdad perseguía el proyecto de Directiva era el mismo fin que en las relaciones con los países en desarrollo tienen los llamados tratados bilaterales de inversión (BIT) o acuerdos para la promoción y la protección recíproca de inversiones (APPRI), así como otros instrumentos, tales como el Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, que constituye el CIADI y el Convenio de Seúl de 11 de octubre de 1985, constitutivo del Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (MIGA). Ver MAYER, P., «La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État», *Journal de Droit International*, 1986/1, p. 5-78. Véase también nuestro análisis desarrollado en ANCOS FRANCO, H. y VICENTE BLANCO, D.-J., *La promoción de la responsabilidad social en los tratados de inversión. Los casos de Bolivia y Venezuela*, «Avances de investigación», núm. 30, Fundación Carolina, Madrid, junio de 2009, pp. 9-77; puede consultarse en línea, en: <http://www.fundacioncarolina.es/es-ES/publicaciones/avancesinvestigacion/Paginas/AvancesdeInvestigacion.aspx>.

En particular lo referido en la p. 13, donde se dice:

«Los instrumentos a los que hacemos referencia fueron gestándose tras la Segunda Guerra Mundial con una finalidad precisa, la de neutralizar el poder normativo del Estado para evitar que lo utilizase ante a la inversión extranjera. Responden a la búsqueda de instrumentos eficaces capaces de dotar a las inversiones de seguridad, a través de lo que se ha llamado la “despolitización” del conflicto sobre inversiones, es decir, de evitar el conflicto interestatal (entre el Estado de acogida de la inversión y el Estado de origen) y canalizar así los conflictos a través del uso del arbitraje internacional, facilitando las reclamaciones directamente entre el inversor privado particular y el Estado receptor. Lo que se ha buscado evitar es que el Estado pudiera ejercer su poder soberano y discutir políticamente su actuación frente al Estado nacional de la inversión; y exigirle, a través de la internacionalización de los compromisos que adquiere con el inversionista extranjero, cumplir sus obligaciones con el inversionista como si fuese un particular, despojado de cualquier potestad estatal de uso unilateral, de forma que no pudiera ejercer frente a él sus poderes soberanos».

Estado pudiera ejercer su poder soberano y, por el contrario, hacer prevalecer, los principios de liberalización comercial sobre cualquier otro objetivo de política legislativa. Despojar al Estado de las potestades públicas, de forma que no pudiera ejercer frente al prestador de servicios sus poderes soberanos. Lo que se buscaba era convertir la liberalización comercial en el bien jurídico más digno de protección, a salvo de los supuestos especialísimos que contemplaba la excepción “en casos individuales”, referida, con carácter excepcional, a los servicios de salud pública, el ejercicio de la profesión sanitaria y la protección del orden público, en especial lo relativo a la protección de menores. Frente a todo lo demás, y aún con carácter general debía prevalecer la finalidad de la libre circulación a través del principio de origen.

La potencialidad del principio de origen es la de las “técnicas” o “cláusulas de tabla rasa” que contienen la exigencia de nivelar mecánicamente el tratamiento dado al operador jurídico extranjero, bloqueando todas aquellas medidas nacionales de protección del interés general que no hayan sido expresamente excluidas de su aplicación¹²³. La regla general es siempre la liberalización y ni siquiera cabe el juego del principio de precaución, salvo para los supuestos expresamente considerados. En este caso, lo que se buscaba era la simple y llana desregulación de la actividad, al convertir al principio de origen en un principio absoluto, con objeto de que los prestadores de servicios no estuviesen sujetos más que a las leyes de su Estado miembro de origen.

Los efectos de la Directiva con una formulación del principio de origen de estas características hubieran sido determinantes para las posibilidades de los Estados de actuar en beneficio de intereses generales, particularmente en determinados sectores “sensibles” de gran trascendencia social.

Así, son de la mayor relevancia las consecuencias en el ámbito social y laboral, pues, como se dijo en las críticas que se hicieron a la propuesta de Directiva y que vimos más arriba, de haberse aprobado como estaba en su estado de propuesta, los efectos sobre el mercado de trabajo comunitario hubieran sido inequívocos, pues tenía como consecuencia hacer inaplicable el sistema previsto en la Directiva 96/71/CE, sobre el desplazamiento de trabajadores

¹²³ Ver *idem*, p. 42.

efectuado en el marco de una prestación de servicios, desmantelando los instrumentos de de control y cooperación entre Estados en materia de información previstos en la Directiva, así como las exigencias que las leyes nacionales habían previsto en la transposición de la Directiva para garantizar el cumplimiento de sus disposiciones¹²⁴. La aprobación de la Directiva con esa configuración del principio de origen, que garantizaba la falta de respuesta de los Estados ante el *dumping* social, habría supuesto un revés inequívoco al presunto modelo social europeo y a cualquier posibilidad futura de instaurar una Europa Social, que hiciese reales los objetivos del Tratado de Unión Europea en materia social¹²⁵.

El principio de origen, como se ha señalado, ocasiona una dinámica de competencia entre legislaciones, de forma que los operadores económicos tienden a desplazar su establecimiento a los países que les aseguran menores costes, tanto "internos" como "externos", donde los costes de operatividad sean más bajos, los costes añadidos de protección social, los costes de protección medioambiental¹²⁶. Los Estados miembros competirán por atraer a las sociedades por medio de ofrecer las condiciones económicas y jurídicas más ventajosas, de forma que trasladen a ellos su sede social y operen desde allí, ejerciendo en otros Estados miembros la libre prestación de servicios de acuerdo con su legislación. Si los operadores económicos pueden contratar mano de obra de bajos salarios y bajos costes sociales y desplazarse con ella por el territorio comunitario, presionarán al resto de Estados a bajar los costes laborales y en consecuencia los estándares de tratamiento de los trabaja-

¹²⁴ Ver SERRANO OLIVARES, R., La Propuesta de "Directiva Bolkestein": ¿es razonable la alarma política y sindical suscitada?, *Iuslabor*, núm. 2, 2005.

¹²⁵ Ver BLANPAIN, R. (Ed.), *Freedom of services in the European Union. Labour and social security law. The Bolkestein Initiative*, Kluwer Law Internacional, La Haya, 2006; y JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año núm. 11, núm. 28, 2007, pp. 803-805.

¹²⁶ Ver, por ejemplo, GUZMÁN ZAPATER, M., «El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el Derecho Internacional Privado comunitario? (A propósito de la Comunicación de la Comisión: Libre prestación de servicios e interés general en la segunda Directiva bancaria)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1138-4026, 1998, vol. 2, núm. 3, pp. 137-170; LASTENOUSE, P., «Les règles de conduite et la reconnaissance mutuelle dans la directive sur les services d'investissement», *Revue du Marché Européenne*, 1995, 4, pp. 79-120; y REICH, N., «Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law», *Common Market Law Review*, vol. 29, 1992, núm. 5, pp. 861-896.

dores¹²⁷. Lo mismo puede decirse de otros supuestos dignos de protección, como el medio ambiente. Lo que se produce, en consecuencia, es una igualdad a la baja de los estándares de protección de los intereses generales.

Por otro lado, el principio de origen, provoca también un llamado conflicto de legislaciones o de órdenes jurídicos, en los más diversos campos, incluido el Derecho internacional privado¹²⁸. Su carácter “monoaxiológico”, al responder a valores y criterios de racionalidad meramente económica que sólo toman en consideración los efectos económicos (beneficios) a corto plazo, crea el riesgo de hacer pasar por alto otros bienes jurídicos dignos de protección en el tráfico jurídico externo y en la sociedad¹²⁹. Pese a la aparente exclusión de las materias de conflicto de leyes de su campo de aplicación, el principio de origen hubiera provocado una perturbación desde la lógica del mercado a las normas de Derecho internacional privado, haciendo prevalecer “inexorablemente”, en determinados casos, la ley del Estado de origen sobre la ley escogida por la norma de conflicto clásica, lo que, como se ha dicho: hace que el principio de origen se erija “en instrumento que fomenta la desregulación en el plano comunitario al tiempo que incentiva la competencia entre los sistemas jurídicos de los Estados Miembros. En términos de política económica sus consecuencias son para el jurista impredecibles”¹³⁰. La experiencia comunitaria de los últimos veinte años, con la utilización del principio de reconocimiento mutuo en Directivas y por la jurisprudencia, conjugado con normas de conflicto clásicas, ha generado un campo relevante de discusión,

¹²⁷ La presencia dentro de la Unión Europea de los países de las dos últimas ampliaciones, particularmente los Países de la Europa Central y Oriental (PECOs), puso en evidencia la inexistencia de equivalencia de legislaciones en niveles muy altos (representado por la imagen del fontanero polaco en Francia). Desde esa perspectiva, el principio de origen generaba un riesgo a los países con una tradición legislativa protectora con estándares superiores, pues a la larga, su consecuencia era la competencia a la baja entre los Estados, al aceptarse la falta de regulaciones protectoras como una ventaja competitiva en el mercado.

¹²⁸ Ver VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J., «Estado de origen v. Estado de destino», en *Indret*, 4/2004, www.indret.com.

¹²⁹ Hay un sector doctrinal que ha considerado que el principio de origen incluía tácitamente una norma de conflicto. Así, por ejemplo, BASEDOW, «Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im Europäischen Binnenmarkt: *favor oferentis*», en *Rabels Z*, 1995-1, pp. 1-55.

¹³⁰ GUZMÁN ZAPATER, M., «El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el Derecho Internacional Privado comunitario? (A propósito de la Comunicación de la Comisión: Libre prestación de servicios e interés general en la segunda Directiva bancaria)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 1138-4026, 1998, vol. 2, núm. 3, p. 143.

de amplio debate y discusión, con problemas de no fácil solución y gran controversia¹³¹. Por ello, se ha criticado que se abordara desde el ámbito comunitario la regulación de materias no económicas, como familia, matrimonio y relaciones parentales o derecho de alimentos, cuando los principios del Derecho comunitario responden a criterios de mercado y no a valores relativos a las relaciones personales¹³².

Pues bien, la propuesta de Directiva sobre servicios, ambicionaba sin disimulo hacer que el principio de origen ocupase todo el espacio jurídico, operando también como una verdadera norma de conflicto¹³³, o más bien hay que decir usurpando el espacio de las normas de conflicto, susceptibles de acoger otros intereses materiales y valores distintos de la simple maximización del beneficio económico, finalidad única del principio de origen como principio estructural del Mercado interior.

En todo caso, aunque no está de más mostrar las consecuencias que habría tenido la norma relativa al principio de origen, no hay que olvidar que estamos planteando las distintas cuestiones sobre un Derecho proyectado que finalmente no prosperó. Pero bien es verdad que el principio de origen sólo fue parcialmente excluido.

¹³¹ Ver, por ejemplo, FALLON M., «Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré: l'expérience de la Communauté européenne», *RCADI*, vol. 253, 1995-III, pp. 9-282; FALLON M. y MEEUSEN J., «Private international law in the European Union and the exception of mutual recognition», *Yearb. PIL*, 2002, pp. 37-66; GARDEÑES SANTIAGO, M., *La aplicación de la regla de reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, Madrid, 1999; IDOT, L., «L'incidence de l'ordre communautaire sur le Droit international privé», *Petites Affiches*, 12 de diciembre de 2002, pp. 27-37; MICHAELS, R., «Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law, and the Challenge of Europeanization and Globalization», *Duke Law School Working Paper Series*, Duke Law School Faculty Scholarship Series, 2005, *Paper 15* (en Michael Stolleis/ Wolfgang Streeck, Eds., *Politik und Recht unter den Bedingungen der Dezentralisierung und Globalisierung*, Baden-Baden: Nomos, 2007); POILLOT PERUZZETTO, S., «La diversification des méthodes de coordination des normes nationales», en *Internormativités et réseaux d'autorités: l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relations*, *Les petites affiches*, 5 oct. 2004, pp. 17-31; RADICATI DE BROZZOLO, «L'influence sur les conflits de lois des principes de Droit communautaire en matière de liberté de circulation», *Rev. crit. Dr. international priv.*, 1993, pp. 401-424; y WILDERSPIN, M. y LEWIS, X., «Les relations entre le Droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres», *Revue Critique de Droit international Privé*, 2002, pp. 1-37 y 289-313.

¹³² Ver ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A., «Algunas Consideraciones en torno al Derecho internacional privado español. Pasado y presente», en *Soberanía del Estado y Derecho internacional: homenaje al profesor Juan Antonio Carrillo Salcedo*, Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 2005, pp. 979-980.

¹³³ Ver WILDERSPIN, M., «Que reste-t-il du principe du pays d'origine? Le regard des internationalistes», *Europe: actualité du droit communautaire*, 2007, núm. 6, pp. 26-28.

4.4 ¿QUÉ QUEDÓ DEL PRINCIPIO DE ORIGEN EN LA DIRECTIVA 2006/123/28, RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR CE? EL ARTÍCULO 28 Y LA COOPERACIÓN INTERGUBERNAMENTAL

Tras la fuerte oposición expresada en los *referenda* francés y holandés, al principio de origen se le hizo desaparecer de la Directiva por el Parlamento Europeo en su enunciación manifiesta, sustituyéndolo por la regla de la libre prestación de servicios. Además, quedó excluido del ámbito de aplicación de la Directiva todo lo relativo a los trabajadores desplazados. Se ha dicho por ello, que estábamos ante una transacción entre posturas, facilitando el Mercado interior y preservando al tiempo el modelo social europeo¹³⁴.

Sin embargo, hay que decir que el principio de origen no desapareció del todo de la redacción final. Por un lado, como se ha dicho, a lo largo de todo el articulado de la Directiva se mantiene “el espíritu y la esencia de del principio de reconocimiento mutuo y del Estado de origen”¹³⁵. En definitiva, pese a los cambios, no estamos ante una Directiva de armonización, pues el principio de país de origen no se ha sustituido por reglas armonizadoras de los requisitos que pudieran interponer los Estados, sino ante una norma que, en primer lugar, establece la desregulación del acceso y de la actividad de los prestadores de servicios, a través de la prohibición a los Estados el establecimiento de determinados requisitos; y, segundo, somete las regulaciones estatales a un control de proporcionalidad, pero no las armoniza¹³⁶.

Por otro lado, en realidad el principio de origen ha persistido en la redacción final de la norma, pues se le mantuvo, casi oculto, en dos artículos: el artículo 18.2 y el artículo 28.4 de la Directiva. En el artículo 18 se establecen las llamadas “excepciones individuales”, legitimando a los Estados, con carácter excepcional, a adoptar medidas relativas a la seguridad de los servicios,

¹³⁴ Common Market Law Review (Editorial), «The services directive proposal: Striking a balance between the promotion of the internal market and preserving the European social model?», *Common Market Law Review*, vol. 43, núm 2, 2006, pp. 307-311.

¹³⁵ JIMÉNEZ GARCÍA, F., «Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año núm. 11, núm. 28, 2007, p. 805.

¹³⁶ Ver PAREJO ALFONSO, L.J., «La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, pp. 42-51; y QUADRASALCEDO JANINI, T., «¿Quo vadis Bolkestein? ¿Armonización o desregulación?», *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, 2007, p. 266.

siempre a través del procedimiento de asistencia recíproca del artículo 35 y bajo determinadas condiciones. El artículo dice así:

«Artículo 18. Excepciones en casos individuales.

1. No obstante lo dispuesto en el artículo 16 y con carácter excepcional, los Estados miembros podrán tomar medidas relativas a la seguridad de los servicios respecto de un prestador que tenga su establecimiento en otro Estado miembro.
2. Las medidas contempladas en el apartado 1 únicamente podrán tomarse respetando el procedimiento de asistencia recíproca previsto en el artículo 35 y si se reúnen las siguientes condiciones:
 - a) las disposiciones nacionales en virtud de las cuales se toma la medida no son objeto de armonización comunitaria en el ámbito de la seguridad de los servicios;
 - b) la medida ofrece al destinatario un mayor grado de protección que la que tomaría el Estado miembro de establecimiento con arreglo a lo dispuesto en sus disposiciones nacionales;
 - c) el Estado miembro de establecimiento no ha adoptado medidas o las medidas que ha adoptado son insuficientes en relación con las contempladas en el artículo 35, apartado 2;
 - d) la medida es proporcionada.
3. Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en los instrumentos comunitarios para garantizar la libre circulación de servicios o permitir excepciones a dicha libertad».

La segunda de las condiciones previstas en el apartado 2 para la adopción de medidas relativas a la seguridad de los servicios exige que la medida del Estado de acogida ofrezca al destinatario un mayor grado de protección que la que adoptaría el Estado de origen, de modo que hace primar la ley del país de origen sobre la ley del Estado de destino. En esta norma, destaca a nuestro juicio el coste que para el Estado de acogida supone el ejercicio de la labor comparativa, mecanismo probablemente pensado para disuadir al Estado de actuar y dificultarle una actuación “automática”.

La otra norma es el artículo 28.4 de la Directiva. Se trata de una disposición de redacción compleja y de difícil aplicación práctica. La norma se refiere también a la asistencia recíproca entre Estados. Frente a la propuesta de Directiva, la redacción final ha abandonado la idea de control por el país de origen, que criticamos más arriba, atribuyendo al Estado de acogida las competencias de control sobre la actividad de las empresas extranjeras comunitarias prestadoras de servicios en su territorio. Pero aquí viene la novedad, pues la previsión es que para la realización de ese control por el Estado de acogida se apliquen

las normas del Estado de origen de la empresa en cuestión. Es por ello por lo que se precisa de la asistencia entre las autoridades competentes:

«4. Cuando se reciba una solicitud de asistencia de las autoridades competentes de otro Estado miembro, los Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores establecidos en su territorio comuniquen a las autoridades competentes nacionales cualquier información necesaria para el control de sus actividades de conformidad con sus legislaciones nacionales respectivas».

¿Cuál puede ser el alcance de esta norma? En primer lugar, parece claro que se establece la obligación de aplicar la ley del Estado de origen para el control realizado por el Estado de acogida. Esto plantea indudables problemas de agilidad y de organización de la cooperación y asistencia entre las administraciones de los Estados. Lo relativo a la cooperación interadministrativa crea serios problemas de articulación que desincentivarán el ejercicio del control¹³⁷. Como se ha afirmado, la tarea requiere un esfuerzo suplementario:

«Queda claro que es preciso articular un sistema efectivo que permita la comunicación y el intercambio de información entre autoridades administrativas de todos los Estados miembros, lo que resulta particularmente complicado en el caso español, pues a menudo las competentes serán autonómicas o locales, muchas de ellas (sobre todos las últimas) sin medios aún para cumplir «en la práctica» esas obligaciones de asistencia recíproca, que requerirán desde informatización hasta los servicios de traductores o intérpretes»¹³⁸.

Además, la aplicación de normas extranjeras que determinen la actuación es susceptible de generar graves dificultades para comprender el funcionamiento de un sistema extranjero de intervención que puede hacer muy difícil el ejercicio del control y disuadir al Estado para realizarlo.

¹³⁷ Sobre la cooperación interadministrativa en la Directiva, pueden verse D'ACUNTO, S., «Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, núm. 2, 2007, pp. 219-223; González Bustos, M.A., «La cooperación administrativa como mecanismo de funcionamiento del mercado interior de servicios a la luz de la directiva Bolkestein», en *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España* (Ricardo Rivero Ortega, dir.), Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, 2009, pp. 219-247; JIMÉNEZ GARCÍA, F., «La cooperación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior», *Revista de derecho de la Unión Europea*, núm. 14, 2008, pp. 149-171; Velasco Caballero, F. y Simou, S., «Cooperación interadministrativa en la directiva de servicios», *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, julio-agosto 2009, pp. 166-177.

¹³⁸ RIVERO ORTEGA, R., «Reformas del Derecho Administrativo para 2010: La difícil transposición de la Directiva de servicios en España», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, núm. 34, 2009, p. 69.

5. Conclusión

El análisis realizado en esta exposición ha pretendido mostrar el proceso de construcción de la Directiva de Servicios así como la génesis del principio de origen y los vínculos estrechos que se establecen entre ambos. La propuesta de la Directiva Bolkestein hizo un planteamiento maximalista del principio de origen del que la redacción final de la Directiva de servicios no ha conseguido desvincularse, pese a que ha moderado el afán totalizador de las reglas del mercado. Como se ha dicho, “el principio del país de origen podría morir de una bella muerte si los Estados miembros de la Unión Europea fueran capaces de armonizar sus derechos respectivos”¹³⁹. Pero también es una cuestión de voluntad. Y a veces no dejan de sorprender la euforia y el optimismo del mercado que alcanzan, como decía el clásico, a gente de toda clase y condición, a favor de las desreglamentaciones, que es la misma euforia que luego se torna en pánico, cuando se imponen las crisis.

¹³⁹ GARABOL-FURET, M.-D., «Plaidoyer pour le principe du pays d'origine», *Revue du Marche Commun et de l'Union Européenne*, núm. 495, 2006, p. 87.



Capítulo II

El ámbito de aplicación
de la Directiva:
los servicios afectados

SUMARIO

1. El debate sobre el ámbito de aplicación de la Directiva: motivos y trascendencia. 2. Dificultades para la determinación del ámbito de aplicación de la Directiva, 3. Elementos definidores del ámbito de aplicación. 4. Ámbito objetivo. 5. Ámbito subjetivo. 6. Exclusiones. 6.1 Características generales y tipos de exclusiones. 6.2 Los servicios de interés general. 6.3 Servicios audiovisuales. 6.4 Derecho laboral. 6.5 Fiscalidad. 6.6 Actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública. 6.7 Servicios financieros. 6.8 Juego. 6.9 Excepciones parciales. 6.10 Relaciones con las demás disposiciones de Derecho comunitario. 7. La ampliación del ámbito de la Directiva por el denominado “enfoque ambicioso” en la transposición de la Directiva por parte del Derecho español

EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA: LOS SERVICIOS AFECTADOS

Miguel Ángel Sendín García
Universidad Europea Miguel de Cervantes

1. El debate sobre el ámbito de aplicación de la Directiva: motivos y trascendencia

No podemos, ni debemos, detenernos en el análisis de cuestiones que, aunque vinculadas al ámbito de aplicación de la Directiva, están tratadas de forma más precisa y adecuada en otras partes de este estudio. Baste, pues, con que recordemos, a efectos de entrar de la forma más directa posible en la cuestión que nos ocupa, dos aspectos que no pueden perderse de vista. Por un lado, que con la aprobación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, Directiva Bolkenstein, las instituciones europeas inauguran una nueva metodología para la implementación de la libre circulación de servicios, por la que se pasa de un enfoque sectorial a un enfoque horizontal¹⁴⁰.

¹⁴⁰ D'ACUNTO, S.: "Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points", en *Revue du Droit de l'Union Européenne* 2/2007. Pág. 268. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A. y VILLAREJO GALENDE, H.: "La directiva de servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra", en *Revista Jurídica de Navarra* 44 (julio-diciembre de 2007). Pág. 46. PEGLOW, K.: "La libre prestation de services dans la directive n° 2006/123/CE. Réflexions sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant", en *Revue Trimestrielle de Droit Européen* (enero-marzo de 2008). Pág. 70. PELLEGRINO, P.: "Directive sur les services dans le Marché Intérieur. Un accouchement dans la douleur", en *Revue du Marché Común et de L'Union européenne* n° 504 (enero de 2007). Pág. 14. Señala A. ROCA ZAMORA que "es un enfoque horizontal y general, que establece una serie de normas generales aplicables a un amplio conjunto de servicios, evitando así lentos y costosos procesos de armonización sectorial de normas que crearían cargas administrativas adicionales para los operadores; además, muchas de las barreras identificadas son comunes a varias actividades terciarias, por lo que un enfoque horizontal evita las inconsistencias que podrían aparecer entre regulaciones horizontales independientes". "La realidad del mercado interior", en JORDÁN GALDUF, J. M. (Coordinador): *Economía de la Unión Europea*. Thomson/Civitas. Navarra. Sexta edición, 2008, p. 255.

Nueva perspectiva que plantea serias dificultades, que van más allá de los inevitables conflictos con las diversas normativas nacionales, sino con la propia normativa comunitaria. Como pone de manifiesto la necesidad que ha encontrado el legislador comunitario de salvar de su aplicación, como veremos, algunos sectores dotados de una regulación específica, como las comunicaciones electrónicas¹⁴¹ o la inclusión de un artículo en el que se recogen las relaciones con otras normas de Derecho comunitario, dentro de las que se incluye la preferente aplicación de algunas normativas específicas respecto a la Directiva.

Por otro lado, debemos resaltar que la Directiva no es un texto dirigido simplemente a delimitar el contenido de esta libertad fundamental, sino a “facilitar” ésta, esto es, a lograr una mayor intensidad de la misma mediante la eliminación de trabas que, aunque lícitas, suponen un obstáculo para su plena efectividad¹⁴².

Esta nueva perspectiva, sin duda más ambiciosa, supone, en lo que a nosotros interesa, la extensión del ámbito de aplicación de las medidas liberalizadoras adoptadas a favor de esta libertad básica y, con ello, la afección a materias, que por su carácter social o su especial vinculación al poder público nacional, son especialmente sensibles, lo que ha determinado, como era pre-

¹⁴¹ T. DE LA QUADRA-SALCEDO ha puesto de manifiesto “la propia dificultad de una Directiva de carácter horizontal o transversal –como es la Directiva de Servicios- que pretende ser de aplicación obligatoria a todo tipo de servicios y, sin embargo, cuando se enfrenta a determinados servicios ya regulados –como son los de comunicaciones electrónicas o los de transporte- se ve en la precisión de establecer exclusiones de aplicación por las singularidades y peculiaridades que presentan”. Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el Mercado Interior”, en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE, relativa a los servicios en el mercado interior*. T. DE LA QUADRA-SALCEDO (dir.). Marcial Pons. Madrid, 2009, p. 115.

¹⁴² Apunta DE LA QUADRA-SALCEDO que debe “enfatzarse esa expresión *facilitar*, porque pone de manifiesto que no se trata tanto de definir el alcance y contenido de esa libertad, sino de suprimir la diversidad que constituye la traba mayor a la puesta en pie de un auténtico mercado interior de los servicios. De ahí que «facilitar» sea una expresión enormemente expresiva. Naturalmente que podía entenderse que suprimiendo las discriminaciones que pudiesen subsistir todavía en las legislaciones de los Estados miembros se facilitaba también el ejercicio de la libertad. Sin embargo, el supuesto de regulaciones discriminatorias y, por tanto, prohibidas, no debía reconducirse tanto a una finalidad de «facilitar», como a una finalidad de reconocer el derecho y la libertad de establecimiento y de libre prestación de servicios. Si la Directiva utiliza el término «facilitar» es sin duda porque es consciente de que no se enfrenta tanto a regulaciones contrarias al Tratado a fuer de discriminatorias, sino a regulaciones que, aun teniendo todas ellas algún tipo de justificación que nos las hacen incompatibles con el Tratado, acaban suponiendo, sin embargo, una traba –una frontera objetiva– tanto al libre establecimiento como a la libre prestación de servicios”. *Precisiones sobre...* p. 91.

visible desde un primer momento, que el ámbito de aplicación se convierta en uno de los puntos más problemáticos de la Directiva¹⁴³.

Este factor va a determinar que el tema del ámbito de aplicación esté muy presente a lo largo del enorme conflicto doctrinal, social y político en el que se enmarcó la aprobación de la Directiva.

No hubo, no obstante, como es lógico, tampoco en este punto uniformidad de posiciones, pues hubo también quien defendió la adecuación del ámbito de aplicación de la Directiva que, entendieron, ya en su redacción originaria estaba convenientemente limitado, y no suponía amenaza alguna ni para los servicios públicos, ni para el Estado Social¹⁴⁴.

Esta conflictividad se vio, en cualquier caso, incrementada por la imprecisión de que adolecía la propuesta inicial de Directiva en muchos aspectos respecto a su ámbito de aplicación, que generaba grandes temores en cuanto a su verdadera incidencia¹⁴⁵. Este factor va a ser a la larga decisivo para la suerte de la proposición, pues dejaba abierto el riesgo de que en la práctica se impusiese una interpretación y aplicación liberal de la misma, que hizo inviable, el mantenimiento del texto original¹⁴⁶.

¹⁴³ ENTRENA RUIZ, D.: "La génesis de la Directiva sobre liberalización de servicios", en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE, relativa a los servicios en el mercado interior*. T. DE LA QUADRA-SALCEDO (dir.). Marcial Pons. Madrid, 2009, p. 53.

¹⁴⁴ En tal sentido, GARABOL-FURET, M. D.: "La Directive Bolkestein, bouc émissaire d'une Europe incertaine", en *Revue du Marché Commun et de L'Union européenne* n° 488 (mayo de 2005), p. 295.

¹⁴⁵ Muy significativa al respecto es la posición del COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (CESE), que solicitó una mayor claridad en la determinación del ámbito de la Directiva, con las siguientes palabras.

"El Comité propone que se pongan más claramente de relieve y se delimiten con mayor precisión el ámbito de aplicación y las excepciones en el proyecto de Directiva. A falta de delimitaciones definitivas más claras, sigue existiendo confusión en la aplicación práctica en lo que se refiere a las partes del sector servicios que se verán afectadas y en qué modo y al ámbito de aplicación". *Dictamen del Consejo Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior»* de 10 de febrero de 2005. (COM(2004) 2 final – 2004/0001 (COD)).

¹⁴⁶ Como señala A. CANTARO los "datos textuales anotados (el art. 17, así como el recordado considerando n. 58) parecen dar la razón a todos aquellos (incluida, en cierta medida, la Comisión) que han atribuido la lucha contra la Bolkestein a los falsos mitos que han rodeado la propuesta de directiva, a la visión caricaturesca que de ésta se ha dado, al furor ideológico de la crítica antiliberal.

Sin embargo, las restrictivas y tranquilizadoras interpretaciones sobre el alcance del principio del país de origen no han salvado la propuesta de directiva. La irresoluble ambigüedad y contradicción de los datos textuales no han convencido a sus críticos, ni siquiera a los más abiertos y moderados, prevaleciendo el temor a una aplicación e interpretación por parte de la Corte de Justicia mucho más laxa y persuasiva del principio del país de origen". "El trabajo en la Constitución Europea. De Tocqueville a Bolkenstein", en *ReCDE* n° 5 (enero-junio de 2006), p. 54.

Como es sabido, estas resistencias llevaron, finalmente, a una redacción modificada y dulcificada de la Directiva, que no logró ciertamente el asentimiento uniforme, difícil por otra parte de lograr en un texto de estas características.

Hubo, en realidad, posturas para todos los gustos. Desde los que quedaron satisfechos con el nuevo texto, en el que pasaron a ver una solución aceptable¹⁴⁷. Insatisfechos, que entienden que la Directiva ha sido tan sólo maqui-llada¹⁴⁸, pero sigue conteniendo en su seno el germen del dumping social y de la privatización de los servicios de interés económico general¹⁴⁹. Y, por último, los que enjuician de forma crítica la reducción del ámbito de aplicación de la Directiva que, entienden, impide el objetivo de lograr un auténtico mercado europeo de los servicios¹⁵⁰.

¹⁴⁷ En tal sentido TREVILLA, C. (Representante de UGT en el Consejo Económico y Social Vasco, que señala: "Podemos estar satisfechos con el resultado que se ha obtenido con esta directiva en el trámite parlamentario". *El País*, lunes, 13 de marzo de 2006, p. 32.

¹⁴⁸ JIMÉNEZ, J. C. (Coordinador Secretaría de Acción Internacional de CCOO): "La directiva Bolkestein y la libre prestación de servicios en la Unión Europea", en <http://www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/99999/31411.pdf>.

¹⁴⁹ DIEZ GUTIÉRREZ, E. J.: "Directiva Bolkestein. Legalizar el «dumping social»", en <http://conc.ccoo.cat/pandora/incl/DIRECTIVA%20BOLKESTEIN%20legalizar%20el%20dumping%20social.doc> En este sentido también F. VIALE, que considera que, a pesar de la reducción de su ámbito de aplicación "persisten inquietudes y ambigüedades". "El mercado de trabajo y las políticas de empleo frente a la liberalización del sector servicios", en *La Directiva de servicios y la movilidad de los trabajadores en la Unión Europea*. Eurobask. País Vasco, 2007, p. 123.

¹⁵⁰ Considera S. MANGIAMELI que "la propuesta de directiva redactada por el Parlamento implica, por un lado, una consistente ampliación de actividades a las cuales no se aplica la directiva sobre servicios (art. 2) y, por el otro, la introducción de un régimen de derogación del principio de la libre prestación de servicios mucho más extenso respecto al previsto con referencia al principio del país de origen. Esta doble extensión del campo de aplicación de la directiva y de ampliación del régimen derogatorio modifican el marco y el peso de la propuesta originaria de la Comisión, incidiendo sobre el principio cardinal de los propios Libros (verde y blanco) que han precedido la elaboración de la propuesta misma, y ello en el intento de alcanzar, con la directiva, una disciplina unitaria de los servicios en el mercado europeo. En sustancia, estas exclusiones y derogaciones terminan haciendo jurídicamente imposible un mercado europeo de los servicios". "La liberalización de los servicios en la Unión Europea", en *ReDCE*, nº 8, Julio-Diciembre de 2007, pp. 88-89. En esta línea crítica con la ampliación de las restricciones del ámbito de aplicación de la Directiva se sitúan también PICOD, F.: "Le champ d'application de la directive nº 2006/123/CE", en *Europe* (junio de 2007). Pp. 11. HATZOPOULOS, V.: "Assessing the services Directive (2006/123/EC)", en *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2007-2008. Vol. 10, p. 261. UYEN DO, T.: "La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur... définitivement hors service?", en *Revue du Droit de l'Union Européenne* 2006-1, p. 129.

Antes de seguir adelante debemos puntualizar que no son estas breves consideraciones ningún tipo de introducción histórica, ni mucho menos, pues este acerado conflicto quedo marcado a fuego en el texto aprobado y vigente de la Directiva. Hasta tal punto que es imposible entender e interpretar correctamente las normas que regulan su ámbito de aplicación, si no es a la luz de este agitado camino de gestación. Sólo partiendo de estos presupuestos se pueden entender la complejidad, las incoherencias y ambigüedades (en gran medida deliberadas) que se pueden encontrar en esa regulación.

Parece obvio, así, el peso que ha tenido el ánimo de atenuar las voces críticas a la aplicación de la Directiva, en que se haya introducido en el amplio catálogo de exclusiones de su ámbito de aplicación la distinción entre las materias no afectadas del art. 1 y las materias del art. 2 a las que no se aplica la Directiva, subrayando la radical exclusión de las primeras¹⁵¹.

Tampoco se debe llevar uno a engaño respecto al alcance de la Directiva. Aunque suponga, en cierta medida, adelantarse a lo que se va a analizar a lo largo de este estudio, conviene advertir desde un principio que el amplio catálogo de excepciones introducidas en esta polémica norma, no deja de afectar a cuestiones puntuales, aunque sean, eso sí, muy relevantes, que no

¹⁵¹ Como señala DE LA QUADRA-SALCEDO, esta "expresión de *lo que no trata la Directiva* y de lo que «no es afectado» por la Directiva («*la presente Directiva no afecta*») que se contiene en el art. 1 parece que quiere marcar con mayor rotundidad un terreno en el que ni ha querido ni ha podido entrar la Directiva, como si por razones naturales quedase fuera de su ámbito. Esta definición de lo que ni trata ni es afectado por la Directiva contrasta, por la terminología que se utiliza, con el art. 2 de la misma al referirse al ámbito de aplicación en el que el verbo no se utiliza para definir el ámbito de aplicación es el de aplicar o «no aplicar» la Directiva a determinados servicios. Aplicar o «no aplicar» parecería indicar que, en principio, la Directiva comprendería, o podría comprender, de modo natural, algunos servicios de los que, sin embargo, por voluntad de la propia Directiva se excluye su aplicación. Es decir, de no ser porque se dice expresamente que no se aplica a esos servicios, habría que entender que dichos servicios quedarían comprendidos. Frente a ello, en el art. 1 de la Directiva lo que se quiere significar es que la misma no trata ni afecta a una serie de ámbitos, probablemente, para subrayar un estadio más nítido e, incluso, natural de materias que por sus propias características en ningún caso puede entenderse que quedan comprendidas en la Directiva". *Precisiones sobre...* p. 91. En la misma línea LINDE PANIAGUA, E.: "Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior", en *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 14 (primer semestre de 2008), p. 42.

desvirtúan la gran amplitud del ámbito de aplicación de la Directiva¹⁵², que está dotado, en consecuencia de una capacidad de impacto considerable.

A esto se debe añadir, además, un factor que nos parece extraordinariamente importantes, como es el hecho de que quedan dentro del ámbito de la Directiva todo un conjunto de profesiones y servicios que normalmente son prestados por organizaciones relativamente pequeñas, que son las que más pueden verse desincentivadas en sus propósitos de expansión internacional, por los obstáculos legales y burocráticos¹⁵³.

La conflictividad en esta materia no se cierra, sin embargo, en sede comunitaria. Como más tarde veremos, la polémica respecto al ámbito de aplicación se ha transmitido también al terreno puramente interno. Como veremos, la normativa estatal española de transposición de la Directiva ha optado por lo que ha llamado “un enfoque ambicioso”, tendente a ampliar el ámbito al que se va a extender el régimen jurídico consagrado en la norma comunitaria.

Posición, como es fácil de adivinar, que lejos de satisfacer a todos, ha generado opiniones claramente contrapuestas en los distintos sectores sociales y doctrinales. Tendremos ocasión de referirnos a ello más adelante.

¹⁵² La enumeración ejemplificativa contenida en el Cdo. 33 de la exposición de motivos de la propia Directiva lo pone de manifiesto, al indicar que en la Directiva, “el concepto de “servicio” incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución; entre ellas se cuentan las siguientes: servicios destinados a las empresas, como los servicios de asesoramiento sobre gestión, servicios de certificación y de ensayo, de mantenimiento, de mantenimiento de oficinas, servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal o los servicios de agentes comerciales. El concepto de servicio incluye también los servicios destinados tanto a las empresas como a los consumidores, como los servicios de asesoramiento jurídico o fiscal, los servicios relacionados con los inmuebles, como las agencias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos, la distribución, la organización de ferias o el alquiler de vehículos y las agencias de viajes. Los servicios destinados a los consumidores quedan también incluidos, como los relacionados con el turismo, incluidos los guías turísticos, los servicios recreativos, los centros deportivos y los parques de atracciones, y, en la medida en que no estén excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, los servicios a domicilio, como la ayuda a las personas de edad”.

¹⁵³ DAVIES, G.: “The services Directive: extending the country origin principle and reforming public administration”, en *European Law Review* Vol. 32 nº 2 (abril de 2007), p. 233.

2. Dificultades para la determinación del ámbito de aplicación de la Directiva

Otro punto que debe destacarse es la especial dificultad que entraña la determinación del ámbito de la aplicación de la Directiva, dado que se trata de un texto muy confuso¹⁵⁴. Esta confusión viene causada, en buena medida, por las cicatrices que ha inferido en su texto su complejo y discutido proceso de aprobación¹⁵⁵.

Complejidad que se manifiesta, incluso, desde el aspecto puramente estructural, pues la delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva, en realidad, no puede realizarse circunscribiéndose a lo que dicha Norma establece como tal, pues éste se extiende a otros elementos, como por ejemplo, su objeto. Se ha señalado, con razón, que la Directiva fija ese objeto no sólo de forma positiva, sino negativa, y que, al hacerlo, se inmiscuye en el ámbito de la Directiva¹⁵⁶.

Similares consideraciones deben realizarse respecto al art. 3, rubricado “Relaciones con las demás disposiciones del Derecho comunitario”, que contiene también elementos importantes para el análisis de la cuestión que nos ocupa.

Debe tenerse en cuenta, en cualquier caso, que la tarea de delimitación del ámbito de la Directiva no ofrece luz más que sobre este concepto aspecto. Más concretamente, no pueden extrapolarse las conclusiones que de aquí se extraigan a la delimitación de la libre prestación de servicios y de establecimiento, que constituyen, como es sabido, libertades básicas consagradas por el Derecho originario, que no pueden verse afectadas por el Derecho derivado. De tal modo que lo que queda incluido o excluido del ámbito de la Directiva lo es exclusivamente respecto a los mecanismos específicos de la misma, no respecto a la libre prestación de servicios o la libertad de establecimiento¹⁵⁷.

¹⁵⁴ En tal sentido se pronuncia PICOD, que atribuye esa confusión especialmente a la superposición de la multiplicidad de criterios tenidos en cuenta y a la ausencia de referencias claras de Derecho primario. *Le champ...* p. 12.

¹⁵⁵ HATZOPOULOS: *Assessing the services...* p. 243.

¹⁵⁶ Señala LINDE PANIAGUA que la “Directiva, para definir su objeto, ha utilizado parámetros positivos y negativos, y al utilizar estos últimos ha confundido su objeto con su ámbito de aplicación”. *Notas sobre el objeto...* p. 37.

¹⁵⁷ En tal sentido, PICOD: *Le champ...* p. 13. MANIN, P.: “Conclusions”, en *Europe* (junio de 2007), pp. 29-30.

Esta situación deja abiertas importantes dudas acerca de cuál va a ser la relación entre la Directiva y la jurisprudencia vertida por el Tribunal de Justicia en la aplicación e interpretación de las normas del Tratado, en cuanto, como tendremos ocasión de comprobar, en la redacción final de la Directiva se han excluido de su ámbito algunas materias que, según la jurisprudencia, quedan comprendidas dentro del art. 49 TCE¹⁵⁸.

3. Elementos definidores del ámbito de aplicación

La determinación del ámbito de aplicación de la Directiva se lleva a cabo primariamente de forma positiva, en términos muy amplios, para ser objeto, con posterioridad, de delimitación negativa a través de un amplio catálogo de exclusiones.

Esta opción por un sistema de lista negativa, que determina que todo los servicios no incluidos en el ámbito de ese listado de excepciones quedan comprendidos dentro de la misma, resulta lógica, pues la enumeración positiva de todos los sectores afectados hubiera supuesto un trabajo desproporcionado, que quedaría, además, incompleto, al dejar fuera los nuevos servicios que pudieran ir apareciendo, haciendo que la Directiva naciese ya obsoleta¹⁵⁹.

La determinación positiva se lleva a cabo por el art. 2.1, que establece que la Directiva “se aplicará a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro”. De este precepto, unido a las definiciones que de los conceptos implicados en el mismo realiza el art. 4 de la Directiva, se puede deducir que el ámbito positivo de la Directiva se delimita mediante la combinación de un triple criterio: material, espacial y personal¹⁶⁰.

¹⁵⁸ FLOWER, J.: “Negotiating European Legislation: The services Directive”, en *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. Vol. 9 (2006-2007), p. 221.

¹⁵⁹ D'ACUNTO: *Directive Services...* p. 268. PEGLOW: *La libre prestation...* p. 106.

¹⁶⁰ PICOD: *Le champ...* p. 11.

4. Ámbito objetivo

El aspecto objetivo vienen marcado por el concepto de “servicio”, que aparece definido en el art. 4.1), que nos indica que debemos entender como tal “cualquier actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el artículo 50 del Tratado”. Definición recogida en términos idénticos en la legislación española por el art. 4.1 de la Ley Paraguas.

Como puede verse, se trata de una definición de “servicio” que se caracteriza por su laconismo (que se ha achacado a su vinculación con la idea de servicio público)¹⁶¹ y por su amplitud y carácter expansivo¹⁶².

Es, en cualquier caso, una definición conforme con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en la materia¹⁶³.

Por un lado, se define por su carácter económico, que implica que se presta normalmente a cambio de una remuneración.

El Tribunal de Justicia ha definido la remuneración como la contrapartida económica de la prestación¹⁶⁴. Pudiéndose considerar como tal las aportaciones a un seguro de jubilación, que constituye la contrapartida económica de la pensión que se va a cobrar al término de sus actividades¹⁶⁵. O el precio pagado para participar en loterías u otras actividades de juego, en cuyo caso, esa cantidad es la remuneración por la posibilidad de participar en ese juego, con la oportunidad de ganar en el mismo¹⁶⁶.

No es necesario, además, que esa remuneración sea pagada por la persona que recibe la prestación¹⁶⁷.

¹⁶¹ D'ACUNTO: *Directive Services...* pp. 276-277.

¹⁶² LINDE PANIAGUA: *Notas sobre el objeto...* p. 38. PÉREZ DE LAS HERAS, B.: “Los derechos de los destinatarios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 14 (primer semestre de 2008), p. 120.

¹⁶³ PICOD: *Le champ...* p. 11.

¹⁶⁴ Asunto 263/86, *Humbel*. Ap. 17.

¹⁶⁵ Asunto C-136/00, *Danner*. Ap. 27.

¹⁶⁶ Asunto C-275/92, *Schindler*. Ap. 27-29.

¹⁶⁷ Asunto C-421/01, *Skandia*. Ap. 24.

La propia Exposición de Motivos de la Directiva, en su Cdo. 34, con base en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, aclara que “la evaluación de si determinadas actividades, en especial las que reciben financiación pública y las prestadas por entidades públicas, constituyen un “servicio” debe efectuarse caso por caso y a la vista de todas sus características, en particular la forma en que se prestan, organizan y financian en el Estado miembro de que se trate. El Tribunal de Justicia ha reconocido así que la característica esencial de la remuneración reside en el hecho de que constituye una remuneración por los servicios de que se trate y ha reconocido que la característica de la remuneración no se da en las actividades que realiza el Estado sin contrapartida económica, o en nombre del Estado en el marco de sus obligaciones en los ámbitos social, cultural, educativo y judicial, tales como los cursos realizados en el marco del sistema educativo nacional o la gestión de regímenes de seguridad social que no constituyen una actividad económica. El pago de cuotas por parte de los destinatarios, por ejemplo, las tasas académicas o de matrícula pagados por los alumnos para hacer una contribución a los gastos de funcionamiento de un sistema no constituye por sí mismo remuneración porque el servicio se sigue financiando fundamentalmente con fondos públicos¹⁶⁸. Estas actividades no responden, pues, a la definición de “servicio” del artículo 50 del Tratado y, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

La propia Directiva ha aclarado que, por su carácter eminentemente social, no constituyen actividad económica y, en consecuencia, no están incluidas dentro del ámbito de la Directiva las actividades de deporte aficionado¹⁶⁹.

Están incluidos dentro de este concepto de servicio tanto los que requieren una proximidad entre prestador y destinatario, como los que implican un desplazamiento del destinatario o del prestador y los que se pueden prestar a distancia, incluso a través de internet (Cdo. 33).

¹⁶⁸ En tal sentido se pronunció el Tribunal de Justicia en el asunto 263/86, *Humbel*. Cdo. 17-20.

¹⁶⁹ El considerando 35 de la exposición de motivos establece que las “actividades de deporte aficionado no lucrativas revisten una importancia social considerable. A menudo persiguen objetivos enteramente sociales o recreativos. Por consiguiente, no pueden constituir actividades económicas en el sentido de la legislación comunitaria y deben quedar fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

La propia Directiva lleva a cabo una enumeración, que debemos entender meramente ejemplificativa, de los servicios incluidos, entre los que cita: los servicios de asesoramiento sobre gestión, servicios de certificación y de ensayo, de mantenimiento, de mantenimiento de oficinas, servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal o los servicios de agentes comerciales, los servicios de asesoramiento jurídico o fiscal, los servicios relacionados con los inmuebles, como las agencias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos, la distribución, la organización de ferias o el alquiler de vehículos y las agencias de viajes, los relacionados con el turismo, incluidos los guías turísticos, los servicios recreativos, los centros deportivos y los parques de atracciones, y, en la medida en que no estén excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, los servicios a domicilio, como la ayuda a las personas de edad (Cdo. 33).

La Directiva no se extiende, en cualquier caso, a las normas que deben ser observadas por la Sociedad en su conjunto, independientemente de que sean particulares o prestadores. Así, por ejemplo, las normas sobre comportamiento de circulación, ordenación del territorio, etc.¹⁷⁰

5. Ámbito subjetivo

La Directiva se aplica a los servicios prestados por prestadores establecidos en un Estado miembro (art. 2.1), esto es, se aplica a todos los servicios que presta un prestador establecido en un Estado miembro, ya se presten en ese mismo Estado miembro o en otro Estado miembro¹⁷¹. *Sensu contrario* no se aplica, sin embargo, a los servicios procedentes de un prestador que no está establecido en un Estado miembro¹⁷².

¹⁷⁰ MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: *Directiva de Servicios: Manual de Evaluación para las Entidades Locales*.

¹⁷¹ DE LA QUADRA-SALCEDO: *Precisiones sobre...* p. 103.

¹⁷² DE LA QUADRA-SALCEDO: *Precisiones sobre...* p. 103. ESTRELLA DE NORIEGA, A.: "El principio del «país de origen en la propuesta de Directiva Bolkestein", en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE, relativa a los servicios en el mercado interior*. T. DE LA QUADRA-SALCEDO (dir.). Marcial Pons. Madrid, 2009, p. 174. PICOD: *Le champ...* p. 11.

Desde el punto de vista del Derecho español esto supone, como aclara el art. 2.1 de la Ley Paraguas, que el régimen recogido en la Directiva se aplica a los servicios “prestados en territorio español por prestadores establecidos en España o en cualquier otro Estado miembro”.

Tenemos que determinar, entonces, que se entiende por “prestador establecido en un Estado miembro”, para lo que debemos comenzar con la determinación del concepto de prestador, contenido en el art. 4.2 de la Directiva, según el cual, es prestador “cualquier persona física con la nacionalidad de un Estado miembro o cualquier persona jurídica de las contempladas en el artículo 48 del Tratado y establecida en un Estado miembro, que ofrezca o preste un servicio”.

Lo que traducido al Derecho español supone, como indica el art. 3.2 de la Ley Paraguas, que se entiende por tal “cualquier persona física con la nacionalidad de cualquier Estado miembro, o residente legal en España, o cualquier persona jurídica o entidad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro, cuya sede social o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea, que ofrezca o preste un servicio”.

Esto supone que la adquisición de la condición de prestador se adquiere como resultado de la confluencia de un doble factor: a) un elemento subjetivo, consistente en ser nacional de un Estado miembro o una persona jurídica constituida en un Estado miembro; b) un criterio sustancial, consistente en el ejercicio efectivo de una actividad económica¹⁷³.

Respecto al criterio subjetivo, debemos distinguir según se trate de una persona física o jurídica. En el caso de las personas físicas sólo será prestador y, por tanto, queda dentro del ámbito de la Directiva, la persona física que tenga nacionalidad de un Estado miembro, quedando fuera, en consecuencia los operadores nacionales de terceros países¹⁷⁴.

Si bien, debe tenerse en cuenta que, como señala el Cdo. 36 de la exposición de motivos, la “noción de destinatario” también abarca a los nacionales de terceros países que ya se benefician de derechos reconocidos en actos comunita-

¹⁷³ D'ACUNTO: *Directive Services...* p. 279.

¹⁷⁴ ESTRELLA DE NORIEGA: *El principio de...* p. 174.

rios como el Reglamento (CEE) n°. 1408/71 o la Directiva 2003/109/CE del Consejo, de 25 de noviembre de 2003, relativa al estatuto de los nacionales de terceros países residentes de larga duración, el Reglamento (CE) no 859/2003 del Consejo, de 14 de mayo de 2003, por el que se amplían las disposiciones del Reglamento (CEE) no 1408/71 y del Reglamento (CEE) no 574/72 a los nacionales de terceros países que, debido únicamente a su nacionalidad, no estén cubiertos por las mismas y la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros”.

Todo ello sin perjuicio de la facultad de los Estados miembros de “hacer extensivo el concepto de destinatario a otros nacionales de terceros países presentes en su territorio” (Cdo. 36).

En tal sentido, el art. 3.2 de la Ley Paraguas incluye dentro del ámbito de la Directiva a la persona física no nacional de un Estado miembro que reside legalmente en España.

Tratándose de una persona jurídica deberá haberse constituido con arreglo a la legislación de un Estado miembro y tener su sede social, administración central o centro de actividad principal dentro de la Comunidad.

Se excluye del concepto de prestador y del ámbito de la Directiva “las sucursales de sociedades de terceros países en un Estado miembro, ya que, con arreglo al artículo 48 del Tratado, solo disfrutaban de las libertades de establecimiento y circulación de servicios las sociedades constituidas con arreglo a la legislación de un Estado miembro y cuyo domicilio social, administración central o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Comunidad” (Cdo. 36).

No parece, sin embargo, en principio, que estén excluidos del ámbito de la Directiva, los servicios ofrecidos desde un tercer Estado, si el establecimiento está situado en un Estado miembro¹⁷⁵.

En lo que se refiere al criterio sustancial, lo cumple, según establece el Cdo. 36, toda persona “que ejerza una actividad de servicios, ya sea acogiéndose

¹⁷⁵ PICOD: *Le champ...* p. 11.

a la libertad de establecimiento o a la libre circulación de servicios. Así pues, el concepto de “prestador” no se limita únicamente a los casos en que el servicio se presta a través de las fronteras en el marco de la libre circulación de servicios, sino que también incluye los casos en que un operador se establece en un Estado miembro para desarrollar en él actividades de servicios”.

Están incluidos en la Directiva los servicios destinados tanto a las empresas como a los consumidores (Cdo. 33), por lo que el carácter del sujeto destinatario del servicio carece de relevancia a efectos de determinar el ámbito subjetivo de la Directiva.

Nos queda, por último, por examinar cuando un prestador en el sentido de la Directiva se puede considerar que está “establecido en un Estado miembro”. En tal sentido, la propia Directiva nos indica en su Cdo. 37, como se debe entender este criterio, resumiendo la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia al respecto, indicándonos que:

El “establecimiento de un prestador debe determinarse con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el concepto de establecimiento implica el ejercicio efectivo de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período indefinido. Este requisito se cumple también cuando se constituye una empresa por un plazo determinado o cuando la empresa arrienda el edificio o las instalaciones desde donde ejerce su actividad. También puede cumplirse cuando el Estado miembro concede autorizaciones únicamente durante un período limitado en relación con un servicio en particular. No es necesario que el establecimiento adopte la forma de filial, sucursal o agencia, sino que puede consistir en una oficina dirigida por el propio personal del prestador o por una persona que sea independiente pero autorizada a actuar de manera permanente por la empresa, como sería el caso con una agencia. Con arreglo a esta definición, que exige el ejercicio efectivo de una actividad económica en el lugar de establecimiento de un prestador, una simple dirección postal no constituye un establecimiento. Si un prestador tiene varios lugares de establecimiento, es importante determinar desde qué lugar de establecimiento se presta el servicio efectivo en cuestión. En aquellos casos en los que es difícil determinar desde cuál de los diferentes lugares de establecimiento se presta un determinado servicio, debe considerarse que este es el lugar en el que el prestador tiene el centro de sus actividades relacionadas con ese servicio en particular”.

6. Exclusiones

6.1 CARACTERÍSTICAS GENERALES Y TIPOS DE EXCLUSIONES

La Directiva establece un amplio catálogo de exclusiones de su ámbito de aplicación, en absoluto ajeno al proceso de discusión social y político que ya sabemos que lastro su aprobación¹⁷⁶ y que supuso un notable incremento de las materias que, por diversas vías, quedaban fuera de la Directiva.

A este factor, que determina por sí sólo que el análisis del ámbito excluido de la Directiva constituya una tarea complicada, se añaden otros, en especial la complejidad de estas exclusiones, cuya concreta extensión resulta en numerosos casos imprecisa¹⁷⁷, que contribuye a reforzar dicha dificultad. Determinando, en su conjunto, que la delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva, resulte confuso¹⁷⁸.

En realidad, esas excepciones no provienen de un único foco, sino que se encuentran diseminadas en distintas partes de la Directiva, encargadas de regular diferentes cuestiones, en buena medida, como una consecuencia más del acervado y polémico proceso de aprobación de la norma que nos ocupa, al que ya nos referimos en su momento.

Se han distinguido, así, tres grandes núcleos en el ámbito excluido de la Directiva. Por un lado, en primer lugar, tenemos las exclusiones *generales*, que se recogen en el art. 2 (y, entendemos nosotros, las recogidas en el art. 1); *las que resultan de la aplicación del principio de especialidad* del art. 3, que da preferencia a determinadas disposiciones de Derecho comunitario para el caso de que entren en conflicto con la Directiva de Servicios; y, por

¹⁷⁶ PICOD: *Le champ...* p. 11.

¹⁷⁷ SALVADOR ARMENDÁRIZ y VILLAREJO GALENDE: *La Directiva de servicios y...* pp. 53-54. En esta línea también HATZOPOULOS que destaca que el texto es claro respecto a lo que no regula, pero no lo es respecto a lo que regula. *Assessing the...* p. 243.

¹⁷⁸ PICOD: *Le champ...* p. 11.

último, las *sectoriales*, que excluye determinadas actividades únicamente respecto a la libertad de prestación de servicios del art. 17¹⁷⁹.

Otro punto que debe tenerse en cuenta es la utilización de distintos términos para delimitar el ámbito excluido de la Directiva “no trata”, “no afecta”, “no afectará”. Lo que introduce la cuestión de determinar si estas distinciones tienen un sentido técnico, que implica una diferencia relevante entre unas y otras.

Alguna doctrina, en su esfuerzo por dar sentido a esta confusa regulación, ha descubierto la existencia de diferentes connotaciones entre unos y otros. Así, DE LA QUADRA SALCEDO entiende que los supuestos de no aplicación del art. 2 serían materias en principio incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, que quedan, sin embargo, excluidas de éste por la voluntad del legislador. Los supuestos en los que se indica en el art. 2 que “no trata” o “no afecta” serían, sin embargo, materias radicalmente excluidas del ámbito de la Directiva, no es que el legislador las excluya por un acto de voluntad, sino que, simplemente, no forman parte del mismo. A ello añade, por último, que ostentan una cierta posición específica los supuestos de “no afectar” de los núm. 4 a 7 del art. 1, que entiende vienen a marcar los límites de lo conexo con lo regulado, aclarando que determinadas materias conectadas con el ámbito de la Directiva no se ven afectadas por la misma. En este caso se trata de aspectos que de no quedar excluidos formarían parte del ámbito de la Directiva, pero diferenciándose de los supuestos del art. 1 en que aquí no se excluyen servicios determinados, sino medidas, esto es, la Directiva aclara la legitimidad de que los Estados miembros adopten determinados

¹⁷⁹ En tal sentido F. JIMÉNEZ GARCÍA, que señala que “para conjurar todas las polémicas suscitadas en torno a la excesiva liberalización de servicios de interés público se procedió a una importante depuración de los servicios afectados. Tal exclusión se produce en una triple vertiente. *La general, prevista en el art. 2*, que afecta tanto a la libertad de establecimiento de los prestadores como a la libre prestación de servicios (...). *La deducida del principio de especialidad del art. 3* conforme al cual si surge un conflicto entre una disposición de otro acto comunitario relativo a aspectos concretos relacionados con el acceso a la actividad de un servicio o su ejecución en sectores concretos o en relación con profesiones concretas, estas normas primarán y se aplicarán a esos sectores profesionales concretos (...) y, finalmente, *la sectorial* o adicional relativa exclusivamente a la libertad de servicios del art. 17”. “Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios”, en *Revista de Derecho Comunitario Europeo* 28 (septiembre-diciembre de 2007), pp. 807-808.

tipos de medidas respecto a los servicios incluidos en el ámbito de la Directiva¹⁸⁰.

¹⁸⁰ Comienza, así, señalando respecto a las materias a las que no se aplica la Directiva del art. 2, que: “«No aplicar» remitiría a supuestos de actividad que caerían en principio en el ámbito de la Directiva, pero que, por alguna razón, se prefiere que no se apliquen sus previsiones a dichos sectores. Sería, así, la voluntad del legislador comunitario la que prefiere dejar fuera del ámbito de la Directiva determinadas actividades y, por tanto, el término que se usa es el de «no aplicar», como queriendo decir que la actividad de que se trata podrían caer, en principio, en la órbita de la Directiva, pero que, por un acto de voluntad ligado a razones de conveniencia u oportunidad, se ha preferido dejarla exenta de las normas de la Directiva que no se le aplican”.

Sin embargo, entiende, “Con las expresiones «no tratar» o «no afectar» del art. 1 de la Directiva, parece, en cambio, que se quiere subrayar algo más. Cuando se dice que la Directiva «no trata» de algo, se están queriendo subrayar cosas que por su propia naturaleza en ningún momento puede considerarse que puedan quedar comprendidas bajo la Directiva. Es una declaración de conocimiento, no una declaración de voluntad: es la constatación de que en el ámbito material que la Directiva se marca en el núm. 1 del art. 1 no caben las cuestiones que se dicen en sus núms. 2 y 3.

(...)

Aquí no se trata de «no aplicar», por un acto de voluntad, la Directiva por razones de conveniencia o de otro tipo, a una actividad que, en principio, caería en su propio ámbito, como antes hemos visto que ocurría con las actividades a las que el art. 2 declara «no aplicables» las previsiones de la Directiva. Aquí se trata de una declaración de conocimiento: la Directiva no comprende desde el principio –no trata– (...).

Mayor imprecisión ofrece el término «no afectar» que se contiene en los núms. 4 a 7 del art. 1 de la Directiva. Con ese término parece que se quieren marcar los límites de lo regulado y lo conexo con lo regulado, pero que no es el objeto directo de la regulación. Parece que se pretende significar que las consecuencias de la regulación de la Directiva, que de forma indirecta y colateral podrían extenderse por otros ámbitos conexos, no afectan a dichos ámbitos conexos (...).

En realidad la inexistencia de «afección» está más cerca del concepto de «no aplicación» en cuanto que se trata de materias que podrían estimarse comprendidas dentro del objeto definido en el núm. 1 del art. 1 de la Directiva (...).

Ahora bien la diferencia entre la inexistencia de «afección» de los núms. 4 a 7 del art. 1 y la «no aplicación» del art. 2 tiene que ver con el objeto de ambos términos.

La no aplicación del art. 2 se refiere a actividades-servicios que se quieren excluir del ámbito natural de la Directiva; actividades servicios que se van describiendo de modo sectorial (...).

Por el contrario, la inexistencia de afección del art. 1 no se refiere a servicios, sino a «medidas» que puedan tomarse por distintas razones en relación con diversas actividades. En el caso de la «no aplicación» se trata de servicios que quedan excluidos de la aplicación de la Directiva a actividades descritas, justamente, como tales servicios; en el caso de la «no afección» estamos ante medidas establecidas, por ejemplo, en las leyes penales o laborales o en las regulaciones del ejercicio de derechos y libertades fundamentales.

Con la afirmación de lo «no afectado» por la Directiva se quiere aclarar que la supresión o aligeramiento de las trabas al establecimiento o a la prestación de servicios no supone que las normas penales no puedan, por ejemplo, sancionar al que preste servicios sin haber cumplido las normas dictadas en aplicación de la Directiva. Ésta pretende suprimir o aligerar requisitos que amenazan con erigirse en trabas a las libertades comunitarias, pero eso no significa que la regulación de la Directiva ocupe todo el espacio posible de la regulación, de forma que impida que otras normas –las penales, por ejemplo, o las laborales– tengan algo que decir más allá del objeto directo de regulación de la Directiva”. *Precisiones sobre...* pp. 92-94.

Un punto importante, respecto a la diferenciación de estos diferentes tipos de exclusiones, reside, a nuestro juicio, en la especificidad del segundo tipo de excepciones, las del art. 1 que establecen que la Directiva “no trata” o “no afecta”. Como se ha resaltado certeramente, estas excepciones tienen un carácter más descriptivo que prescriptivo, en cuanto, en realidad, se limitan a subrayar que determinadas actividades que estarían excluidas sin necesidad de esa mención, quedan fuera de la Directiva. Eso no resta su importancia como criterio interpretativo y el hecho de que constituyan una declaración que quien formula tenderá a cumplir. Ahora bien, en último término, y por todo lo dicho, el verdadero valor de estas declaraciones es cuestionable, y siempre queda abierta, además, una pregunta, que una cuestión no trate o no tenga que ver con otra, no quiere decir necesariamente que no acabe teniendo una incidencia decisiva sobre la misma¹⁸¹.

En último término, entendemos, estas precisiones no dejan de ser declaraciones que por motivos estrictamente políticos se introducen en un instrumento inadecuado, la parte normativa de un texto jurídico. Esto determina que su verdadero valor jurídico sea cuestionable y, en cierto modo, hace que su introducción sea criticable, en cuanto son susceptibles de generar un efecto engañoso, particularmente en la ciudadanía.

En realidad, entendemos no son una norma jurídica propiamente dicha. En el mejor de los casos constituyen una declaración de intenciones, un compromiso si se quiere, por parte del legislador respecto a su actuación futura que, al menos en un futuro próximo es previsible que se cumpla.

En el peor, vienen a constituirse en una suerte de imposible interpretación auténtica que, entendemos, en muchos casos, no puede resultar viable, pues no puede comprometer la interpretación del sujeto aplicador, en particular, del Tribunal de Justicia que, pocas dudas nos caben, deberá pronunciarse en más de una ocasión en relación con la Directiva de servicios¹⁸².

Como es sabido, una norma jurídica una vez promulgada adquiere una consistencia objetiva, susceptible de desarrollarse y producir efectos al margen

¹⁸¹ DAVIES: *The services Directive...* p. 233.

¹⁸² Apunta UYEN DO que el Tribunal de Justicia va a tener que pronunciarse para aclarar que es lo que queda comprendido dentro de la Directiva y que no, así como para resolver las disidencias entre los Estados miembros acerca de la obligación de transposición. *La proposition de...* p. 130.

de la voluntad de su autor. Esto casa mal con la introducción de meras declaraciones de voluntad o adelantos de criterios interpretativos, que pueden, a la larga, convertirse en simple papel mojado.

6.2 LOS SERVICIOS DE INTERÉS GENERAL

La siempre polémica institución de los servicios de interés general, en cierto modo heredera en el ámbito europeo de la no menos difícil noción de servicio público, no podía dejar de generar especiales dificultades en una norma de carácter liberalizador, como lo es en último término la Directiva de Servicios.

Ciertamente es éste, sin duda, uno de los puntos que resultaron más problemáticos en la aprobación de la Directiva. Como es sabido, uno de los elementos claves invocados por los que se oponían a su aprobación fue la defensa de los servicios públicos¹⁸³, o quizás de forma más precisa, deberíamos hablar de los servicios de interés general, utilizando la jerga comunitaria, cuya exclusión del ámbito de la Directiva se propugnó por entes tan significativos como el propio Comité Económico y Social Europeo, que defendió la conveniencia de excluir en su conjunto a los servicios de interés general (económicos o no), de la aplicación de la Directiva de Servicios¹⁸⁴.

¹⁸³ En tal sentido, el Comité Ejecutivo del PCA/PCE señaló “que esta Directiva es inaceptable y exige su retirada. Llama a sus organizaciones, militantes y amigos a promover cuantas acciones sean necesarias para informar y movilizar al mayor número posible de organizaciones y ciudadanos en defensa de unos servicios públicos universales, de calidad y desmercantizados”. Resolución del PCA/PCE de 4 de marzo de 2005. Disponible en http://www.nodo50.org/pcaragon/home_archivos/Res_Directiva%20Bolkestein_04_03_05.pdf.

¹⁸⁴ Señaló el CESE que en “2003 la Comisión presentó un Libro Verde, y el 12 de mayo de 2004 presentó un Libro Blanco sobre los servicios de interés general, por lo que parece deseable analizar de manera más precisa y delimitar recíprocamente las repercusiones de la propuesta de Directiva sobre este ámbito sensible en los Estados miembros. Ya que la Comisión había prometido que antes de finales de 2005 presentaría un informe sobre la viabilidad y la necesidad de una ley marco, por lo demás explícitamente prevista por el artículo III-122 del Tratado Constitucional, el Comité estima preferible excluir el conjunto de los servicios de interés general (económicos y no económicos) del campo de aplicación de la Directiva relativa a los servicios, en espera de que el marco comunitario sobre estos servicios establezca los principios y fije las condiciones, económicas y financieras en particular, que permitan a los servicios de interés general el cumplimiento de su cometido”. *Dictamen del Consejo Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva...*

Como es de sobra conocido, este debate se va a saldar también en este aspecto con una solución de compromiso, que determina que la solución finalmente adoptada por la Directiva asuma una posición más matizada, que acoge un régimen más beneficioso para los servicios de interés general¹⁸⁵. Si bien, como tendremos ocasión de comprobar, no se puede, sin embargo, considerar que con ello se cierra este conflictivo debate, pues sigue habiendo, por una parte, sectores muy disconformes con esta regulación, como veremos. Por otra parte, porque continúan existiendo grandes incertidumbres en algunos aspectos acerca de cómo se va a aplicar la Directiva a algunos servicios de interés general¹⁸⁶.

La primera precisión que debe realizarse al respecto es que resulta evidente, de la interpretación conjunta de los preceptos de la Directiva relativos a los servicios de interés general, la existencia de un diferente régimen jurídico para los servicios de interés económico general y los servicios no económicos de interés general, pues los primeros están incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, aunque ésta no implica su liberalización, la privatización de las entidades públicas que los presten o trate de su financiación o las eventuales ayudas públicas que reciban; mientras que, sin embargo, los segundos están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva.

Solución que la propia Directiva explica, en su exposición de motivos, por el carácter no económico de los segundos, frente al carácter económico de los primeros, que se prestan a cambio de una contraprestación económica¹⁸⁷.

Los servicios no económicos de interés general están excluidos del ámbito de la Directiva por su art. 2.2.a. Precepto que transpone al Derecho español en términos idénticos el art. 2.2.a de la Ley Paraguas.

¹⁸⁵ Como apunta J. J. MONTERO PASCUAL, la Directiva "realiza un claro esfuerzo para eliminar amenazas" a los servicios de interés general. "La libre prestación de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior", en *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 14 (primer semestre de 2008), p. 113.

¹⁸⁶ SYNNOTT, B.: "Los servicios sociales en la Directiva Bolkestein", en *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 14 (primer semestre de 2008), p. 24.

¹⁸⁷ Señala el Cdo. 17 de la exposición de motivos que la "presente Directiva incluye únicamente aquellos servicios que se realizan por una contrapartida económica. Los servicios de interés general no están cubiertos por la definición del artículo 50 del Tratado, por lo que no están incluidos en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. Los servicios de interés económico general son servicios que se realizan por una contrapartida económica, por lo que entran dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva".

Pocas discusiones pueden haber de la legitimidad de esta exclusión. En realidad, como se ha señalado certeramente, no se puede hablar propiamente de que la Directiva los haya excluido de su ámbito, pues este tipo de servicios no se rige por el art. 49 TCE, y no pueden entrar, en consecuencia, dentro de éste¹⁸⁸. La mención expresa de su no inclusión sólo puede ser entendida, en realidad, como una declaración de carácter más político que jurídico, dirigida a evitar las posibles reacciones adversas a la Directiva por parte de algunos sectores¹⁸⁹.

El alcance de esta exclusión no ha sido acogida, como era previsible, de forma unánime por todos los sectores. Hay, así, quienes la consideran excesiva, en cuanto no entienden que tenga sentido la exclusión de la totalidad de los servicios no económicos de interés general, pues ésta estaría justificada respecto a los servicios de este tipo que son prestados directa o indirectamente por parte de los poderes públicos, pero no para los prestados por un sujeto privado¹⁹⁰. Posición que, por lo demás, entendemos equivocada, porque, como ya dijimos, los servicios no económicos de interés general no pueden quedar incluidos dentro del ámbito de la Directiva.

La solución consagrada en la Directiva es, sin embargo, insuficiente para otro sector, que ha manifestado que hubiera preferido la exclusión no ya del conjunto de los servicios de interés general, sino del conjunto de los “servicios públicos”, a lo que añade la conveniencia de que hubiera hecho una referencia a los principios que rigen estos servicios¹⁹¹.

¹⁸⁸ PEGLOW: *La libre prestation...* p. 71 y p. 107, nota 198. PICOD: *Le champ...* p. 12. UYEN DO: *La proposition de...* p. 129.

¹⁸⁹ D'ACUNTO: *Directive Services...* p. 271. HATZOPOULOS: *Assessing the services...* pp. 246-247.

¹⁹⁰ Esa es la opinión de LINDE PANIAGUA, que considera que la “exclusión parece obvia en el caso de los servicios públicos en cuestión que se presten directa o indirectamente por Administraciones Públicas, aunque a mi juicio, no está plenamente justificado que se excluyan dichos servicios públicos cuando sean prestados por concesionarios o por otras modalidades”. *Notas sobre...* p. 40.

¹⁹¹ En tal sentido, M. V. SEGARRA ORTIZ, que afirma que es “de lamentar que no se hayan excluido los Servicios Públicos en general y que no se mencionen los principios del servicio público”. “La Directiva relativa a los Servicios en el Mercado Interior. Pautas de Actuación Futura”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea* n° 14 (primer semestre de 2008). P. 14. En el mismo sentido, SYNNOTT: *Los servicios sociales...* p. 25.

No tenemos ánimo alguno de entrar en esta polémica y dejamos de lado, en consecuencia, la discusión acerca del acierto o no de dar dicho ámbito a la exclusión. Debemos, no obstante, señalar algo que nos parece evidente, y que la doctrina, con buen criterio, a nuestro juicio, ha puesto de manifiesto: se está con ello articulando la distinción entre lo incluido y lo excluido en el ámbito de la Directiva en base a un criterio de perfiles borrosos¹⁹², como lo ha sido siempre, sin duda, la distinción entre los servicios de interés económico general y los servicios no económicos de interés general. Parece evidente, por ello, que se hace necesario una mayor clarificación del concepto de servicio no económico de interés general¹⁹³, que debería ser objeto de precisión en una normativa comunitaria específica¹⁹⁴.

Una parte de la doctrina se ha apresurado a solicitar que el concepto de servicio de interés general sea interpretado de la forma más amplia posible¹⁹⁵. Sólo el tiempo podrá clarificar si ocurre así en la práctica. Si bien, mucho nos tememos, no parecen las instituciones comunitarias muy proclives a tomar esa dirección.

El art. 2.2.j de la Directiva establece que ésta no se aplicará a “los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionados por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado”. Precepto que transpone al Derecho español el art. 2.2.j de la Ley Paraguis.

El hecho de que la Directiva, junto a la exclusión genérica de los servicios no económicos de interés general, excluya expresamente estos concretos servicios sociales, que parecen incluidos, al menos en principio, dentro de los servicios no económicos de interés general y, por tanto, estarían ya fuera de la

¹⁹² DE LA QUADRA-SALCEDO: *Precisiones sobre...* pp. 104-106. SALVADOR ARMENDÁRIZ y VILLAREJO GALENDE: *La Directiva de servicios y...* p. 54. HATZOPOULOS: *Assessing the services...* p. 228.

¹⁹³ RODRÍGUEZ, S.: “Commentaire sur les deux premières communications”, en *Europe* (junio de 2007). p. 14.

¹⁹⁴ UYEN DO: *La proposition...* p. 124.

¹⁹⁵ En tal sentido, SEGARRA ORTIZ: *La Directiva relativa...* p. 14. SYNNOTT: *Los servicios sociales...* p. 25.

Directiva, plantea un problema interpretativo, pues podría considerarse que los servicios sociales no estuviesen incluidos dentro de los servicios no económicos de interés general, de tal forma que sólo estuviesen excluidos del ámbito de aplicación los concretos servicios sociales a los que se refiere la Directiva¹⁹⁶.

Esta posición ha sido defendida por una parte de la doctrina¹⁹⁷, sin embargo, coincidimos con los que se han manifestado en contra de esta interpretación¹⁹⁸.

Debe entenderse, más bien, que la exclusión de los servicios sociales relativos a la vivienda social, atención a niños y personas temporal o permanentemente necesitadas, tiene el sentido de evitar que se excluya del ámbito de la Directiva, aquellos servicios sociales de este tipo que no son prestados por poderes públicos o por asociaciones de beneficencia, esto es, en definitiva, la prestación de este tipo de servicios a personas que no se encuentran en una

¹⁹⁶ Apunta DE LA QUADRA-SALCEDO que se suscita la duda "de saber por qué el núm. 2 de la Directiva se ha sentido obligado, no sólo a excluir de forma genérica los servicios no económicos de interés general, sino además a remachar que algunos tipos específicos de lo que se suponía que no eran sino manifestaciones de dichos servicios, quedan, asimismo y en todo caso, fuera del ámbito de la Directiva. Podría entenderse que ello es así por enfatizar la exclusión en *el caso de los servicios sanitarios o los servicios sociales*, pero sin que ese énfasis en tales servicios suponga que se dejan de considerar como servicios no económicos de interés general.

Pero cabría, desde luego, otra lectura según la cual se trataría de comenzar a diferenciar dentro del concepto mismo de servicios no económicos de interés general a un tipo especial o singular como sería el caso de los servicios sanitarios o a los servicios sociales, con consecuencias no fácilmente predecibles, pero que podían dar a entender que la Comunidad se prepara a hacer para los mismos tratamientos diferenciados". *Precisiones sobre...* p. 106.

¹⁹⁷ LINDE PANIAGUA: *Notas sobre...* p. 40.

¹⁹⁸ DE LA QUADRA-SALCEDO: *Precisiones sobre...* p. 109.

situación de necesidad, y que no podrían ser considerados, en consecuencia, servicios no económicos de interés general¹⁹⁹.

Sin embargo, cuando son prestados a sujetos necesitados por los poderes públicos o entidades benéficas para personas que los necesitan deben quedar fuera del ámbito de la Directiva. Solución que se justifica, como aclara la propia exposición de motivos de la norma que nos ocupa en "el objetivo de garantizar el apoyo a quienes se hallan, temporal o permanentemente, en un estado particular de necesidad a causa de unos ingresos familiares insuficientes o de una ausencia total o parcial de independencia y a quienes corren el riesgo de quedar marginados. Estos servicios son esenciales para garantizar los derechos fundamentales a la dignidad humana y a la integridad, y son una manifestación de los principios de cohesión social y de solidaridad, y no deben verse afectados por la presente Directiva" (Cdo. 27).

Nótese, no obstante, que estos cuatro tipos de servicios sociales sólo estarán excluidos, en consecuencia, de la Directiva, en la medida que cumplan un doble criterio: el material, consistente en su carácter social y personal,

¹⁹⁹ Considera DE LA QUADRA-SALCEDO que el "problema se suscita en relación con aquellos servicios sociales que no reciben financiación pública ni se prestan por cuenta o nombre del Estado, puesto que en este supuesto caen de lleno en el ámbito de la Directiva. La situación que se crea consiste en que ya no se puede hablar de forma genérica de servicios que por su naturaleza son de interés general no económico y por eso quedan excluidos del ámbito de la Directiva, (...) dentro de los servicios sociales genéricos habría unos que son de interés general no económicos y otros serían servicios económicos de interés general (o tal vez ni siquiera de interés general). Es decir, que así como los servicios sanitarios quedan genéricamente fuera de la Directiva de Servicios con independencia del sujeto que los presta y de su forma de financiación, en cambio, en el ámbito de los servicios sociales no puede decirse que los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención de los niños y el apoyo de las familias y personas temporal o permanentemente necesitadas queden, todos ellos, excluidos del ámbito de la Directiva. Sólo quedan excluidos los prestados por el Estado, por encargo de éste o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado.

La "cuestión radica en que estos servicios ya no son considerados por la Directiva de Servicios como servicios sociales de interés general no económico, sino que sólo tienen ese carácter los promovidos por el Estado o poderes públicos; los demás son servicios a secas o en todo caso servicios económicos de interés general. Y no tienen ese carácter porque de otro modo estarían comprendidos en la letra a) del art. 2.2 de la Directiva y, por tanto, excluidos de la misma.

Sin embargo, la redacción de la letra j) no deja lugar a dudas acerca de que no se quiere que los servicios sociales mencionados, prestados por sujetos que no sean poderes públicos o asociaciones de beneficencia, queden excluidos de la Directiva. Y si se pretende que no queden excluidos estos servicios sociales es porque se considera que no encajan en la letra a) del art. 2.2.

En el fondo lo que se quiere es excluir de la Directiva aquellos servicios que teniendo carácter social en las áreas mencionadas se dirijan a personas no necesitadas". *Precisiones sobre...* pp. 111-112.

esto es, que esté prestado por los poderes públicos, por un sujeto que actúa por encargo de los poderes públicos o por asociaciones de beneficencia reconocidas²⁰⁰.

Algunas posturas favorables a lograr la más amplia protección social, han llegado a considerar que se debe incluir dentro del concepto de servicio social servicios como el suministro de agua, por su carácter extremadamente básico para el desarrollo del ciudadano²⁰¹, tratando, con ello, de dejar este tipo de servicios fuera del alcance de la Directiva.

La postura es, eminentemente, totalmente incorrecta desde el punto de vista técnico. Sin entrar a negar o no la argumentación de fondo, y la extraordinaria relevancia social de estos servicios. Es claro que se prestan a cambio de una contraprestación y que tienen, en consecuencia, un claro carácter económico.

La Directiva excluye expresamente del ámbito de la Directiva los servicios sanitarios, a través de su art. 2.2.f que establece que no se aplicará ésta a “los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su modo de organización y de financiación a escala nacional y de su carácter público o privado”. Precepto que transpone al Derecho español el art. 2.2.f de la Ley Paraguas.

Excepción que contribuye a delimitar el Cdo. 22 de la exposición de motivos, que nos indica que 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”.

No se consideran, sin embargo, incluidos en esta excepción ni los servicios veterinarios ni la gestión de los residuos sanitarios²⁰².

²⁰⁰ D'ACUNTO: *Directive Services...* p. 275.

²⁰¹ En tal sentido señala SYNNOTT que, como “muchos otros servicios sociales, el acceso al agua se reconoce como un derecho y, como el agua es un bien común, existe un acuerdo general en que debe ser administrada en interés público. Esto contradice con los principios de *marketización* que sostiene la Directiva de servicios”. *Los servicios sociales...* p. 26. La misma opinión, SEGARRA ORTIZ: *La Directiva relativa...* p. 15.

²⁰² MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: *Directiva de Servicios: Manual de Evaluación...*

Debe notarse que se excluye del ámbito de la Directiva a los servicios sanitarios en su totalidad, sin distinguir entre los prestados o financiados por entidades públicas y las privadas. Posición que, en opinión de algunos, debe considerarse razonable, en cuanto cabe la posibilidad de que se fije un sistema sanitario presidido por los poderes públicos, en cuyo caso no tendría sentido someter a la Directiva a una actividad privada de carácter puramente marginal, que en muchos casos colabora, además, con el sistema público. Conclusión a la que contribuye también la complejidad del sistema sanitario de los sistemas europeos²⁰³.

Para otros, sin embargo, dicha exclusión carece de sentido, y va a generar un efecto negativo sobre los derechos de los pacientes²⁰⁴. Línea de opinión en el fondo coincidente con los que se han mostrado favorables a la propuesta del Parlamento Europeo²⁰⁵ de mantener la exclusión de la sanidad, pero no para que quede fuera de la regulación de la Directiva, sino para introducirla

²⁰³ Señala DE LA QUADRA-SALCEDO que "una vez que un sistema de sanidad, dominado por lo público y con financiación pública queda excluido del ámbito de la Directiva, no parecería que tuviese mucha lógica someter a las exigencias de la Directiva las actividades privadas que de forma intersticial, aunque con mayor o menor importancia, se prestan en el seno de la garantía pública de los servicios sanitarios.

Mucho menos todavía cuando en ocasiones puede ocurrir, como de hecho ocurre en nuestro país, que esa sanidad privada en buena medida actúa también para la sanidad pública por medio de convenios que permiten que el sistema público de sanidad pueda echar mano de los recursos de la sanidad privada.

Un sistema tan complejo como el de sanidad en la mayor parte de los países, aconsejaba, sin duda, que una vez excluida la sanidad pública del régimen de aplicación de la Directiva, por razones obvias, también se excluyese la sanidad privada". *Precisiones sobre...* p. 110.

En esta línea favorable a la exclusión de la Sanidad del ámbito de la Directiva se habían pronunciado también con anterioridad, DE SCHUTTER, O. y FRANCO, S.: "La proposition de Directive relative aux services dans le Marché Intérieur: reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie", en *Cahiers de Droit Européen* 2005 n° 5-6, p. 634.

²⁰⁴ HATZOPOULOS: *Assessing the services...* p. 248.

²⁰⁵ El Parlamento ha concluido respecto a esta materia lo siguiente:

- "65. Pide a la Comisión que intensifique su política de persecución de las violaciones del Derecho comunitario con miras a garantizar que todos los Estados miembros respetan la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y que todos los pacientes europeos, con independencia de su país de origen, se beneficien de los derechos que les confiere el Tratado;
- 66. Invita a la Comisión a que presente, ante el Parlamento y el Consejo, una propuesta de instrumento apropiado con miras, en particular, a codificar la jurisprudencia del Tribunal de Justicia;
- 67. Pide a la Comisión que presente una propuesta que tenga en cuenta la presente Resolución, y la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre los derechos de los pacientes; pide que se garantice a los

en la misma mediante un texto específico, en atención a sus peculiaridades²⁰⁶.

Desde otra perspectiva, radicalmente opuesta, se ha criticado este tratamiento diferenciado de los servicios sanitarios respecto al resto de los servicios sociales, de los que sin duda forma parte, ha generado algunas críticas, que ven en ello una indebida fragmentación de dos servicios estrechamente vinculados, que resulta problemático dividir, entre otras cosas, porque en muchas ocasiones requieren de una prestación conjunta²⁰⁷.

También en esta línea, se apunta de forma crítica la existencia de servicios que están a caballo entre lo social y lo sanitario, en los que se daría una diferencia de régimen jurídico derivada del simple hecho de que se etiqueten de una forma u otra, pues en el primer caso quedaría fuera del ámbito de aplicación de la Directiva, mientras que en el segundo no²⁰⁸.

pacientes el mayor acceso posible a los servicios sanitarios en toda Europa, así como que se garantice a los prestadores de servicios sanitarios la libertad para prestar estos servicios, así como la libertad de establecimiento;

- 68. Teniendo en cuenta que la propuesta de la Comisión de abordar temas sanitarios en la Directiva 2006/123/CE fue rechazada por el Parlamento Europeo y el Consejo, insiste en que ahora son necesarias nuevas medidas para mantener los derechos existentes; por tanto, pide a la Comisión, como guardiana de los Tratados, que garantice la salvaguardia de estos derechos;
- 69. Cree que, por encima de todo, un nuevo marco regulador europeo para los servicios transfronterizos de atención sanitaria debe mejorar el acceso a servicios sanitarios de alta calidad en caso de enfermedad, contribuir a la seguridad de los pacientes y ampliar las opciones que se ofrecen a todos los pacientes en la Unión Europea, sin aumentar a la desigualdad en materia de salud". *Resolución del Parlamento Europeo, de 23 de mayo de 2007, sobre el impacto y las consecuencias de la exclusión de los servicios sanitarios de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior.*

²⁰⁶ UYEN DO: *La proposition...* pp. 128-129.

²⁰⁷ En tal sentido SYNNOTT, que ha puesto de manifiesto que estos dos servicios "a pesar de las características comunes que comparten, el hecho es que resulta imposible en la práctica dibujar una clara línea de división entre estos servicios que con frecuencia necesitan una provisión conjunta". *Los servicios sociales...* p. 24.

²⁰⁸ Señala J. NIEMIEC que "los servicios de sanidad se han excluido del campo de aplicación, pero para los servicios sociales, la definición tal y como ha sido propuesta, por el Consejo, no nos conviene y determinados servicios sociales pueden volverse a encontrar en el campo de aplicación. Así pues, las normas de esta Directiva podrían volverse a aplicar a una gran parte de los servicios sociales que se pueden definir también como servicios de salud.

Por ello habrá prevemos una gran confusión, con conflictos potenciales, por la forma de definir los servicios. Si se los define como servicios de salud, sobre todo para las personas de edad avanzada, por ejemplo, deberían ser excluidos. Si se los define como servicios sociales, estarán cubiertos por la Directiva. Nosotros votamos por excluir este sector". "La regulación social, la movilidad y la formación laboral en el nuevo mercado europeo de servicios", en *La Directiva de servicios y la movilidad de los trabajadores en la Unión Europea*. Eurobask. País Vasco, 2007, p. 110.

Respecto a la afirmación de que la Directiva no implica la liberalización de los servicios de interés económico general reservados a los poderes públicos, se ha considerado por una parte de la doctrina que constituye una afirmación superflua, introducida más bien con un afán de evitar confusiones y atenuar los temores generados por la aprobación de la Directiva, pues es evidente que la norma que nos ocupa no trata de esta cuestión, y la no inclusión de esta referencia en el borrador inicial de la misma no implicaba una afección a esta materia²⁰⁹.

En cuanto a la referencia a que la Directiva no implica la privatización de las entidades públicas prestadoras de servicios, no puede tener otro sentido que el de eliminar los eventuales recelos que puedan surgir al respecto, pues evidente que el principio de neutralidad impide que la Directiva pueda producir ese efecto²¹⁰.

Por último debemos destacar también que la Directiva excluye del ámbito de la Directiva algunos servicios no económicos de interés general:

- a) El art. 2.2.c excluye “los servicios y redes de comunicaciones electrónicas, así como los recursos y servicios asociados en lo que se refiere a las materias que se rigen por las Directivas 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE y 2002/58/CE”. Precepto que transpone al Derecho español el art. 2.2.c de la Ley Paraguas.
- b) El art. 2.2.d deja fuera de la Directiva los “servicios en el ámbito del transporte, incluidos los servicios portuarios, que entren dentro del

²⁰⁹ Señala DE LA QUADRA-SALCEDO que la “interpretación del proyecto de la Directiva, que no contenía esta previsión acerca de lo que «no trataba» la misma, no conducía, sin embargo, a suponer que se pretendía la liberalización o supresión de todos los derechos especiales o exclusivos que pudieran existir. Pero podía abrir, para algunos, un debate al respecto, de ahí que, de forma probablemente innecesaria, pero movida por la alarma que suscitó la primera propuesta de la Directiva, se hayan asumido algunas de las propuestas del Parlamento Europeo que proponían excluir expresamente la liberalización de servicios, así como la privatización de las entidades públicas prestadoras de los mismos, que no creemos que pudieran considerarse comprendidas en la redacción originaria de la propuesta de la Directiva de Servicios”. *Precisiones sobre...* p. 95.

²¹⁰ Señala DE LA QUADRA-SALCEDO que “no se alcanza a ver en qué medida las disposiciones que se contienen, respecto de la libertad de establecimiento o de la libre prestación podían entrar en colisión con la propiedad pública de las entidades prestadoras de servicios (...) lo cierto es que es ya el propio Tratado el que con el art. 239 ha precisado el llamado principio de neutralidad”. *Precisiones sobre...* p. 96.

ámbito de aplicación del título V del Tratado”. Precepto que transpone al Derecho español el art. 2.2.d de la Ley Paraguas.

La razón de esta necesidad reside en que estos concretos servicios de interés económico general cuentan ya con una regulación comunitaria muy desarrollada, siendo preferible mantener este régimen específico²¹¹.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, el diferente alcance de esta exclusión, que en el caso de los servicios de transporte y portuarios es absoluta; mientras que para las redes y servicios de comunicaciones electrónicas se refiere exclusivamente a los aspectos regulados por las cinco Directivas antes mencionadas, estando, en el resto, comprendidos dentro del ámbito de la misma²¹². Si bien teniendo en cuenta que esa excepción no solo se aplica “a cuestiones tratadas concretamente en esas Directivas sino también a asuntos respecto de los cuales las Directivas dan explícitamente a los Estados miembros la posibilidad de adoptar determinadas medidas a escala nacional” (Cdo. 20).

Respecto a la exclusión de los transportes debe tenerse también en cuenta que, como aclara la propia Directiva, incluye “el transporte urbano, los taxis y ambulancias, así como los servicios portuarios” (Cdo. 21). No se hace referencia alguna, sin embargo, a los transportes funerarios ni a las empresas de mudanzas, que se deben considerar, en consecuencia, excluidos de la excepción²¹³.

Debe notarse igualmente que la Ley Paraguas aclara en su art. 2.2.d que esta excepción incluye la “navegación marítima y aérea, incluidos los servicios portuarios y aeroportuarios necesarios para llevar a cabo la actividad de transporte, exceptuando la actividad de las plataformas logísticas de las empresas y de las actividades necesarias para su funcionamiento”.

Para el resto de los servicios de interés económico general rige el art. 15.4 de la Directiva y art. 17.1 de la Directiva.

²¹¹ Señala DE LA QUADRA-SALCEDO que “la mayor precisión de unas Directivas específicas, como es la de redes y servicios de comunicaciones electrónicas aconseja, desde luego, el mantenimiento de su régimen propio”. *Precisiones sobre...* p. 115. En el mismo sentido, LINDE PANIAGUA: *Notas sobre...* p. 39. PICOD: *Le champ...* pp. 11-12.

²¹² D'ACUNTO: *Directive Services...* p. 272.

²¹³ MARTÍN FERREIRA, P.: “La modificación de las ordenanzas locales”, en *Revista de Estudios Locales* n.º 122 (julio-agosto de 2009).

6.3 SERVICIOS AUDIOVISUALES

El art. 2.2.g de la Directiva establece que la misma no se aplica a “los servicios audiovisuales, incluidos los servicios cinematográficos, independientemente de su modo de producción, distribución y transmisión (incluidas las salas de cine, según aclara el Cdo. 24 de la exposición de motivos), y la radiodifusión”. Precepto que transpone al Derecho español el art. 2.2.g de la Ley Paraguas, que aclara que la excepción no alcanza a “las actividades de comercio al por menor de los productos audiovisuales”.

Téngase en cuenta también que el Cdo. 24 de la exposición de motivos de la Directiva aclara que la Directiva “no debe aplicarse a las ayudas concedidas por los Estados miembros en el sector audiovisual, que están reguladas por las normas comunitarias de competencia”.

Esta exclusión parece tomar base en la existencia de una normativa específica sobre la materia²¹⁴. Si bien ha sido objeto de crítica por una parte de la doctrina, que entiende que tan sólo puede tener el sentido de fomentar la diversidad cultural y lingüística y la defensa del pluralismo, lo que la dota de un cierto carácter redundante al estar incluido su contenido en la referencia del art. 1.4²¹⁵.

En cualquier caso, debe notarse que la excepción sólo comprende la difusión, quedando fuera de la excepción cualesquiera otras actividades, tales como la producción, distribución, comercialización o promoción²¹⁶.

6.4 DERECHO LABORAL

La posible incidencia de la Directiva sobre el Derecho laboral fue, sin duda, uno de los grandes puntos de disensión en el proceso de aprobación de la Directiva.

²¹⁴ PICOD: *Le champ...* p. 12.

²¹⁵ En tal sentido DE LA QUADRA-SALCEDO, que considera que lo “lógico es que la razón de la exclusión tenga que ver, probablemente, con las medidas de fomento de la diversidad cultural y lingüística y la defensa del pluralismo, pero tal vez, en ese caso pudiera haberse refundido en un solo artículo o haber hecho una remisión de uno a otro”. *Precisiones sobre...* p. 117.

²¹⁶ D'ACUNTO: *Directive Services...* p. 273.

No cabe duda de que la Directiva no puede afectar a las relaciones laborales puramente internas, pero se cuestionaba la posibilidad de que pudiese incidir en aquellas en que se hacían presentes elementos transnacionales²¹⁷.

La diversidad de posturas en este aspecto, como no podía ser de otra manera, fue manifiesta. Así, algunos autores minimizaron los posibles efectos de la Directiva en ese ámbito, descartando que de ella se pudiera derivar el «dumping social»²¹⁸. Mientras que otros veían en ella una seria amenaza para los derechos e intereses de los trabajadores europeos²¹⁹.

Esta polémica llevó a que en la redacción final de la Directiva se haya tomado distancia respecto a esta polémica, queriéndose dejar muy claro que la Directiva no afecta a esta materia²²⁰.

²¹⁷ Como apunta M. LLOBERA VILA, “el derecho comunitario en materia de prestación de servicios sólo afecta a situaciones de carácter transnacional. No resulta, por tanto, aplicable a situaciones puramente internas de un Estado miembro, que no afectan al libre comercio a través de las fronteras, es decir, no incide en supuestos en los que el derecho laboral se aplica a relaciones laborales sin competencias internacionales”. “La liberalización de los servicios en el mercado interior: «Directiva Bolkenstein» subcontratación y movilidad transnacional de trabajadores”, en *Revista de Derecho Social* 36. p. 68.

²¹⁸ En tal sentido UYEN DO: *La proposition de...* p. 123. HATZOPOULOS: *Assessing the services...* pp. 250-254. Considera J. J. ÁLVAREZ que pocos textos han sido objeto “de tanta «literatura» político-jurídica, de tanta utilización basada en tópicos no contrastados, de tanto recurso al temor infundado a la propagación desaforada de una especie de «dumping social»”. “La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior: ¿una estrategia de demonización interesada?”, en *La Directiva de servicios y la movilidad de los trabajadores en la Unión Europea*. Eurobask. País Vasco, 2007, p. 39.

²¹⁹ En tal sentido VIALE, que señala que el “principio del país de origen que debía regir la prestación de servicios a través de Europa habría tenido como consecuencias poner en competencia a los trabajadores a nivel de protección social y de salarios muy heterogéneos en Europa, hacen prácticamente imposible cualquier control de aplicación de las normas de derecho del trabajo, crean una inseguridad jurídica insoportable para los consumidores. Este contexto obedece a una lógica clara, que pone de manifiesto la política de la Comunidad desde Lisboa: se trata, en nombre de la simplificación administrativa, de volver caduca toda reglamentación de protección, tanto social como medioambiental, permitiendo una caída de los salarios, -en efecto, estos se alinearían con los más bajos de Europa, ya que las disparidades son grandes en una Europa que rechaza la armonización social”. *El mercado de...* p. 122. Véase también en este sentido, FRITZ, T. y JENNER, R. M.: “La Directiva Bolkenstein”, en *Attac-Madrid. España, octubre del 2004*, disponible en <http://firgoa.usc.es/drupal/node/15250>.

²²⁰ Señala de LA QUADRA-SALCEDO que “la importancia que el régimen jurídico aplicable a los trabajadores de las empresas acogidas a la libertad de establecimiento o a la libertad de prestación de servicios, tuvo en los debates suscitados por la propuesta inicial de la Directiva, han aconsejado la radical solución de aclarar desde el principio que la Directiva «no afecta» al Derecho laboral, ni tampoco a la legislación de Seguridad Social de los Estados miembros. Con esa formulación se quiere sin duda desactivar uno de los caballos de batalla de la Directiva que han dado lugar a los más importantes y graves enfrentamientos contra la misma, tanto en el ámbito del Parlamento Europeo como fuera del mismo por parte de los sindicatos y asociaciones de todo tipo”. *Precisiones sobre...* p. 97.

Esta orientación se ha concretado en la exclusión de tres grandes bloques de cuestiones. En primer lugar, la muy enfatizada no afección al Derecho laboral que asegura el art. 1.6 de la Directiva, que se extiende, como aclara este mismo artículo, “a cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo (...) que los Estados miembros apliquen de acuerdo con la legislación nacional conforme al Derecho comunitario”, lo que comprende:

- a) Las condiciones de trabajo, incluidos los períodos máximos de trabajo y períodos mínimos de descanso, la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, las cuantías de salario mínimo (Cdo. 14).
- b) La salud, seguridad (art. 1.6) e higiene en el trabajo (Cdo. 14).
- c) Las relaciones entre empleadores y trabajadores (art. 1.6), incluido el derecho de negociar y celebrar convenios colectivos, el derecho de huelga y de emprender acciones sindicales (Cdo. 14).

En segundo lugar, tampoco afecta a la legislación nacional en materia de seguridad social de los Estados miembros (art. 1.6).

Por último, en tercer lugar, el art. 2.2.e aclara que la Directiva no se aplica a los servicios de las empresas de trabajo temporal. Precepto que transpone al Derecho español el art. 2.2.e de la Ley Paraguas.

Esta última exclusión ha sido acogida de forma divergente por parte de la doctrina, para algunos está claramente justificada, en cuanto encuentra su razón de ser en las características peculiares de este tipo de servicios, respecto a las cuales los distintos Estados miembros pueden tener concepciones muy diferentes según su idea sobre la política social, lo que dificulta una armonización como la pretendida por la Directiva²²¹.

²²¹ Señala DE LA QUADRA-SALCEDO que “las características propias de los servicios que prestan las empresas de trabajo temporal pueden explicar que cada Estado, en función de su propia idea sobre la política social a llevar, pueda establecer mayores o menores exigencias y que, por tanto, este tipo de servicios se prestan mal a una cierta armonización o fijación de requisitos comunes como los que pretende la Directiva”. *Precisiones sobre...* p. 119.

A lo que añaden otros la especial sensibilidad de un sector muy propicio a abusos y fraudes en materia fiscal, de seguridad social y respecto a los derechos y condiciones de los trabajadores, que hacen preciso que quede fuera del ámbito de aplicación de la Directiva²²².

Para otros, sin embargo, se trata de una excepción más política que jurídica, dirigida a poner de manifiesto el alejamiento de las cuestiones sociales del ámbito de la Directiva²²³.

6.5 FISCALIDAD

El art. 2.3 de la Directiva establece que ésta no se aplicará a la fiscalidad. Precepto que se transpone en el Derecho español en el art. 2.3 de la Ley Paraguas que establece que la Directiva no se aplicará al ámbito tributario.

Se ha resaltado que es innecesaria la exclusión de la fiscalidad, dado que poco tiene está que ver ésta con la prestación de servicios²²⁴.

En la redacción originaria de la Directiva, se incluía tan sólo una exclusión parcial de la misma en el entonces art. 3.2, que establecía que la Directiva no se aplicaría en el ámbito de la fiscalidad, con excepción de los artículos 14 y 16, siempre que las restricciones contempladas por ellos no se rijan por un instrumento comunitario de armonización fiscal", desde donde ha evolucionado a la exclusión total que se recoge en la versión finalmente aprobada de la Directiva.

Se ha señalado que esta ampliación del ámbito de la exclusión es más política que jurídica, puesto que la redacción originaria no pretendía llevar a cabo

²²² Señala NIEMIEC que este "sector es muy sensible a eventuales abusos y fraudes en materia de obligación fiscal, seguridad social y, lo que es aún más preocupante (...) en lo que se refiere a los salarios y condiciones de trabajo (...) ha habido casos muy mediatizados en el que las agencias temporales o de subcontratación emplean a trabajadores por debajo de las condiciones mínimas aceptables que se hubieran impuesto a los trabajadores nacionales". *La regulación social...* p. 109.

²²³ D'ACUNTO: *Directive Services...* p. 272.

²²⁴ DE LA QUADRA-SALCEDO, que señala que "parecería que esta precisión de que fuera del ámbito de la Directiva todo lo relativo a la fiscalidad resultaba innecesaria, dado que parece evidente que ninguna relación debía tener la fiscalidad con la prestación de servicios dentro de la Comunidad". *Precisiones sobre...* p. 103.

una armonización fiscal, sino tan sólo eliminar eventuales medidas fiscales discriminatorias, que pudieran obstaculizar el ejercicio de la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento²²⁵.

En dicho sentido se pronunciaba la propuesta original de la Directiva, que en su considerado 11 señalaba que “la presente Directiva no tiene por objeto introducir nuevas normas o nuevos regímenes específicos en materia fiscal, sino que pretende, únicamente, eliminar las restricciones, algunas de las cuales son de tipo fiscal, y, especialmente, las que tienen carácter discriminatorio, de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios, con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado”.

La redacción final de esta Directiva deja la reacción contra estas medidas fuera de la Directiva de servicios. Si bien, obviamente, seguirán siendo perseguidas por ser contrarias al Tratado, a través de los instrumentos previstos en éste y en las normas fiscales comunitarias²²⁶.

Debe advertirse, en cualquier caso, que no están necesariamente excluidas las ordenanzas fiscales, pues pueden estar relacionadas con un régimen de autorización de servicios²²⁷.

6.6 ACTIVIDADES VINCULADAS AL EJERCICIO DE LA AUTORIDAD PÚBLICA

El art. 2.2.i de la Directiva establece que ésta no se aplicará a “las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado”. Esto, aclara la exposición de motivos de la Ley Paraguas, supone en nuestro país que no se aplicará a “los actos realizados por fedatarios públicos, así como por los registradores de la propiedad y mercantiles”. En coherencia con ello, el art. 2.2.i de la Ley Paraguas excluye en par-

²²⁵ D'ACUNTO: *Directive Services...* p. 276, nota 20.

²²⁶ DE LA QUADRA-SALCEDO: *Precisiones sobre...* Pág. 103. D'ACUNTO: *Directive Services...* pp. 275-276.

²²⁷ MINISTERIO DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: *Directiva de Servicios: Manual de Evaluación...*

ticular del ámbito de la directiva a los notarios, registradores de la propiedad y mercantiles.

La exclusión de las actividades vinculadas al ejercicio de poder público ha recibido algunas críticas. Así, hay quien ha puesto de manifiesto la existencia de una contradicción de dicha exclusión con las propias finalidades de la Directiva, pues los regímenes autorizativos que prevé la Directiva implican, sin duda, ejercicio de poder público, por lo que estarían, en consecuencia, excluidos del ámbito de la Directiva²²⁸.

En nuestra opinión, sin embargo, esta argumentación no es correcta, pues confunde las medidas adoptadas para conseguir las finalidades perseguidas por la Directiva, con la afectación a los servicios que las implementan. Nada tiene que ver, en nuestra opinión, que desde la Unión Europea se fije un determinado régimen de autorización para determinadas actividades, con que el servicio que tiene que aplicar ese régimen de autorización se sujete a los postulados de la Directiva.

Más razón tienen, en nuestra opinión, los que apuntan de forma crítica que debería haberse considerado, más bien, que se trata de una materia de la que la Directiva no trata, al no ser servicios sino funciones públicas que, como tales, no pueden ser realizadas por particulares²²⁹. En realidad, la mención de la Directiva no puede entenderse más que una confirmación de una exclusión que se deriva de los artículos 43 a 49 TCE²³⁰.

²²⁸ En tal sentido LINDE PANIAGUA, que considera que la “exclusión, tal y como se ha planteado, suscita numerosas dudas. La de mayor relevancia, a mi juicio, deriva de que una interpretación literal de la exclusión invalidaría la totalidad de la Directiva. En efecto, los regímenes autorizativos a que se refiere la Directiva suponen, sin excepción, actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública. Justamente la finalidad de la Directiva es que la autoridad pública modifique el modelo de intervención pública, de manera que si toda actividad administrativa vinculada al ejercicio de la actividad pública quedara excluida de la Directiva, ningún servicio quedaría bajo el ámbito de la misma”. *Notas sobre...* p. 41.

²²⁹ Señala DE LA QUADRA-SALCEDO que se “está haciendo en definitiva alusión no a servicios, sino, en buena parte, a funciones públicas o, si se quiere, a servicios derivados del ejercicio de funciones públicas. Por tanto, actividades que, en principio, no pueden ser desarrolladas por particulares, ni por consiguiente pueden quedar sujetas a una Directiva de Servicios que lo que pretende es la libertad de prestación de servicios que no puede comprender el ejercicio de funciones públicas. En esta línea las previsiones de las letras i) y l) hubieran encontrado su sede natural en este caso con mayor propiedad dentro del art. 1 de la Directiva 2006/123/CE, puesto que en realidad no estamos hablando de servicios propiamente dichos que haya de excluir sino de funciones de las que no puede tratar la Directiva”. *Precisiones sobre...* pp. 117-118.

²³⁰ D’ACUNTO: *Directive Services...* p. 274.

Las mismas razones de fondo subyacen bajo la exclusión de los servicios prestados por notarios y agentes judiciales que, en cuanto implican ejercicio de poder público, deben quedar fuera del ámbito de la Directiva en base a los art. 43 a 49 del Tratado²³¹.

Hay quien ha criticado, por ello, que la mención no resulta necesaria y que, en todo caso, más que como una exclusión debería haber sido considerada como una materia de la que la Directiva no trata²³². Si bien, parece que la exclusión específica cobra sentido por el hecho de que no todas las funciones de estos sujetos entran dentro del ámbito del art. 45 TCE²³³.

Esta decisión de excluirlos en su totalidad debe entenderse, en gran medida, como una concesión a las fuertes presiones y reivindicaciones formuladas por los sectores profesionales implicados al respecto²³⁴.

En la misma línea se sitúa también la excepción respecto a los servicios de seguridad privada, que encuentran también una cierta vinculación con el poder público y que aparecen excluidos por el art. 2.2.k de la Directiva, que transpone en el Derecho español el art. 2.2.k de la Ley Paraguas.

Si bien, en este caso, desde una posición específica, en cuanto estos servicios pueden prestarse, al menos en algunos Estados, por particulares. De tal forma que la exclusión del ámbito de la Directiva de estos servicios tiene el sentido de dejar a los Estados miembros la regulación de estos servicios, dada la inseguridad jurídica y gran diversidad que existe en su actual régimen jurídico²³⁵.

²³¹ DE LA QUADRA-SALCEDO: *Precisiones sobre...* pp. 1117-118. D'ACUNTO: *Directive Services...* p. 275.

²³² En tal sentido, DE LA QUADRA-SALCEDO: *Precisiones sobre...* pp. 117-118.

²³³ D'ACUNTO: *Directive Services...* p. 275, nota 19.

²³⁴ PICOD: *Le champ...* p. 12.

²³⁵ Señala DE LA QUADRA-SALCEDO que su "exclusión del ámbito de la Directiva, en todo caso, tiene para empezar el sentido de que si algún Estado no tiene previsto la existencia de tales servicios de seguridad privada, la Directiva de Servicios, por sí misma, no puede imponerlos; y, en el caso de que efectivamente tenga previsto la existencia de servicios de seguridad privada, los requisitos y las exigencias que pueden ponerse por cada Estado están tan vinculadas con el carácter público de la actividad de que se trata aquí, que la Directiva renuncia a regularlas por sí misma y deja, por el contrario, que sea cada Estado el que determine el alcance y los términos en que tales servicios se pueden prestar". *Precisiones sobre...* Pág. 118. Por su parte, NIEMIEC señala que "con referencia al sector de la seguridad privada, las posibilidades de abuso son reconocidas por las dos partes de los actores sociales. Tanto los empresarios como los sindicalistas han solicitado la exclusión de este sector debido a las fuertes diferencias de reglamentación y licencias entre los diferentes Estados miembros". *La regulación social...* p. 109.

Hay, no obstante, quien ha adoptado una posición crítica respecto a esta exclusión, en cuanto entiende no tiene sentido eliminar del ámbito de la Directiva una materia que está incluida dentro del art. 49 TCE, con lo que se genera, además, confusión respecto a su régimen jurídico²³⁶.

6.7 SERVICIOS FINANCIEROS

La Directiva no afecta a los servicios financieros, a los bancarios, de crédito, de seguros y reaseguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión, incluidos los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE (art. 2.2.a). El Derecho español se pronuncia de forma más lacónica, limitándose a excluir a los servicios financieros (art. 2.2.a Ley Paraguas).

En este caso parece claro que la exclusión responde a la existencia de una normativa específica sobre la materia, como han afirmado coincidentemente el propio legislador comunitario (Cdo. 18) y la Doctrina²³⁷.

6.8 JUEGO

El art. 2.2.h de la Directiva excluye del ámbito de la misma “las actividades de juego por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías, juego en los casinos y las apuestas”. Precepto que transpone en el Derecho español el art. 2.2.h de la Ley Paraguas.

Actividades que si están, sin embargo, incluidas dentro del ámbito de la libre prestación de servicios, según ha decretado la Jurisprudencia comunitaria²³⁸.

La exclusión de las actividades de juego debe buscarse en su carácter fiscal y en su vinculación con la seguridad y el orden público, como ha seña-

²³⁶ HATZOPOULOS: *Assessing the services...* p. 250.

²³⁷ DE LA QUADRA-SALCEDO: *Precisiones sobre...* p. 118. LINDE PANIAGUA: *Notas sobre...* p. 39. PICOD: *Le champ...* pp. 11-12.

²³⁸ Asunto C-275/92, Schindler. Ap. 25-29.

lado coincidentemente la doctrina²³⁹ y el propio legislador comunitario²⁴⁰.

Hay, no obstante, quien ha criticado esta excepción, señalando que no tiene sentido la ampliación de la exclusión parcial contenida en la Directiva originaria²⁴¹, hasta convertirla en total, por más que tenga una cierta vinculación con el poder público del Estado. Esta exclusión, entienden genera confusión respecto a su régimen jurídico y es contradictoria con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que considera el juego como un servicio en el sentido del art. 49 TCE²⁴².

6.9 EXCEPCIONES PARCIALES

Los arts. 17 y 18 contienen un conjunto de excepciones parciales, en cuanto vienen referidas exclusivamente a la libre prestación de servicios del art. 16. El art. 17 recoge excepciones generales, mientras que el art. 18 las recoge únicamente respecto a casos individuales.

²³⁹ Considera de LA QUADRA-SALCEDO que la “exclusión de este tipo de actividad se fundamenta en buena medida y, probablemente en el carácter fiscal que tiene este tipo de actividades, unido todo ello además a la circunstancia de tratarse de actividades que en muchos países han estado prohibidas durante mucho tiempo –en todo caso a veces más o menos toleradas– y pueden ser fuente, también, en ocasiones de actividades de blanqueo de dinero y otras que tienen que ver con la seguridad y el orden público. En la práctica en muchos países se ejerce una intensa vigilancia sobre las actividades de juego, los Estados tratan de garantizar la fiabilidad de tales actividades y ejercen una intensa vigilancia sobre el mismo. Todas estas circunstancias sin duda han llevado a excluirlas del ámbito de la Directiva”. *Precisiones sobre...* pp. 119-120. En el mismo sentido, PICOD: *Le champ...* p. 12.

²⁴⁰ El Cdo. 25 de la Directiva establece lo siguiente:

“Procede excluir las actividades de juego por dinero, incluidas las loterías y apuestas, del ámbito de aplicación de la presente Directiva, habida cuenta de la especificidad de dichas actividades, que entrañan por parte de los Estados la aplicación de políticas relacionadas con el orden público y la protección de los consumidores”.

²⁴¹ La redacción originaria de la Directiva establecía en su art. 18.1.b que durante un período transitorio, el artículo 16 (principio del país de origen) no se aplicaría a las actividades de juegos por dinero que impliquen apuestas de valor monetario en juegos de azar, incluidas las loterías y operaciones relacionadas con las apuestas. A lo que añadía el art. 40.1.b que como máximo antes de [1 año después de la entrada en vigor de la Directiva], la Comisión examinaría la posibilidad de presentar propuestas de instrumentos de armonización sobre las actividades de juegos de azar que impliquen apuestas de valor monetario, incluidas las loterías y operaciones relacionadas con las apuestas, a la luz de un informe de la Comisión y de una amplia consulta con las partes interesadas.

²⁴² UYEN DO: *La proposition de...* p. 128. HATZOPOULOS: *Assessing the services...* pp. 249-250.

No podemos detenernos, evidentemente, en el examen particularizado de las numerosas excepciones al art. 16 que recoge el art. 17 de la Directiva²⁴³,

²⁴³ Concretamente el art. 17 de la Directiva recoge las siguientes excepciones al art. 16:

- 1) a los servicios de interés económico general que se presten en otro Estado miembro, a saber, entre otros:
 - a) los servicios postales a los que se refiere la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a las normas comunes para el desarrollo del mercado interior de los servicios postales de la Comunidad y la mejora de la calidad del servicio, abarcando tanto las actividades reservadas al prestador de servicios universales como otros servicios postales (exposición de motivos, Cdo. 84);
 - b) los servicios del sector eléctrico a que se refiere la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior de la electricidad;
 - c) los servicios del sector del gas a que se refiere la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2003, sobre normas comunes para el mercado interior del gas natural;
 - d) los servicios de distribución y suministro de agua y los servicios de aguas residuales;
 - e) el tratamiento de residuos;
- 2) a las materias que abarca la Directiva 96/71/CE, la exposición de motivos en su Cdo. 86 aclara que esta Directiva establece, respecto a los trabajadores desplazados, que “los prestadores deben cumplir con las condiciones de trabajo y empleo en una serie de ámbitos, que enumera, en el Estado miembro en el que se presta el servicio. Son las siguientes: los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso, la 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 de 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. Ello afecta no solo a las condiciones de trabajo establecidas por disposiciones legislativas, sino también a aquellas establecidas en convenios colectivos, siempre que estos estén oficialmente declarados o sean de aplicación general de facto con arreglo a la Directiva 96/71/CE. Además, la presente Directiva no debe impedir que los Estados miembros apliquen condiciones de trabajo y empleo relativas a materias distintas de las enumeradas en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 96/71/CE por razones de orden público;
- 3) a las materias a las que se refiere la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos;
- 4) a las materias a las que se refiere la Directiva 77/249/CEE del Consejo, de 22 de marzo de 1977, dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados;
- 5) a las actividades de cobro de deudas por vía judicial, debiéndose entender esta excepción referida únicamente al acceso a actividades que consisten, en particular, en incoar procedimientos ante un tribunal en relación con el cobro de deudas, y a su ejercicio (Cdo 86 exposición de motivos);
- 6) a las materias a las que se refiere el título II de la Directiva 2005/36/CE, incluidos los requisitos de los Estados miembros en que se presta el servicio por los que se reserva una actividad a una determinada profesión por ejemplo, la obligación de reservar la prestación de asesoría jurídica a los abogados (Cdo. 88 exposición de motivos);

que comprende un conjunto muy heterogéneo de materias de difícil sistematización, en el que resultan evidentes las huellas de un largo proceso de negociación²⁴⁴.

La doctrina ha valorado de forma negativa este precepto, que entiende, si tuvo algún sentido en la Directiva originaria, lo ha perdido tras la eliminación del principio del país de origen en la redacción finalmente aprobada²⁴⁵.

La Directiva las considera, sin embargo, en su exposición de motivos, necesarias “para tomar en consideración el grado de integración del mercado interior o determinados instrumentos comunitarios relativos a los servicios en

-
- 7) a las materias a las que se refiere el Reglamento (CEE) no 1408/71;
 - 8) en relación con los trámites administrativos relativos a la libre circulación de personas y su residencia, a las materias reguladas por la Directiva 2004/38/CE, en la que se establecen los trámites administrativos de las autoridades competentes del Estado miembro en el que se presta el servicio que son de obligatorio cumplimiento por parte de los beneficiarios;
 - 9) en relación con los nacionales de terceros países que se desplazan a otro Estado miembro en el contexto de la prestación de un servicio, a la posibilidad de los Estados miembros de imponer la obligación de visado o de permiso de residencia a los nacionales de terceros países que no disfruten del régimen de equivalencia mutua previsto en el artículo 21 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, o a la de imponer a los nacionales de terceros países la obligación de presentarse a las autoridades competentes del Estado miembro en el que se presta el servicio en el momento de su entrada o posteriormente;
 - 10) por lo que se refiere al transporte de residuos, a los asuntos cubiertos por el Reglamento (CEE) no 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea;
 - 11) a los derechos de autor y derechos afines, los derechos contemplados en la Directiva 87/54/CEE del Consejo, de 16 de diciembre de 1986, sobre la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores y en la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, y los derechos de propiedad industrial;
 - 12) a los actos para los que se exija por ley la intervención de un notario;
 - 13) a los asuntos cubiertos por la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas;
 - 14) a la matriculación de vehículos objeto de un arrendamiento financiero en otro Estado miembro, no incluyendo el alquiler con carácter ocasional o temporal (Cdo. 89 de la exposición de motivos);
 - 15) a las disposiciones aplicables a las obligaciones contractuales y extracontractuales, incluida la forma de los contratos, determinadas de conformidad con las normas del Derecho internacional privado.

²⁴⁴ PICOD: *Le champ...* p. 12.

²⁴⁵ HATZOPOULOS: *Assessing the services...* p. 245. PICOD: *Le champ...* p. 12.

los que se prevé que un prestador esté sujeto a la aplicación de leyes distintas de las del Estado miembro de establecimiento” (Cdo. 83).

Por su parte, el art. 18 de la Directiva permite, con carácter excepcional, que los Estados miembros adopten medidas relativas a la seguridad de los servicios respecto de un prestador que tenga su establecimiento en otro Estado miembro (art. 18.1).

Si bien estas medidas podrán tomarse únicamente respetando el procedimiento de asistencia recíproca previsto en el artículo 35 y en la medida en que se reúnen las siguientes condiciones:

- a) las disposiciones nacionales en virtud de las cuales se toma la medida no son objeto de armonización comunitaria en el ámbito de la seguridad de los servicios;
- b) la medida ofrece al destinatario un mayor grado de protección que la que tomaría el Estado miembro de establecimiento con arreglo a lo dispuesto en sus disposiciones nacionales;
- c) el Estado miembro de establecimiento no ha adoptado medidas o las medidas que ha adoptado son insuficientes en relación con las contempladas en el artículo 35, apartado 2;
- d) la medida es proporcionada (art. 18.2).

Se ha criticado, en cualquier caso, la falta de sentido de esta posibilidad de excepción, dado que el art. 16.1 y 3 permite introducir restricciones a la aplicación de la Directiva justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente²⁴⁶.

²⁴⁶ El art. 16.1 de la Directiva establece que las “presentes disposiciones no impedirán que el Estado miembro al que se desplace el prestador imponga, con respecto a la prestación de una actividad de servicios, requisitos que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente y en conformidad con el apartado 1. Tampoco impedirán que el Estado miembro aplique, de conformidad con el Derecho comunitario, sus disposiciones en materia de condiciones de empleo, incluidas las establecidas por convenios colectivos”.

6.10 RELACIONES CON LAS DEMÁS DISPOSICIONES DE DERECHO COMUNITARIO

Bajo la rúbrica “Relaciones con las demás disposiciones del Derecho comunitario”, el art. 3 establece una regla de especialidad, que redundará en una aplicación preferente respecto a la Directiva de Servicios de algunas disposiciones comunitarias, fijando, con ello, indirectamente, y utilizando una forma que una parte de la doctrina ha considerado poco comprensible²⁴⁷, algunas excepciones a su ámbito.

La doctrina, no obstante, ha explicado la inclusión de una disposición de este tipo en la ya reseñada dificultad de articular una Directiva horizontal, que afecta a todos los sectores de la vida social y choca con las normativas específicas²⁴⁸.

Esta regla de especialidad se formula con carácter general, concretando con posterioridad expresamente algunas concretas normas que se ven favorecidas por dicha preferencia.

La formulación general se lleva a cabo afirmando que, en caso de “conflicto entre una disposición de la presente Directiva y una disposición de otro acto comunitario relativo a aspectos concretos relacionados con el acceso a la actividad de un servicio o su ejercicio en sectores concretos o en relación con profesiones concretas, estas otras normas primarán y se aplicarán a esos sectores o profesiones concretas” (art. 3.1).

Este mismo art. 3.1 aclara que entre los actos a los que se aplica esta regla de especialidad se encuentran los cuatro supuestos siguientes:

²⁴⁷ HATZOPOULOS: *Assessing the services...* p. 244.

²⁴⁸ Señala DE LA QUADRA-SALCEDO que se “trata de una previsión en cierto modo singular, que tiene sin duda que ver con el carácter horizontal que tiene la Directiva de Servicios, que al tratar de regular con carácter general la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicio en todos los sectores de la vida económica, se enfrenta a la dificultad de las peculiaridades que presentan todos y cada uno de dichos sectores. Justamente por esa peculiaridad, algunos de dichos sectores han quedado excluidos del ámbito de la Directiva, pero todos los demás no expresamente mencionados quedan comprendidos”. *Precisiones sobre...* p. 120.

a) La Directiva 96/71/CE.

Esta mención se ha considerado innecesaria por una parte la doctrina, dado que el Derecho Laboral se encuentra excluido del ámbito de la Directiva²⁴⁹.

En la práctica cabe la posibilidad de que este precepto dé lugar a la realización de actividades no dependientes de forma simulada y abusiva, a efectos de eludir regímenes más restrictivos que el derivado de la Directiva 86/71/CE²⁵⁰.

b) El Reglamento (CEE) nº 1408/71.

Como en el supuesto anterior, la Doctrina ha criticado esta mención, por ser innecesaria al estar el Derecho laboral y la seguridad social excluidos del ámbito de la Directiva²⁵¹.

c) La Directiva 89/552/CEE. Sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva.

De nuevo aquí se ha criticado la inutilidad de la referencia del art. 3.1.c por su carácter meramente reiterativo, en cuanto hace referencia a actividades de radiodifusión televisiva, que ya están excluidas del ámbito de aplicación de la Directiva por el art. 2.g²⁵².

d) La Directiva 2005/36/CE.

La delimitación en este caso del ámbito que queda bajo una y otra Directiva, depende del concepto de profesión regulada. Pudiéndose plantear problemas en aquellos supuestos en que sea difícil determinar si se está desarrollando una actividad de este tipo²⁵³.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que esté listado de Directivas es meramente ejemplificativo, no constituyendo una lista cerrada²⁵⁴.

²⁴⁹ DE LA QUADRA-SALCEDO: *Precisiones sobre...* pp. 120-121.

²⁵⁰ PEGLOW: *La libre prestation...* p. 110.

²⁵¹ DE LA QUADRA-SALCEDO: *Precisiones sobre...* pp. 120-121.

²⁵² DE LA QUADRA-SALCEDO: *Precisiones sobre...* p. 120. LINDE PANIAGUA: *Notas sobre...* p. 49.

²⁵³ PEGLOW: *La libre prestation...* p. 109.

²⁵⁴ HATZOPOULOS: *Assessing the services...* p. 249.

7. La ampliación del ámbito de la Directiva por el denominado “enfoque ambicioso” en la transposición de la Directiva por parte del Derecho español

Señala el Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León en su Exposición de Motivos que con él se persigue “un doble objetivo. En primer lugar, eliminar determinadas barreras existentes en las normas con rango legal a las libertades de establecimiento y de prestación de los servicios incluidos en el ámbito de aplicación la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. En segundo lugar, efectuar las modificaciones legislativas necesarias exigidas por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y por la Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio”.

No es esta anotación, ni mucho menos, una acotación superflua, pues los términos en los que se ha procedido en nuestro ordenamiento jurídico a la transposición de la Directiva de Servicios, siguiendo como inmediatamente veremos un “enfoque ambicioso”, ha determinado que las Administraciones Autonómicas se vean abocadas a dar cumplimiento a un doble orden de exigencias. Por un lado, las que se derivan de la Directiva de Servicios. Por otro, las que impone la normativa estatal de disposición, que a través de la conocida como Ley Ómnibus ha extendido el régimen jurídico inspirado por la Directiva a actividades que en principio estaban excluidas de su ámbito.

Así ocurre, por ejemplo, con el art. 18 del Decreto-Ley que contiene modificaciones a la Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario, que adapta la normativa de Castilla y León a las modificaciones introducidas en la Legislación Básica Estatal en materia sanitaria que, como es sabido, es un ámbito excluido de la Directiva.

En definitiva, el ámbito de aplicación al que deberá adaptarse la normativa de nuestra Comunidad Autónoma dirigida a adaptarse al nuevo régimen derivado de la Directiva de Servicios no se deriva únicamente de lo dispuesto en dicha norma, sino también de lo dispuesto en la legislación interna encargada de su transposición, por lo que tendremos que referirnos también a esta última.

Como ya habíamos adelantado, la política de transposición que se está siguiendo en el Derecho español tiende a la ampliación del ámbito de aplicación de la Directiva, como señala la propia exposición de motivos de la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, que ha afirmado de modo tajante que “esta Ley, al incorporar al ordenamiento jurídico la Directiva, adopta un enfoque ambicioso intensificando la aplicación de sus principios, si bien establece expresamente que los servicios no económicos de interés general quedan excluidos de su ámbito de aplicación. El fin es impulsar la mejora de la regulación del sector servicios, reduciendo las trabas injustificadas o desproporcionadas al ejercicio de una actividad de servicios y proporcionando un entorno más favorable y transparente a los agentes económicos que incentive la creación de empresas y genere ganancias en eficiencia, productividad y empleo en las actividades de servicios, además del incremento de la variedad y calidad de los servicios disponibles para empresas y ciudadanos. Así, la Ley establece como régimen general el de la libertad de acceso a las actividades de servicios y su libre ejercicio en todo el territorio español y regula como excepcionales los supuestos que permiten imponer restricciones a estas actividades”.

Este “enfoque ambicioso” se traduce en la extensión de los principios que rigen la Directiva a sectores no afectados por la misma. Así lo atestigua la exposición de motivos de la *Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (Ley Ómnibus), que señala que “con objeto de dinamizar en mayor medida el sector servicios y de alcanzar ganancias de competitividad en relación con nuestros socios europeos, extiende los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva, siguiendo un enfoque ambicioso que permitirá contribuir de manera notable a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificados o desproporcionados. El entorno regulatorio resultante de la misma, más eficiente, transparente, simplificado y predecible para los agentes económicos, supondrá un significativo impulso a la actividad económica”.

El propio CONSEJO DE ESTADO destacó a título de ejemplo un amplio catálogo de materias a los que se refería el proyecto de Ley Ómnibus que no forman parte, sin embargo, del ámbito de la Directiva: “los de transportes, telecomunicaciones, seguridad y salud en el trabajo, profesiones sanitarias,

costas, montes, caza, pesca fluvial, servicios portuarios, sanidad, seguridad vial y Seguridad Social, entre otros”²⁵⁵.

En principio, esta posición no constituye irregularidad alguna, pues entra perfectamente dentro de las posibilidades de ejercicio de la potestad legislativa que permite nuestro ordenamiento jurídico²⁵⁶. Sin embargo, algunos ven en ello una vulneración del pacto alcanzado entre las fuerzas mayoritarias del Parlamento Europeo²⁵⁷.

Otros sectores, sin embargo, se han mostrado favorables a una interpretación ambiciosa de la Directiva, que vaya más allá de lo exigido por la misma²⁵⁸. Señalando incluso que la correcta aplicación de la Directiva no

²⁵⁵ CONSEJO DE ESTADO: Dictamen nº 779/2009, fecha de aprobación 21 de mayo de 2009.

²⁵⁶ SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. A.: “Repercusiones de la transposición de la Directiva de Servicios en la libertad de empresa”, en *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios. Libro Marrón*. Círculo de Empresarios. Madrid, 200, p. 375.

²⁵⁷ En tal sentido, la COMISIÓN DE SSPP de ATTAC España, que ha señalado que lo que “resulta del todo punto sorprendente, es que tomando como base una Directiva cuyos inconvenientes y perjuicios han sido ya de sobra analizados y han motivado protestas masivas en el ámbito sindical y altermundista por la amenaza que suponen para el mantenimiento y mejora de los servicios públicos y los derechos sociales y laborales, el Gobierno español decide “hacer méritos” ante sus colegas europeos y, siendo “más papista que el Papa”, aprovecha la obligada transposición no para proteger de la Directiva y de las leyes de la competencia del mercado interior de la UE los servicios públicos esenciales (para lo cual estaba facultado, bastando con clasificarlos como “servicios no económicos de interés general”, como reclamaba ATTAC), sino que amplía todavía más el ya ambicioso ámbito de aplicación de la Directiva y disminuye las ya de por sí escasas restricciones existentes en la misma, que constituyen el último refugio para que las Administraciones Públicas puedan controlar de algún modo la prestación de servicios”. “La transposición de la Directiva Bolkestein a la legislación española: seamos más papistas que el Papa”, en <http://www.attac.es/la-transposicion-de-la-directiva-bolkestein-a-la-legislacion-espanola-seamos-mas-papistas-que-el-papa/>.

Véase también al respecto, JIMÉNEZ, J. C. (Coordinador Secretaría Acción Sindical Internacional de CCOO): “La Directiva Bolkestein y la libre prestación de servicios en la Unión Europea”, en <http://www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/99999/31411.pdf>.

²⁵⁸ En tal sentido, la COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, que ha señalado que en el vigente marco normativo sectorial los principios generales de libertad de establecimiento, libre prestación de servicios, incremento de la calidad de los servicios y reducción de cargas administrativas, y supone una gran oportunidad de avanzar en la reforma de sectores que se han visto lastrados a lo largo del tiempo por una regulación que frenaba su modernización, y la mejora de la competencia y la eficiencia en los mismos.

Por ello, resulta conveniente que este impulso liberalizador sea aprovechado para realizar reformas lo más coherentes y comprensivas que resulte posible, de manera que el proceso no se debería limitar a una interpretación estricta y minimalista de la Directiva, reformando sólo y en lo mínimo necesario la normativa afectada exclusivamente. Al contrario, debería aprovecharse toda la filosofía y el espíritu renovador de la Directiva de Servicios para revisar y acometer las reformas necesarias.

puede suponer una simple aceptación cicatera de lo previsto en ellas, sino que implica una interpretación favorable a incrementar la competencia en el mercado de servicios, que es el espíritu que subyace bajo el texto de la norma comunitaria²⁵⁹.

De este modo, se ve en la transposición de la Directiva no un punto de llegada, sino un principio que debe traer consigo una dinamización de las reformas normativas posteriores tendentes a dar satisfacción a su espíritu liberalizador de los servicios²⁶⁰. Lo que, en definitiva, supone romper una lanza por la paulatina extensión de su ámbito de aplicación en el futuro.

Puede decirse que el APL en cuestión pretende participar de este objetivo ambicioso, que trasciende el mero ejercicio de la transposición, y en consecuencia incluye modificaciones normativas de espíritu liberalizador, que resultan de una interpretación ambiciosa de la Directiva, objetivo que este Consejo comparte". *Informe de 22 de abril de 2009, sobre el anteproyecto de Ley Omnibus*, disponible en <http://www.cncompetencia.es/Inicio/Promocion/Informes/tabid/166/Default.aspx>.

²⁵⁹ En tal sentido J. L. ÁLVAREZ ARCE y L. A. RÁBADE HERRERO señalan que "la transposición de la Directiva no bastará para terminar con los obstáculos que impiden el desarrollo de un clima de competencia en el sector de los servicios. Pero las limitaciones de la Directiva no pueden servir de coartada para la inacción. Tampoco pueden tomarse en clave de simple cumplimiento de mínimos, tratando de aprovechar simultáneamente cualquier resquicio legal para una interpretación inmovilista. Al contrario, esas limitaciones deben constituir un acicate para abordar una agenda más amplia de reforma, basada en el espíritu de la propia Directiva, que no es otro que el del establecimiento de condiciones favorables para la competencia en el mercado de servicios. Así las cosas, la genuina transposición de la Directiva no consiste sólo, que también, en una reforma cabal y en profundidad de la legislación en vigor, sino que requiere algo más; requiere una nueva cultura de la regulación, sostenida sobre los principios de la buena regulación: necesidad, proporcionalidad, eficacia, mínima distorsión de la competencia, transparencia y predicibilidad. Con una regulación de esas características, la innovación y el emprendimiento encontrarán condiciones más favorables para desarrollarse tal como la economía española precisa", en "La Directiva de Servicios: una oportunidad para la innovación y el emprendimiento en los servicios españoles Panorama actual de la lucha internacional contra la falsificación de marcas", en *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios. Libro Marrón*. Círculo de Empresarios. Madrid, 2009, pp. 55-56.

²⁶⁰ Señala L. BERENGUER FUSTER que a "la hora de valorar debidamente la capacidad del Proyecto de Ley de impulsar y catalizar la mejora de la eficiencia en los mercados de servicios en España, debe partirse del hecho de que su futura aprobación por el Parlamento constituye un primer estadio en ese ejercicio, si bien su importancia, al asentar los principios generales de la libre prestación de servicios y el libre establecimiento, excede al mero hecho jurídico-formal de incorporar al ordenamiento jurídico español la Directiva. La transposición supone un primer paso que debe dar lugar a una secuencia de modificaciones normativas. Así, la primera medida del éxito de la transposición de la directiva radicará no tanto en la incorporación del Proyecto de Ley al ordenamiento jurídico, sino en el compromiso de que el ulterior proceso de revisión normativa acabe cumpliendo efectivamente las previsiones de ésta para alcanzar los objetivos perseguidos". "Comisión Nacional de la Competencia y transposición de la Directiva de Servicios", en *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios. Libro Marrón*. Círculo de Empresarios. Madrid, 2009), p. 72.

En cualquier caso, con independencia de la valoración que se realice en cuanto al fondo de esta denominada transposición ambiciosa, es evidente que supone una irregularidad formal²⁶¹, que genera algunas disfunciones.

En primer lugar, supone que la modificación de estas materias se somete innecesariamente a las exigencias de celeridad que impone la acuciante adaptación de la Directiva de Servicios. Como certeramente ha destacado el Consejo de Estado, hubiera sido más conveniente posponer la modificación de estas materias a fin de permitir que fueran objeto de un debate más reposado, especialmente en lo que se refiere a la reformas relativas al ámbito laboral, que debieran haber sido objeto de discusión a través del dialogo social²⁶².

Más relevante aún nos parece que puede generar una indeseable confusión entre lo que el Derecho comunitario exige y lo que simplemente el legislador español introduce porque así lo desea²⁶³. La generalidad de la opinión pública puede que no sea consciente de esta distinción y confunda las esferas de decisión a las que debe atribuir dichas decisiones.

²⁶¹ En tal sentido señala R. RIVERO ORTEGA que estas "circunstancias pueden sostener la conclusión de que el Gobierno de España, aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid, ha decidido mezclar (en lo que llama un "enfoque ambicioso") las reformas exigidas por la transposición de la Directiva de Servicios con otras en modo alguno planteadas. Y esta opción, que estratégicamente pudiera ser correcta, plantea objeciones de orden formal que han sido resaltadas por el Dictamen del Consejo de Estado". "Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus", en *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios. Libro Marrón*. Círculo de Empresarios. Madrid, 200, p. 335.

²⁶² En tal sentido señala el CONSEJO DE ESTADO que "tales reformas no vienen impuestas por la obligación de incorporar la Directiva y, en consecuencia, no están sujetas al acuciante plazo de transposición que sí opera respecto de las materias directamente afectadas por ella. En consecuencia, debería considerarse la posibilidad de posponer la modificación de tales normas, lo que sin duda permitiría un debate más reposado y una ponderación más sosegada de los intereses en juego. Ello es especialmente patente en relación con aquéllas que afectan a materias propias del Derecho Laboral (...) el anteproyecto no constituye el instrumento idóneo para llevar a cabo estas modificaciones, habida cuenta de que afectan directamente a cuestiones que forman parte del "Diálogo Social" y en cuyo contexto deberían ser objeto de discusión". Dictamen nº 779/2009, fecha de aprobación 21 de mayo de 2009.

²⁶³ Apunta al respecto RIVERO ORTEGA que los "contenidos del Proyecto de Ley Ómnibus son fáciles de resumir con otra expresión castellana: ni son todas las que están, ni están todas las que son. O dicho con expresión aún más popular: mezcla churras con merinas. Unas y otras son ovejas, y en este caso reformas estructurales, pero querer presentarlas como si fueran lo mismo, obedeciendo unas a las exigencias europeas, y otras a nuestras necesidades coyunturales, puede generar confusiones en su proceso de discusión". *Aprovechando que...* p. 351.

Por último, desde el simple punto de vista de la técnica legislativa esta opción es objetable. Debe traerse de nuevo aquí a colación la acertada opinión del Consejo de Estado, que pone de manifiesto que estas leyes de carácter omni-compreensivo incrementan la dispersión legislativa y generan confusión²⁶⁴.

²⁶⁴ Señala el CONSEJO DE ESTADO que “la técnica de las leyes “ómnibus” ha sido tradicionalmente objetada por este Consejo de Estado, particularmente exigente con la necesidad de situar cada norma jurídica o modificación de la misma en las “sedes materiae” que, presupuesta la conformación del ordenamiento en su conjunto a partir de criterios lógicos y sistemáticos, sea su ubicación normal. Desde esta perspectiva, no se considera una solución correcta ni adecuada la de incluir en una misma norma cuestiones tan diferentes y diversas como las que se regulan en el anteproyecto, habida cuenta de que “el empleo de esta técnica legislativa no hace sino aumentar la dispersión normativa existente; dispersión que dificulta la aplicación de unas normas jurídicas que tienen como destinatarios principales, no solo a autoridades, funcionarios y profesionales del derecho, sino también a particulares” (dictamen 4.908/97). Por ello debe reiterarse una vez más que razones de técnica jurídica y de buena técnica legislativa aconsejan que las normas legales nazcan en el seno propio de la materia objeto de regulación y vivan dentro de ella hasta que sean sustituidas por otras”. Dictamen nº 779/2009, fecha de aprobación 21 de mayo de 2009.



Parte segunda

**Aspectos
constitucionales**



Capítulo III

**La transposición de
la Directiva de Servicios
en el Estado Central y en
la Comunidad Autónoma
de Castilla y León**

(un estudio de fuentes del Derecho)

SUMARIO

1. Pretensiones. 2. Algunas consideraciones sobre la directiva como tipo normativo europeo. 3. La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior: estructura y contenidos. 4. La transposición de las directivas en el Derecho español. Especial referencia a la directiva Bolkestein: a. Principios Generales. b. La transposición de la directiva Bolkestein en España. *1. Una tarea tutelada. 2. Una tarea compleja en el caso español.* **5. Algunas consideraciones críticas sobre la transposición de la Directiva Bolkestein en el Derecho español.** a. Luces y sombras en el comportamiento del Estado central. *1. El problema inicial: ¿una transposición centralizada o coordinada? 2. Una transposición manifiestamente tardía.* b. Luces y sombras en el comportamiento de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. *1. La opción del Decreto-Ley. 2. Una transposición manifiestamente tardía.* **6. Las consecuencias de la incorrecta transposición de la Directiva de servicios.** a. Algunas consideraciones sobre el eventual efecto directo de la Directiva de servicios. b. El principio de responsabilidad estatal

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN EL ESTADO CENTRAL Y EN LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN

(UN ESTUDIO DE FUENTES DEL DERECHO)

Javier Matia Portilla
Profesor de Derecho Constitucional
Universidad de Valladolid

1. Pretensiones

“Haced vosotros las leyes y dejadme a mí los reglamentos”. Acaso el Consejo de Ministros de la Unión Europea y el Parlamento Europeo pudieran hacer suya la célebre máxima del Conde de Romanones, y adaptarla al actual entorno europeo: “Haced los tratados y dejadme a mí las directivas”. No sería de extrañar en este momento, en el que acaba de entrar en vigor el Tratado de Lisboa y se ha agotado el plazo de transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior.

Mientras que las novedades aportadas por el nuevo Tratado son menores (destacando la incorporación de un listado propio de derechos fundamentales), la Directiva Bolkestein supone una profunda europeización en la liberalización de servicios. Un profundo cambio que ha dado lugar, aún antes de que entren en vigor las normas nacionales de transposición, a un sinfín de estudios doctrinales. No es de extrañar que así ocurra. La plena implementación de la directiva conllevará una profunda alteración de muchas normas administrativas y redundará en una igualación sustancial de las normas que regulan el establecimiento y la prestación de servicios en los distintos Estados de la Unión Europea.

Nuestro objeto más inmediato es, precisamente, examinar la Directiva de Servicios desde la perspectiva del estudio de las fuentes para evaluar cuál es su impacto en nuestro ordenamiento, impacto que incidirá, sin ningún género de dudas, en la capacidad política de las Cortes Generales, en el margen de actuación política de las Comunidades Autónomas y en el principio de sumisión del poder judicial a la Ley. Nuestro propósito inicial es, en particular, recordar que estamos en presencia de una directiva comunitaria, pronunciándonos acerca de su naturaleza jurídica y efectos. Estaremos entonces en condiciones de examinar la particular incidencia de la Directiva Bolkestein en el ordenamiento jurídico español, que cuenta también con algunas peculiaridades que merece la pena retener.

Este estudio se complementa especialmente, en el marco del presente informe, con los trabajos de Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, centrado en el examen desde la perspectiva autonómica y, más en particular, de las normas competenciales en juego y de Antonio Cidoncha Martín, que enfoca la cuestión desde la libertad de empresa.

2. Algunas consideraciones sobre la directiva como tipo normativo europeo

Aunque en cualquier manual de Derecho comunitario se encontrará una referencia a las directivas en el apartado de fuentes del Derecho o de tipos o actos normativos, la buena directiva es aquella que nunca precisa ser invocada (ni, consecuentemente, aplicada). Como veremos con más detalle, solamente la patología del sistema permite configurar dicha institución como un tipo normativo comunitario.

En efecto, el art. 288 TFUE (Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea) dispone que “la directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto al resultado que deba conseguirse, dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios”. Así configurada, la directiva se caracteriza por tres elementos.

Se trata, en primer lugar, de una norma principalista, cuya finalidad teórica es la fijación de fines, objetivos, metas que los Estados destinatarios deben alcanzar en el plazo previsto en la propia directiva. La forma de alcanzar dicha forma depende, en principio, de la voluntad del mismo Estado, que debe expresarse

a través de normas jurídicas internas. Cuando los fines de la directiva han sido asegurados mediante normas internas se dice que ha sido correctamente transpuesta.

El resultado será, si los Estados respetan las obligaciones impuestas por la directiva, y si ésta vincula a todos los Estados miembros de la Unión Europea, que se logrará una armonización normativa, en el que, al menos, tantas normas como Estados miembros, perseguirán un mismo fin. Frente a esta característica, el reglamento comunitario ocupa el espacio competencial que hasta entonces ejercían los Estados, y unifica la materia con una misma norma, común para todo el territorio de la Unión a partir de ese momento.

Esta idea nos permite comprender el segundo elemento característico de las directivas. Su impulsión exige, ontológicamente, la intervención normativa de los Estados miembros destinatarios. Mientras que la actuación normativa de los Estados puede ser cuestionable cuando estamos en presencia de un reglamento comunitario, salvo que se busque su ejecución, se configura como imprescindible cuando hablamos de una directiva comunitaria ya que, bien entendidas, las directivas no se pueden concebir como normas que vinculen a los particulares, sino que limitan su vinculación a los Estados, que adquieren la obligación de transponer sus fines en el Derecho interno. Consecuencia directa de esta afirmación es que las directivas no se puedan configurar, en principio, como normas aplicables. Si los Estados cumplen adecuadamente con sus obligaciones comunitarias, serán aplicables las normativas estatales que se aprueben en los Estados antes de que se agote el plazo previsto en la directiva.

Tales ideas se ven reforzadas por la tercera característica, y es que en las directivas resulta preciso su notificación a los Estados destinatarios, como si de un acto administrativo se tratara. Dicha singularidad es absolutamente comprensible si la inacción del Estado puede ser sancionada por parte de la Unión Europea. Resulta lógico, en efecto, que las autoridades comunitarias puedan demostrar que se notificó en tiempo y en forma la obligación de transposición que pesa sobre los Estados.

Como se ha podido apreciar, la distinción entre la directiva y el reglamento comunitario no radica en que ambas normas sean elaboradas por distintos sujetos, sino en su pretensión de armonizar o unificar el ordenamiento jurídico en determinadas materias. Este dato es relevante por diversas razones. En primer lugar, porque no permite establecer, a priori, una relación jerárquica

entre ambos tipos normativos, ya que provienen de las mismas Instituciones comunitarias. Éstas se ven abocadas, por las previsiones contenidas en los Tratados, a regular una determinada materia a través de reglamentos o directivas porque así lo han acordado los Estados a través de los Tratados comunitarios que, como es obvio, vinculan, en este y en otros muchos puntos, a las Instituciones comunitarias.

No es de extrañar, entonces, que las Directivas se abran invocando, siempre, el título competencial que justifica su emisión. Esto ocurre, como no podía ser de otra forma, con la Directiva Bolkestein, que se dicta al amparo de los artículos 47.2 (primera y tercera frases) y 55 TCE. El primer precepto citado dispone que con el fin de facilitar el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio “el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251, adoptará directivas para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas”. “En los demás casos, [en los que la ejecución de una directiva implique una modificación de los principios legales vigentes relativos al régimen de las profesiones en lo que se refiere a la formación y a las condiciones de acceso a las mismas de las personas físicas], el Consejo decidirá por mayoría cualificada” (ver vigente art. 53 TFUE). Por su parte, el art. 55 TCE establece que “Las disposiciones de los artículos 45 a 48, ambos inclusive, serán aplicables a las materias reguladas por el presente capítulo” y ha sido retomado en el art. 62 TFUE.

Ahora bien, dicha vinculación de las Instituciones con el espíritu de los Tratados no ha sido siempre respetada en lo que atañe a la configuración de la directiva. Si la letra, claro, pero no su espíritu. Ello explica que en no pocas ocasiones las Instituciones comunitarias hayan aprobado directivas que no se limitan a recoger principios, sino que optan también por la elección de unos concretos medios para alcanzarlos. Tal decisión restringe de forma indebida el margen de actuación estatal y, lo que es más grave, la intervención poderes más legitimados que el Gobierno para actuar, como es la(s) Cámara(s) parlamentaria(s) respectiva(s).

No es este ni momento ni lugar apropiados para examinar los excesos normativos mostrados, en ocasiones, por las Instituciones comunitarias, aunque sea preciso hacer notar que la directiva que examinamos ha sido continuamente acusada por sus excesos normativos (especialmente, en su primera versión, por incluir el principio del país de origen).

3. La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior: estructura y contenidos

Casi la mitad del espacio del DOUE que recoge la directiva Bolkestein (más de quince páginas y media sobre treinta y tres) se concentra en los considerandos previos al articulado, considerandos que se pronuncian sobre casi todas las cuestiones que serán abordadas en el articulado de la norma.

Baste con recordar ahora que con la directiva se pretende, en línea con la estrategia de Lisboa, la eliminación de los obstáculos jurídicos que impiden la existencia de un auténtico mercado interior en materia de servicios (considerando 4), creando un marco jurídico general que garantice la libertad de establecimiento y de circulación de servicios entre Estados miembros (cons. 12).

El articulado se organiza en ocho capítulos. El primero de ellos, titulado *disposiciones Generales*, presenta especial interés, porque incluye, además de unas inevitables referencias al objeto, ámbito de aplicación y a las definiciones empleadas en la directiva (arts. 1, 2 y 4), un precepto sobre las relaciones de este texto con otros sectoriales de la Unión Europea, que deben ser aplicados de forma preferente (art. 3, que también determina que no afecta a las normas de Derecho Internacional Privado). Dicha reserva de aplicación preferente es abierta, aunque se citen en la directiva algunas normas en particular.

El capítulo segundo, titulado simplificación administrativa, es uno de los básicos dentro de la directiva. La búsqueda de tal fin se articula no sólo a través de la simplificación de los procedimientos administrativos relacionados con el establecimiento y la prestación de servicios, sino también mediante la instauración de una ventanilla única y articulación electrónica y el reconocimiento del derecho a la información de operadores y destinatarios.

El capítulo tercero versa sobre *la libertad de establecimiento de los prestadores*, manejándose una visión restrictiva de las autorizaciones previas, y sometiendo éstas, en su caso, a un estricto régimen jurídico que garantice no discriminación y transparencia (condiciones, duración, selección entre varios candidatos y procedimientos). Se establece a continuación una serie de requisitos prohibidos y otros sospechosos, que merecen ser sometidos a evaluación.

El siguiente capítulo se dedica a *la libre circulación de servicios*, estableciéndose, en su primera sección, los criterios que deben respetar los requisitos que, en su caso se impongan (no discriminación, necesidad y proporcionalidad), y excluyéndose otros varios directamente. A continuación se regulan las excepciones adicionales e individuales a la libre circulación de servicios. Se prohíben después algunas restricciones específicas y la discriminación que afecte a los destinatarios del servicio ofertado, previéndose igualmente normas sobre la asistencia a estas personas.

El quinto capítulo de la directiva regula *la calidad de los servicios*, el sexto contiene algunos preceptos sobre *la cooperación administrativa* (campo en el que resulta esencial la asistencia recíproca) y el séptimo se ocupa de *los programas de convergencia*.

En lo que interesa al presente estudio, debe subrayarse, desde la perspectiva de las fuentes del Derecho, algunas características de la directiva.

- a) Dado que la directiva presenta un alcance transversal u horizontal, se prevé que sus contenidos no inciden en otras normas comunitarias dictadas en relación con determinados sectores de servicios. Aunque la directiva menciona algunas de ellas (son las Directivas 96/71/CE, 89/552/CEE y 2005/36/CE y el Reglamento CEE 1408/71), resulta evidente que estamos ante un número *apertus* ("entre dichos actos figuran").

La determinación de si una norma sectorial específica debe ser aplicada de forma preferente a la Directiva Bolkestein confiere un especial papel a la Comisión Europea, que es la encargada de controlar la correcta implementación de la directiva y la encargada de cuestionar, en su caso, ante el Tribunal de Luxemburgo, el incumplimiento en el que pueda incurrir un Estado miembro.

- b) También resulta de interés el principio de asistencia mutua, que no se limita a las relaciones entre los Estados donde se prestan servicios y aquellos otros donde se encuentran establecidos los prestadores, sino que también alcanzan a las instituciones comunitarias (especialmente, la Comisión) y a los Estados miembros en lo que atañe a la correcta implementación de la directiva. Desde esta perspectiva cobra especial interés el capítulo séptimo de la directiva, que recoge un programa de convergencia en el que se incluyen la elaboración de códigos europeos de conducta o evaluaciones recíprocas sobre determinadas materias.

Ambos factores, unidos a la propia naturaleza de la directiva como acto comunitario, evidencian el carácter especialmente abierto y tendencial de esta directiva, que aparece como un paso dado en una concreta orientación que puede verse intensificado por vía interpretativa, sin que sea necesario dictar nuevas normas comunitarias.

Dichos caracteres no empecen la obligación de los Estados de aprobar las normas internas precisas para conseguir los fines contenidos en la directiva. En las líneas siguientes veremos las características de la transposición del Derecho comunitario en España y abordaremos, después, las singularidades que suscita la directiva en examen.

4. La transposición de las directivas en el Derecho Español. Especial referencia a la directiva *Bolkestein*

A. PRINCIPIOS GENERALES

Como ya se ha hecho notar en líneas anteriores, los Estados miembros destinatarios son los encargados de transponer los contenidos de la directiva en el Derecho interno. Esto supone que la autoridad estatal competente *ratione materiae* deberá aprobar una norma que se ajuste a los fines previstos en el acto comunitario. Dicha tarea puede ser especialmente compleja, como veremos, en un Estado políticamente descentralizado, como es el nuestro, y genera algunas paradojas constitucionales que merecen ser subrayadas.

Nuestro análisis debe partir de la jurisprudencia constitucional en la materia, que ha sido unidireccional desde el primer momento. “La traslación de la normativa comunitaria al Derecho interno ha de seguir los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, a través del orden competencial establecido, que no resulta alterado ni por el ingreso de España en la Comunidad Europea ni por la promulgación de normas comunitarias, y así lo ha señalado ya este Tribunal en sus SSTC 252/1988 y 76/1991” (STC 115/1991/1, de 23 de mayo CPC. Se hace un buen resumen de tal principio en la STC 146/1996/2 in fine, de 9 de septiembre, RI Ley General Publicidad). Dicho en otras palabras, “la determinación de a qué ente público corresponde la ejecución del Derecho comunitario, bien en el plano normativo bien en el puramente aplicativo, se

ha dilucidar caso por caso teniendo en cuenta los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias en las materias afectadas" (STC 45/2001/7, de 15 de febrero, CCPPCC).

Es obvio que esta doctrina no solamente es aplicable a las relaciones entre Estado central y Comunidades Autónomas, sino que también opera dentro de cada uno de los subordenamientos existentes en nuestro país. Esto supone que si un acto comunitario exige una actuación normativa en una materia regulada en ese momento por una ordenanza municipal, serán los Ayuntamientos los encargados de modificar sus disposiciones para adaptarse su Derecho a la Unión Europea.

Sin embargo, la construcción de la jurisprudencia constitucional que acabamos de recordar se inscribe en la órbita del Estado autonómico que nos hemos dado y, más concretamente, en la distinción entre garantía de ejecución del Derecho comunitario y ejecución misma. El art. 93 CE señala que "corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión". El Tribunal Constitucional afirma que dicha disposición constitucional no configura "por sí sola un título competencial autónomo a favor del Estado que pueda desplazar o sustituir la competencia autonómica (STC 80/1993, de 8 de marzo, F. 3), ni por conexión a un supremo interés nacional, ni porque se apele a una expectativa de eficacia ni, en fin, por invocación de un simple motivo de utilidad o mera conveniencia" (STC 45/2001/7, de 15 de febrero).

El Gobierno de la Nación es, pues, responsable ante las Instituciones comunitarias en caso de que se produzcan incumplimientos normativos por parte de autoridades españolas, pero todas ellas están concernidas en la ejecución del Derecho comunitario, siempre que la normativa comunitaria incida en el ejercicio de sus competencias. Aunque podría pensarse, a la vista de esta afirmación, que la posición de las Comunidades Autónomas no se ve afectada por la entrada de España en la Unión Europea, un análisis más detenido de la cuestión evidencia que se han producido inevitables consecuencias en el entramado constitucional español.

Es verdad que las Comunidades Autónomas siguen participando en la ejecución del Derecho comunitario, pero su implicación política en la formación de

los actos comunitarios es manifiestamente limitada. Como ya sabemos, el Consejo de Ministros de la Unión Europea está formado, habitualmente, por representantes del Gobierno de la Nación, y son éstos, con el concurso del Parlamento Europeo, quienes aprueban los actos comunitarios. En la formación de la voluntad nacional, que se defenderá en Bruselas, adquiere un protagonismo muy especial el Gobierno de la Nación, frente a otros órganos constitucionales y autonómicos.

Esto ocurre, en primer lugar, en relación con las Cortes Generales. Aunque la regulación de algunas materias está constitucionalmente reservada a la ley, dichas previsiones constitucionales no se ven contrariadas cuando es la Unión Europea quién aprueba normas comunitarias. En tales casos se ve materialmente afectada la iniciativa política de las Cortes Generales. Si el acto comunitario aprobado es un reglamento, se sustituiría su voluntad por la expresada por las instituciones comunitarias. Si se aprueba una directiva comunitaria, las Cámaras serán las encargadas de transponerla al Derecho interno. Su libertad política se verá condicionada siempre, ya que los fines han sido fijados en Bruselas, y en ocasiones de forma acrecida, cuando las instituciones comunitarias hayan incorporado a la directiva contenidos detallados.

En algunos países, el Parlamento nacional ha adoptado mecanismos de control sobre su Gobierno, tratando de influir en la conformación del acto comunitario, en la denominada fase ascendente del Derecho comunitario. Destaca, con luz propia, el comportamiento desplegado por la *Europaudvalget* del Folketing danés, así como el seguimiento que las comisiones parlamentarias francesas y británicas hacen de los asuntos europeos. En nuestro país, aunque hemos adoptado formalmente alguno de tales mecanismos, no existe ninguna voluntad política real de controlar la actuación europea del Gobierno.

El funcionamiento normativo de la Unión Europea afecta, en segundo lugar, a las Comunidades Autónomas. Esta incidencia es, hasta cierto punto más trascendental, dado que si la autonomía presupone, por esencia, la diversidad normativa, la Unión Europea se conforma a través de la integración de diversas voluntades estatales (que deben ser, ontológicamente, individuales). La unificación y la armonización normativa de la Unión Europea, que se logra a través de los reglamentos y de las directivas, respectivamente, exige que el representante del Estado español en el Consejo de Ministros de la Unión Europea defienda una determinada postura. Por tal motivo puede concluirse

que cualquier modelo de integración política de voluntades en el que participen las autoridades del Estado central y de las Comunidades Autónomas servirá para limitar, pero no impedir, la pérdida de iniciativa política regional.

La práctica española se articula a través de las Conferencias sectoriales, foros en los que se reúne la Administración central del Estado con las autonómicas. El funcionamiento real de las Conferencias Sectoriales tampoco deja mucho lugar al optimismo, dado que es el representante estatal quién suele marcar el ritmo de sus trabajos y orientar el sentido de sus decisiones.

B. LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA BOLKESTEIN EN ESPAÑA

1. Una tarea tutelada

Las Instituciones comunitarias son conscientes de la especial complejidad, política y técnica, que presenta la directiva Bolkestein. Quizás por ello la Comisión elaboró un *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios* (Dirección General de Mercado Interior y Servicios. Luxemburgo, 2007. ISBN 978-92-79-05983-4), en el que se describen vías de transposición apropiadas y se llama la atención sobre cuestiones importantes en el proceso de transposición (p. 8).

Se indica en dicho *Manual* que la transposición exigirá la adopción de medidas legislativas y no legislativas (p. 8). Entre las primeras se sugiere la elaboración de una legislación horizontal, que deberá tener preferencia sobre la especificación y de otra que adapte disposiciones específicas (p. 9). Entre las segundas se alude, expresamente, a la ventanilla única y a los procedimientos electrónicos previstos en la directiva (p. 10). También se exigen en la directiva medidas que obligan a los Estados miembros a promover determinadas acciones a cargo del sector privado (arts. 26 o 37, entre otros) (p. 9). No se trata de modificar estas cuestiones, sino de conseguir un resultado práctico. En otro lugar del informe se afirma que los Estados miembros tendrán que adoptar ciertas medidas positivas (en particular, para alentar a los prestadores a poner en práctica medidas voluntarias de apoyo a la calidad, p. 50).

En el mentado documento se recuerda, igualmente, que una determinada disposición contenida en la Directiva de servicios deberá ceder su lugar si

entra en conflicto con otra norma que se integre en el Derecho comunitario derivado (p. 17).

Finalmente, “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” (p. 61). Dichos Informes se someterán a evaluación recíproca por parte de los otros Estados.

La caracterización de la transposición de la Directiva de servicios que puede deducirse de los datos que hemos ido suministrando hasta ahora es que se trata de una norma muy especial por su transversalidad, que merece una complicada transposición y que dicho proceso se realiza bajo una especial e intensa vigilancia por parte de la Comisión y de los restantes Estados miembros.

2. Una tarea compleja en el caso español

Si nuestro Estado debe ser cuidadoso cuando transpone una directiva comunitaria, especial cautela debe tenerse en el caso que nos ocupa, porque concurren algunos riesgos que no deben ser minusvalorados.

Tales riesgos derivan, como ya puede adivinarse, de dos factores a los que ya hemos hecho referencia. La compleja estructura de la Directiva que nos ocupa, y la estructura territorial del Estado que nos hemos dado en nuestro país. Con el fin de conjurar tales riesgos, el Ministerio de Economía y Hacienda ha establecido, desde hace muchos meses, un procedimiento de transposición que lograra asociar el trabajo de todas las autoridades llamadas a cooperar en dicha tarea. Dando un privilegiado lugar al principio de cooperación, se ha vehiculado ésta a través de un representante de cada Ministerio afectado y de cada una de las Comunidades Autónomas como enlace de contacto y coordinación.

En lo que atañe al Estado central se ha optado por la elaboración de sendas leyes. Una primera, denominada Ley paraguas, que acoja en el Derecho español los nuevos criterios manejados en la directiva en lo que atañe a la intervención de las Administraciones Públicas en el sector de servicios, simplificando los procedimientos administrativos en esta materia y reforzando las garantías de consumidores y usuarios. Se trata de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

Una segunda Ley estatal, intitulada doctrinalmente Ley ómnibus, ha servido para modificar un buen número de disposiciones legales y adaptarlas a la directiva comunitaria y a la mencionada Ley 17/2009. Ha sido la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la que ha asumido esta finalidad.

Además de estas reformas legislativas, se han detectado un buen número de normas reglamentarias de carácter estatal que también deben ser modificadas para ajustarse a la Directiva Bolkestein, y que pueden consultarse en el dominio web del Ministerio de Economía y Hacienda.

También es preciso modificar diversas leyes y reglamentos autonómicos. En lo que atañe a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, la Junta ha dictado el Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León.

Repasaremos brevemente el contenido de las tres normas con fuerza de ley citadas (la Ley paraguas estatal y las normas ómnibus con fuerza de ley estatal y de Castilla y León).

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio se publicó en el Boletín Oficial del Estado de un día más tarde.

El grueso de la misma entró en vigor a los 30 días de su publicación, estableciéndose que algunos preceptos en particular (los arts. 17.2, 17.3, 17.4, 18 y 19 del capítulo IV y en el capítulo VI) lo harían el 27 de diciembre de 2009. Se ha apurado, de esta forma, el plazo legal en el que la directiva Bolkestein debía ser desarrollada en el Derecho interno (que vence un día más tarde).

El mismo día 27 de diciembre se considerarán derogadas las disposiciones que sean incompatibles con determinadas disposiciones de la Ley (en concreto, los capítulos II, III, el artículo 17.1 del capítulo IV y los artículos 24 y 25 del capítulo V), aunque se declare previamente la derogación de las disposiciones previas que se le opongan.

El art. 2.4 de la Ley establece que, “en caso de conflicto entre las disposiciones de esta Ley y otras disposiciones que regulen el acceso a una determinada actividad de servicios o su ejercicio en aplicación de normativa

comunitaria, prevalecerán estas últimas en aquellos aspectos expresamente previstos en la normativa comunitaria de la que traigan causa". De esta forma, el legislador estatal español asume expresamente la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre el principio de primacía del Derecho de la Unión Europea sobre los ordenamientos nacionales y asume, preventivamente, que las propias normas que está aprobando puedan ser inaplicadas.

Dicha posibilidad no solamente cabe porque pueda producirse alguna discordancia normativa entre la Ley española y el Derecho comunitario a fecha actual, sino que también podría traer causa de que se aprobara con posterioridad una nueva disposición de la Unión Europea en la materia.

La Ley se estructura en seis capítulos, y varias disposiciones (seis adicionales, una transitoria, una derogatoria y seis finales).

En el primer capítulo, titulado *disposiciones generales*, se concreta el objeto de la Ley, su ámbito de aplicación y se definen algunos conceptos manejados en la misma. El objeto de la Ley es "establecer las disposiciones generales necesarias para facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre prestación de servicios, simplificando los procedimientos y fomentando, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios, así como evitar la introducción de restricciones al funcionamiento de los mercados de servicios que, de acuerdo con lo establecido en esta Ley, no resulten justificadas o proporcionadas" (art. 1).

El ámbito de aplicación de la Ley (art. 2) se define de forma positiva, pero también de forma negativa, ya sea excluyendo determinados sectores (servicios financieros, transporte, sanitarios, audiovisuales, etc.) y tipos de normas (tributarias).

El art. 3 de la Ley cierra el primer capítulo ofreciendo una serie de definiciones (servicio, prestador, destinatario, Estado miembro de establecimiento, establecimiento, establecimiento físico, autorización, requisito, declaración responsable, régimen de autorización, razón imperiosa de interés general, autoridad competente, profesión regulada y comunicación comercial).

La libertad de establecimiento de los prestadores de servicios se regula de forma detallada en el capítulo II de la Ley (arts. 4-11). Se parte, cómo no, del principio de libertad de establecimiento (art. 4), derecho que no solamente

favorece a los prestadores establecidos en otros Estados miembros de la Unión Europea, sino también a todos aquéllos que residan legalmente en suelo español, en el que no sea precisa una autorización previa (salvo en situaciones excepcionales, en los que se asegure que dicha exigencia es necesaria –concorre una razón imperiosa de interés general–, proporcionada y no discriminatoria, art. 5). En todo caso, estos procedimientos de autorización tendrán carácter reglado, serán claros e inequívocos, objetivos e imparciales, transparentes, y proporcionados al objetivo de interés general y se establecerá para ellos un régimen de silencio positivo (art. 6). Por otra parte, solamente podrá limitarse el número de autorizaciones a conceder por la escasez de recursos naturales o por concurrir inequívocos impedimentos técnicos (art. 8).

La realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización tendrá, en principio, carácter indefinido (aunque puede ser temporal si concurre una razón imperiosa de interés general) (art. 7). Aunque el alcance de tal medida es estatal, se puede prever, de forma igualmente excepcional, idénticas medidas para la prestación de servicios o la apertura de establecimientos físicos en partes específicas del territorio (art. 7).

El art. 9 de la Ley impone el principio de igualdad de trato y no discriminación entre prestadores de servicios, lo que explica que no sea posible imponer requisitos a los que ya han sido exigidos en nuestro país o en otro de la Unión. Los requisitos impuestos, en su caso, deben cumplir una serie de condiciones (no ser discriminatorios, estar justificados por una razón imperiosa de interés general, ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general, ser claros e inequívocos, ser objetivos, ser hechos públicos con antelación y ser transparentes y accesibles).

La Ley establece un listado de requisitos prohibidos (como pueden ser los de nacionalidad del prestador o condiciones de reciprocidad, art. 10) y otros que podríamos denominar sospechosos. Se trata de requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa, siendo siempre imprescindible que los mismos no sean discriminatorios, se justifiquen en una razón imperiosa de interés general y sean proporcionados (art. 11).

Especial importancia presenta, en la Ley, el capítulo III en el que se regula *la libre prestación de servicios por parte de prestadores de otro Estado miembro*

(arts. 12-16). Aunque se parte del principio de la libre prestación de servicios, se pueden imponer requisitos “únicamente cuando estén justificados por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente” y sean proporcionados y no discriminatorios y se establecerán de forma suficientemente motivada (art. 12). La concurrencia de estas modificaciones deberá ser notificada a la Comisión Europea.

Dicho principio de libre prestación no atañe ni a determinados sectores (envíos postales, suministro de electricidad,..) ni a aquéllas materias o actividades que ya han sido específicamente reglamentadas por parte de la Unión Europea (art. 13).

En casos excepcionales, y únicamente por motivos de seguridad de los servicios, las autoridades competentes podrán adoptar, para prestadores concretos, medidas restrictivas de la libertad de prestación de los servicios. Dicha posibilidad se prevé en el art. 14 y el art. 15, precepto que regula el procedimiento aplicable para la adopción de tales medidas excepcionales, en las que resultará esencial el punto de contacto al que aludiremos más adelante.

El art. 16 de la Ley excluye que pueda discriminarse al destinatario de los servicios que traigan causa del lugar de establecimiento de su prestador, ni que éste pueda discriminar al destinatario por razón de su nacionalidad o lugar de residencia.

El capítulo IV de la Ley se centra en la *simplificación administrativa*, ocupándose de esta cuestión el art. 17 y los dos siguientes del establecimiento de la ventanilla única electrónica, estableciendo su objeto y las garantías de información a través de este medio, respectivamente.

La política de calidad de los servicios es una finalidad perseguida en el capítulo V de la Ley (arts. 20-26) a través de diversas medidas. El fomento de tal política compete a las Administraciones Públicas (art. 20), y en la Ley se regulan aspectos concretos que inciden en la misma, como son los referidos a los seguros (art. 21), a la información por parte de los prestadores (mínima y complementaria, arts. 22 y 23), a las comunicaciones postales de las profesiones reguladas (art. 24), a las actividades multidisciplinarias (art. 25) y a las acciones de cesación de conductas contrarias a la Ley que pueden ampararse en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (art. 26).

El último capítulo de la Ley presenta, en el contexto del presente estudio, un especial interés, ya que regula la *cooperación administrativa para el control efectivo de los prestadores*, auténtica clave de bóveda sobre la que se fundamenta la liberalización de servicios. En efecto, el menor intervencionismo y control del Estado en el que se prestan los servicios debe conjugarse con una mayor cooperación entre dicho Estado y aquél otro en el que dicha empresa ha sido registrada. A dicho fin se articula un sistema de puntos de contacto, estatal y autonómicos, aunque se creará un punto de contacto de coordinación en la Administración General del Estado al que se remitirán todas las comunicaciones de cualquier administración con la Comisión Europea y con otros Estados miembros (art. 27). Se establece así el principio de igualdad en el suministro de la información solicitada por cualquier Administración Pública, ya sea nacional o de otro país comunitario. Los incumplimientos serán comunicados a la Comisión Europea.

Ya en relación con las autoridades españolas, se establecen una serie de obligaciones tendentes a supervisar la actuación de los prestadores establecidos en nuestro país en el art. 29, como es la de facilitar la información (apartado 1) o realizar las comprobaciones, inspecciones e investigaciones (apartado 2) o la adopción de medidas excepcionales (apartado 4) solicitadas por Administraciones de otros países, velando, en todo caso, por el cumplimiento de los requisitos impuestos al prestador en territorio español (apartado 3). Como es lógico, las autoridades españolas competentes podrán, por propia iniciativa, supervisar la actividad (esto es, realizar comprobaciones, inspecciones e investigaciones) de los prestadores establecidos en otros Estados miembros que presten servicios en territorio español siempre que sean proporcionadas, no discriminatorias y no estén motivadas por el hecho de que el prestador tenga su establecimiento en otro Estado miembro (art. 30).

En el supuesto de que concurrieran actos o circunstancias específicos de carácter grave que puedan ocasionar perjuicios graves para la salud o la seguridad de las personas o el medio ambiente se activaría el mecanismo de alerta, dirigido tanto a la Comisión Europea como a los restantes Estados miembros, a través del punto de contacto (art. 31). Sin embargo, solamente serán comunicadas a otras Autoridades, previa solicitud motivada, las medidas disciplinarias, las sanciones administrativas firmes, las condenas penales y las declaraciones de concurso culpable, participando al afectado del traslado de dicha información (art. 32).

Por su parte, los prestadores deberán comunicar, a través de la ventanilla única, los cambios que afecten al otorgamiento de la autorización que en su día fue conferida (art. 28).

La Ley se completa con seis disposiciones adicionales, una transitoria, una final y seis finales.

Estamos en presencia, como recuerda el Consejo de Estado en su Dictamen, de una transposición en dos niveles, dado que la Ley repite mucho de los contenidos genéricos de la Directiva de Servicios, quedando pendiente la revisión de diversa normativa sectorial y territorial, que se verá condicionada por el carácter horizontal y básico de la norma en examen.

También hace notar el Consejo de Estado que muchas de las disposiciones contenidas en la Ley carecen de fuerza normativa inmediata, tratándose de prescripciones declarativas, desiderativas o programáticas, lo que se acredita examinando su compleja disposición derogatoria, que incluye una confesión implícita sobre el carácter principialista de muchos de sus preceptos.

La ley estatal 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio persigue también, pese al título, extender “los principios de buena regulación a sectores no afectados por la Directiva”, tal y como se indica en el preámbulo, como son los referidos a transportes, telecomunicaciones, seguridad y salud en el trabajo, profesiones sanitarias, costas, montes, caza, pesca fluvial, servicios portuarios, sanidad, seguridad vial y Seguridad Social, entre otros.

Es imposible resumir brevemente esta Ley estatal, doctrinalmente denominada Ley ómnibus. Nos limitaremos a señalar que, de los seis Títulos de esta Ley, cuatro se dedican a regular servicios concretos: industriales y de la construcción, servicios energéticos, de transporte y comunicaciones y medioambientales y de agricultura (Títulos II, III, IV y V). Además de estas reformas sectoriales, se regulan algunas medidas horizontales en el Título I, relacionadas con el procedimiento administrativo (en el que se introducen las figuras de comunicación y de declaración responsable y se generaliza el uso del silencio administrativo positivo), el derecho de consumidores y usuarios, los servicios profesionales (colegios y sociedades profesionales) y el ámbito laboral y de la seguridad social.

El Dictamen del Consejo de Estado de 21 de mayo es crítico con la urgencia con la que el Gobierno ha solicitado el informe y con algunos aspectos concretos del texto examinado (como es la inclusión de normas cuya reforma no viene impuesta por la directiva de servicios –relacionadas, por ejemplo, con el Derecho laboral y de la Seguridad Social, transportes y servicios portuarios).

Estas dos son las principales leyes estatales (existen otras, como por ejemplo, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos) que han transpuesto al Derecho español la Directiva de Servicios. Por su parte, el Decreto Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de medidas de impulso de las actividades de servicios en Castilla y León, publicado en el BOCyL 247, de 26 de diciembre, pretende eliminar en nuestra Comunidad Autónoma determinadas barreras existentes en las normas con rango legal a las libertades de establecimiento y de prestación de servicios incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley estatal 17/2009 y efectuar las modificaciones legales exigidas por las leyes estatales 17 y 25/2009. Buena parte de los VIII Títulos de la Ley regulan determinados servicios (comerciales, turísticos, medioambientales, espectáculos y juegos, recogidos en los Títulos II, III, IV y V, respectivamente). Otros servicios son tratados en el Título VI (carreteras, centros educativos, mediación familiar, sanidad animal, sanidad y salud pública, seguridad industrial, servicios sociales y otras medidas relacionadas con la caza).

Interesa centrarnos, especialmente, en el Título I, que contiene algunas *medidas generales*. En el plano administrativo se crean los centros de gestión unificada con el fin de adaptar la organización de la Administración General de la Comunidad Autónoma a las nuevas demandas de la sociedad, ofreciendo modelos de declaración responsable y de comunicación previa. Se mantiene, no obstante, el régimen de autorización administrativa previa para el establecimiento de laboratorios y centros para la realización de análisis y pruebas de calidad sobre productos y bienes de consumo. Se completa el Título con la modificación de algunas normas referidas a los colegios profesionales.

El Decreto-Ley entró en vigor el pasado día 27 de diciembre, un día antes de que expirara el plazo previsto en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior.

Con esta norma, Castilla y León se suma a las Comunidades Autónomas que, a fecha actual, ya han transpuesto la citada norma comunitaria, como es el caso de Andalucía (Decreto Ley 3/2009, de 22 de diciembre, por el que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior. Publicado en el BOJA nº 250 de 24 de diciembre de 2009), Castilla-La Mancha (Ley 7/2009, de 17 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior. Publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha nº 249, de 23 de diciembre de 2009), Comunidad Valenciana (Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat (Ley de acompañamiento de los presupuestos generales para 2010. Publicada en el BOCV nº 6175, de 30 de diciembre de 2009), Comunidad de Madrid (Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de apoyo a la Empresa Madrileña. Publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 308, de 29 de diciembre de 2009) o Murcia (Ley 12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Publicada en el BORM nº 296, de 24 de diciembre de 2009).

Por otra parte, en el plano local debemos recordar el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, por el que se modifica el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955 (BOE 313, de 29 de diciembre de 2009).

5. Algunas consideraciones críticas sobre la transposición de la Directiva *Bolkestein* en el Derecho español

En líneas anteriores hemos recordado el proceder de las autoridades españolas, tanto central como de Castilla y León, para adaptar sus ordenamientos jurídicos a la Directiva de Servicios en el mercado interior. Se trata ahora de realizar una valoración sobre el camino elegido por las dichas autoridades para cumplir con sus obligaciones comunitarias.

A. LUCES Y SOMBRAS EN EL COMPORTAMIENTO DEL ESTADO CENTRAL

1. El problema inicial: ¿una transposición centralizada o coordinada?

No se puede negar que el Ministerio de Economía y Hacienda fue consciente, de forma temprana, de que la transposición de la directiva Bolkestein requeriría un especial esfuerzo por parte de todas las autoridades implicadas en ello.

Sin embargo, dicho esfuerzo podía haberse realizado de diversas formas. El Gobierno (más en particular, el citado Ministerio) optó por coordinar la transposición con todas las Administraciones concernidas y los agentes sociales afectados por la disposición comunitaria (especialmente los Colegios Profesionales).

En particular, ha creado un comité de cooperación multilateral, del que forman parte, además de la Administración General del Estado, las Comunidades y Ciudades Autónomas y representantes de la Administración Local. Dicho organismo, previsto en la Disposición Adicional tercera de la Ley estatal 17/2009, ha servido para “facilitar la cooperación para la mejora de la regulación de las actividades de servicios y, en particular, el seguimiento y la coordinación de las actuaciones que se lleven a cabo en las diferentes administraciones para la correcta transposición de la directiva”.

Es evidente que tal proceder, consistente en decidir que la transposición de la directiva fuera asumida por la Administración competente *ratione materiae*, no puede ser cuestionada desde la perspectiva del Derecho constitucional, puesto que se ajusta a la jurisprudencia constitucional resumida en el apartado 4.a de este trabajo, en la que se separan las misiones de garantía de ejecución del Derecho comunitario, estatal, y ejecución misma, que deberá ser asumida por la Administración, central o autonómica, que sea titular de la competencia concernida.

Aunque esta distinción doctrinal no resulta inatacable, podría defenderse, con apoyo en el Dictamen del Consejo de Estado sobre la Ley paraguas, la conveniencia de que el legislador estatal se hubiera servido de la Ley de armonización. Los argumentos manejados por el Consejo de Estado en esta dirección (en síntesis, la coexistencia de potestades normativas de diverso alcance, la complejidad intrínseca de la transposición de la Directiva de servicios y el riesgo cierto de que se produzcan disfunciones en dicha labor) son difícilmente cuestionables.

Es de justicia hacer notar que, de ser ese el instrumento empleado, y con independencia de las agudas observaciones recogidas en el estudio de Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, el Gobierno debería haber impulsado el texto legal con más prontitud, para establecer un plazo razonable en el que las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas pudieran haber cumplido con sus deberes. No ha ocurrido esto, lo que también nos permite plantearnos el eventual incumplimiento con la Unión Europea en el que puede haber incurrido el Estado central.

2. Una transposición manifiestamente tardía

Sería un error entender que con la emisión de las Leyes paraguas y ómnibus, el Estado español ha cumplido adecuadamente con sus obligaciones comunitarias. Como ha explicado acertadamente el Consejo de Estado, la Ley paraguas expresa más un compromiso político del Estado español (que acoge los principios, fines y anhelos contenidos en la Directiva) que la modificación de los preceptos normativos que resultan incompatibles con la Directiva de Servicios.

Podría pensarse que esta carencia ha sido satisfecha con la emisión de la Ley ómnibus, pero dicha conclusión sería precipitada, dado que la Ley 25/2009, de 22 de diciembre sigue optando por la inclusión de contenidos principialistas y finalistas, remitiendo en puesta en marcha en muchas ocasiones a las oportunas reformas reglamentarias que hayan de producirse en el futuro.

Tal dato, contenido también en el Dictamen del Consejo de Estado relacionado con la Ley ómnibus, permite concluir que la transposición de la Directiva de Servicios no ha sido, cuando menos, diligente, y aventurar que existirán materias concretas donde se visualice, en el mejor de los casos, un cumplimiento tardío de las obligaciones impuestas por la transposición de la Directiva de Servicios.

B. LUCES Y SOMBRAS EN EL COMPORTAMIENTO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN

1. La opción del Decreto-Ley

La Junta de Castilla y León ha optado por transponer la directiva comunitaria, en lo que atañe a las normas con fuerza de Ley, a través de la emisión de un Decreto-Ley. Dicha decisión merece ser examinada críticamente en estas líneas.

Es sabido que nuestro Gobierno autonómico puede servirse de este medio normativo cuando media una “extraordinaria y urgente necesidad” (art. 25.4 EACyL). La Junta de Castilla y León entiende que la misma concurre en el caso que nos ocupa, afirmando que la “aprobación del presente Decreto-Ley está justificada en la necesidad urgente y extraordinaria de modificar, antes del 26 de diciembre de 2009, la legislación dictada por la Comunidad de Castilla y León en las materias afectadas” por las leyes estatales 17 y 25/2009 “con el fin de efectuar su comunicación en plazo a la Administración General del Estado; y de ponerlas en vigor antes del día 28 de diciembre de 2009 con el fin de evitar un posible incumplimiento imputable a la Comunidad de Castilla y León y la correlativa asunción de las responsabilidades en los términos establecidos en la Disposición Final cuarta de la Ley 17/2009 citada”. No parece, *prima facie*, que le falte cobertura al Ejecutivo autonómico para dictar esta norma. Es cierto que los plazos manejados por el legislador estatal hacen inviable el recurso de la ley para poder aprobar las normas necesarias y que estas entren en vigor antes del 28 de diciembre de 2009.

Sentado lo anterior, debe afirmarse igualmente, sin embargo, que es cuestionable que una norma de tal importancia no haya sido sometida, durante su tramitación, a un amplio debate político y social. Aunque algunas importantes decisiones vienen impuestas a nuestra Comunidad (en primer lugar, por la propia directiva comunitaria y en segundo lugar, por normativa estatal básica) hubiera sido deseable pulsar la opinión de los sujetos directamente afectados por la misma (colegios profesionales, asociaciones de consumidores y usuarios, etc.) y de los grupos parlamentarios de las Cortes de Castilla y León. Si en el apartado 4.2.b) de este estudio se ha afirmado que las Cortes Generales se ven desplazadas en su labor, dicho efecto es mucho más evidente en las Asambleas legislativas de nuestras Comunidades Autónomas. Especialmente en el caso que nos ocupa, en el que se limitarán a convalidar, o no, el texto elaborado por la Junta de Castilla y León.

Si bien es verdad que, según argumenta el Consejero de la Presidencia de la Junta en el Debate del Pleno de las Cortes de Castilla y León de 25 de enero de 2010 sobre la convalidación del Decreto-Ley 3/2009, se han celebrado muchos encuentros y consultas con los agentes sociales, dichos foros no se han celebrado a la vista de las leyes estatales aprobadas, sino tiempo atrás. Es igualmente claro que la eventual conversión del Decreto-Ley en ley se puede justificar, como hace la Portavoz del Grupo Parlamentario Socialista en el mentado debate, en razones democráticas y de seguridad jurídica. La mentada conversión permitiría conocer, en efecto, la opinión de la Cámara sobre una serie de materias que alteran profundamente la concepción de la prestación de servicios y las facultades de la Administración relacionadas con ella. Por otra parte, la conversión solicitada serviría también para alejarse de un texto con fuerza de Ley que, al modo de las cuestionadas Leyes de acompañamiento de los Presupuestos anuales, reforma de un plumazo veinte leyes autonómicas poniendo en cuestión el principio de seguridad jurídica. Aunque los argumentos esgrimidos son razonables, los Procuradores que sustentan al Gobierno autonómico, decidieron la no conversión del Decreto-Ley en Ley. Como decisión política es, evidentemente, legítima, aunque no deba justificarse la misma, a nuestro juicio, en la existencia previa de encuentros con colectivos afectados y representantes políticos, como parece apuntar el Procurador del Partido Popular, Sr. de la Hoz. Lo relevante del debate parlamentario es que, como bien señala la Portavoz del Grupo Socialista, se realiza con luz y taquígrafos, lo que es bueno para el principio democrático. Otra objeción podría haberse apuntado, sin embargo, a la conversión del Decreto-Ley en Ley, cual es prevenir la eventual contradicción que se podría haber producido entre ambos textos legales, en una materia que viene delimitada por la legislación comunitaria y estatal básica y que podría comprometer el principio de seguridad jurídica de prestadores y usuarios de servicios.

2. Una transposición manifiestamente tardía

Aunque la legítima pretensión de la Junta de Castilla y León es evitar incurrir en un incumplimiento de sus obligaciones, no es improbable que la misma esté condenada al fracaso.

Basta con realizar una detenida lectura del Decreto-Ley en examen para hacer ver que quedan todavía muchas normas reglamentarias que dictar para transponer la Directiva de servicios. En la exposición de motivos se indica, por ejemplo, que las Disposiciones Adicionales cuarta y quinta determinan “los criterios que se han de seguir en el desarrollo reglamentario del presente Decreto-Ley” y los novedosos artículos 24.2 de la Ley 8/1997, de 8 de julio, de Colegios Profesionales de Castilla y León, 20.2 y 29.3 de la Ley 10/1997, de 19 de diciembre, de Turismo de Castilla y León, 54 de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de Caza de Castilla y León (en relación con el Registro de granjas cinegéticas de Castilla y León), 40.1 de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León, 23.1.c) de la Ley 7/2006, de 2 de octubre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de la Comunidad de Castilla y León, 4.4 de la Ley 4/1998, de 24 de junio, Reguladora del Juego y de las Apuestas de Castilla y León, 48.2 de la Ley 2/2003, de 28 de marzo, del Deporte de Castilla y León, 8.2 y 18.2 de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar y 9.1 de la Ley 6/1994, de 19 de mayo, de Sanidad Animal de Castilla y León se remiten a las normas reglamentarias que desarrollen la presente Ley.

Es probable que algunas de estas llamadas reglamentarias no sea imprescindible para el cumplimiento de las obligaciones comunitarias, o que algunas reformas ya se hayan producido en el momento de escribir estas líneas, pero no sería irrazonable afirmar que el pasado 28 de diciembre no se había adaptado plenamente el ordenamiento autonómico de Castilla y León a la Directiva de Servicios. Esta constatación se hace más evidente si se afirma, como hace Antonio Cidoncha Martín en el trabajo que forma parte de este informe, que la plena transposición de la directiva obliga a algo mucho más profundo que a una mera modificación normativa, y que alcanza a la organización y funcionamiento de la Administración, ya que ésta va a tener que desplegar unas acrecidas y esenciales funciones de inspección y control sobre los prestatarios de servicios.

6. Las consecuencias de la incorrecta transposición de la Directiva de servicios

A. ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL EVENTUAL EFECTO DIRECTO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

En las primeras líneas de este trabajo se recordaba que la buena directiva es aquélla que no precisa ser invocada, porque sus finalidades han sido correctamente asumidas por los ordenamientos de los Estados miembros.

Sin embargo, la experiencia demuestra que no son escasas las ocasiones en las que un determinado Estado no transpone una directiva, o lo hace de modo incorrecto. En tales supuestos, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha afirmado que los justiciables pueden exigir, frente a los poderes públicos (en sentido lato), la aplicación directa de las disposiciones no transpuestas de las directivas siempre que sean claras, precisas e incondicionales .

Este efecto es calificado, por el mismo órgano judicial, como “útil”, aunque la doctrina ha preferido hablar, desde hace muchos años, por el efecto directo de las directivas. Dicho efecto tiene alcance limitado, ya que el Tribunal solamente permite invocar tales disposiciones a los particulares (en sentido lato, pudiendo serlo, a estos efectos, administraciones públicas) y únicamente frente al Estado (igualmente, en sentido lato, incluyendo a empresas públicas y sociedades participadas por los poderes públicos). Por este motivo se suele afirmar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea reconoce, únicamente, el efecto directo vertical (relación individuo-Estado) de las directivas.

El Tribunal de Justicia excluye, así, que pueda invocarse un efecto directo horizontal (exigido por y ante particulares) y un efecto directo vertical inverso (exigido por el Estado frente a un particular), con los discutibles argumentos de que la directiva se dirige a los Estados y no a los particulares, y que las autoridades públicas no pueden beneficiarse de una directiva que no han transpuesto correctamente.

Es conveniente recordar que la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha completado su jurisprudencia en esta materia afirmando que los órganos judiciales deben tomar en consideración la Directiva indebidamente transpuesta para interpretar la normativa nacional, y señalando, de otro, que los particulares que no puedan prevalerse del efecto directo de la directiva (por

dirigir su acción frente a otros particulares) sí que podrán entablar una acción por daños frente al Estado, responsable último del perjuicio causado.

Tras este brevísimo resumen, podemos plantearnos qué tipos de conflictos se podrían plantear en nuestro país en el que se mantuvieran que se ha producido una inadecuada transposición de una disposición de la Directiva de servicios.

No es inimaginable, por ejemplo, que usuarios o consumidores puedan alegar algún derecho contenido en la Directiva frente a los prestadores de servicios defendiendo que, a su juicio, no ha sido correctamente desarrollado en nuestro país. Nos moveríamos, en esta hipótesis, en un supuesto de eventual efecto directo horizontal, condenado, por ello mismo, al fracaso. Aunque esta doctrina merece ser combatida porque sacrifica el principio de uniformidad del Derecho comunitario, no nos detendremos ahora en esta cuestión, de las que nos hemos ocupado extensamente en otro lugar. Interesa recordar ahora que la pretensión del particular solamente podría verse amparada si el órgano judicial pudiera interpretar la norma nacional a la luz de la norma comunitaria. Si tal posibilidad no existe, solamente le quedará al particular la acción por daños frente al Estado.

Es más probable que sean los propios prestadores de servicios los que hagan valer las previsiones de la Directiva frente a las Administraciones Públicas competentes que puedan entorpecer su trabajo. Si tal hipótesis se diera, y se invocara un derecho contenido en la Directiva incorrectamente transpuesto, el órgano judicial podría aplicar directamente la norma comunitaria, por concurrir el citado efecto directo vertical.

Es oportuno añadir, antes de dar por concluido este epígrafe, que la solución que acaba de indicarse es la correcta a priori, pero que es preciso tomar en consideración que muchas de las facultades previstas en la Directiva en favor de los prestadores de servicios implican la existencia de procedimientos (administrativos) y medios técnicos cuya inexistencia suscita problemas prácticos que no deben ser minusvalorados. El prestador tiene derecho a ofrecer sus servicios en nuestro territorio, pero su derecho será huero mientras no se configure técnicamente la ventanilla electrónica. Este es un viejo problema que no es desconocido ni para el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ni para nuestro ordenamiento constitucional. Es sabido que el Tribunal de Luxemburgo entiende que la obligación del Estado de transponer una direc-

tiva no alcanza al contenido material de la misma, sino al establecimiento de los procedimientos, administrativos o procesales, que permitan encauzar tales derechos. Aunque el derecho sea antológicamente previo al procedimiento para ventilarlo (recuérdese la Sentencia del Tribunal Constitucional español en la que se amparaba a un joven que hizo valer su objeción de conciencia al servicio militar, aunque todavía no existiera un procedimiento administrativo para ejercerla), el procedimiento administrativo es la que servirá para encauzarlo.

B. EL PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD ESTATAL

Con independencia de que pueda reconocerse, o no, un efecto directo vertical a la eventual disposición de la Directiva de servicios que haya sido indebidamente transpuesta, resulta evidente que el Estado español habría incumplido con su obligación de transponer, en tiempo y en forma, la Directiva de servicios, lo que genera su responsabilidad ante la Unión Europea.

La Ley estatal 17/2009 establece un mecanismo de compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento por parte de las Administraciones Públicas. Aquéllas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplan lo dispuesto en dicha Ley o en el Derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado.

Esta previsión ha sido considerada “acertada” por parte del Consejo de Estado, dada la complejidad del proceso de transposición de la Directiva de Servicios y la necesaria implicación que en él habrán de tener las distintas Administraciones Públicas, y las competencias que algunas Comunidades Autónomas han asumido en relación con los asuntos europeos. La única duda que se suscita en el Dictamen del Consejo de Estado es si tal previsión debiera tener rango orgánico, concluyendo que, si se modifica su tenor literal, puede aprobarse mediante Ley ordinaria.

Aunque el autor de estas líneas comparte, en principio, la opinión expresada por el Consejo de Estado, de que es acertado que asuman las sanciones monetarias las autoridades que han incumplido con las obligaciones que impone la Unión Europea, no defiende con la misma convicción que sea

acertada la inclusión de esta cláusula en la Ley 17/2009, al menos que sea matizada en su eventual aplicación.

No debemos olvidar, en primer lugar, que el legislador estatal ha optado por elaborar dos leyes (una horizontal y otra sectorial y de carácter básico) que deben ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas y los Municipios, en el ámbito de sus respectivas competencias. Como ya se ha indicado con anterioridad, se podía haber optado por una Ley de armonización, medio normativo que hubiera facilitado la labor de las restantes Administraciones implicadas, aunque su empleo hubiera podido generar reservas y suspicacias políticas de algunos gobiernos autonómicos.

Pero es que, además, es difícil exigir a las Comunidades Autónomas que actúen en plazo cuando la propia Ley estatal no les deja margen para ello. La Ley estatal 25/2009, que tiene carácter básico para las Comunidades Autónomas, se ha publicado en el Boletín Oficial del Estado del día 23 de diciembre, miércoles. Si excluimos las fiestas resulta que el primer día laborable es, salvo error u omisión, el día 28 de diciembre, fecha en la que el Estado español debe haber completado la transposición de la Directiva de servicios.

La Junta de Castilla y León ha demostrado un coraje evidente para cumplir con sus obligaciones, habiéndose visto obligada a recurrir a la figura del Decreto-Ley, y aún así es evidente que no ha podido cumplir, plenamente, con su deber de transponer la Directiva de Servicios. No me parece razonable entender que tal eventual incumplimiento sea imputable a la propia Comunidad Autónoma, sino, en su caso, a la Administración Central del Estado. Ésta sabía, desde 2006, que la actuación normativa de las Comunidades Autónomas solamente podía producirse, en muchas materias, una vez que se aprobara normativa estatal básica, por lo que el principio de cooperación administrativa rectamente entendido le obligaba a impulsar dicha legislación con una antelación razonable para que las restantes Administraciones implicadas pudieran disponer de un tiempo igualmente razonable para cumplir con los deberes derivados de nuestra pertenencia a la Unión Europea.

Si se comparten estas ideas, se podría concluir que sería desafortunada que en esta materia se impusiera una suerte de responsabilidad objetiva, que sancionara a la Administración cuya normativa es insuficiente sin determinar, previamente, qué Administración es culpable de dicho incumplimiento. En

algunos casos coincidirá una y otra, pero se han avanzado argumentos que permiten cuestionar que esa identidad siempre concorra.

Lo cierto es que se impone hacer un llamamiento de todas las Administraciones españolas directamente concernidas por la directiva de Servicios, que son la estatal, las autonómicas y las locales. De su buen hacer depende, en buena medida, que la Directiva de servicios logre sus fines, mejorando la competencia en dicho sector sin que ello suponga merma alguna en los derechos de los consumidores y usuarios. El reto no es menor, pero tampoco resulta hercúleo.

Puede contribuir a tal tarea examinar la cuestión desde la perspectiva del Estado autonómico. A tal cuestión dedica su trabajo el profesor Tomás de la Quadra-Salcedo Janini, que ahonda en algunas de las cuestiones tratadas en esta línea y matiza otras. El análisis constitucional de la cuestión se cierra con el estudio de Antonio Cidoncha Martín sobre el impacto de la directiva Bolkestein en el derecho fundamental a la libertad de empresa. Las discrepancias que el amable lector podrá apreciar entre las distintas aportaciones no servirán sino para enriquecer un debate que no será fácil cerrar a corto plazo, relacionado con una de las normas más importantes que ha aprobado la Unión Europea en los últimos años, lo que demuestra que la Unión Europea está más viva que nunca.



Capítulo IV

Estado autonómico
y transposición de
la Directiva de Servicios

SUMARIO

1. La estrategia gubernamental de transposición de la Directiva de Servicios. **2.** El contenido de la Directiva de Servicios. **3.** La obligación de respetar la distribución de competencias establecida en el ordenamiento nacional a la hora de transponer el Derecho de la Unión Europea. **4.** La Ley paraguas. **4.1** El artículo 149.1.1 CE como fundamento competencial de la Ley paraguas. **4.2** El artículo 149.1.13 CE como fundamento competencial de la Ley paraguas. **4.3** El artículo 149.1.18 CE como fundamento competencial de la Ley paraguas. **4.4** Acerca del carácter básico de la Ley paraguas. **4.5** Los pretendidos efectos derogatorios de la Ley paraguas. *A. Los efectos de la Ley paraguas sobre las normas autonómicas. B. Los efectos de la Ley paraguas sobre las normas estatales* **5.** La Ley ómnibus. **6.** La propuesta del Dictamen del Consejo de Estado en relación a la posibilidad de dictar una ley de armonización. **7.** El Decreto-Ley ómnibus de Castilla y León

ESTADO AUTONÓMICO Y TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini
Profesor Titular de Derecho Constitucional
Universidad Autónoma de Madrid

1. La estrategia gubernamental de transposición de la Directiva de servicios

Aunque en el estudio que antecede al presente, debido al profesor Matia Portilla, se examina con cierto detalle el proceso de trasposición de la Directiva de servicios, resulta interesante analizar, nuevamente, cuál ha sido la estrategia gubernamental para impulsar dicha obligación.

Como se recordará, las Cortes Generales, a partir de un proyecto de ley del Gobierno, han finalmente adoptado la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (publicada en el BOE de 24 de noviembre de 2009), popularmente conocida como Ley paraguas.

En virtud de la Disposición final sexta de la nueva Ley, ésta entrará en vigor en el plazo de treinta días a partir del día siguiente al de su publicación en el BOE lo que podría dar a entender el cumplimiento por parte de España del plazo dado para la transposición de la Directiva de servicios²⁶⁵ que finalizaba el pasado 28 de diciembre de 2009.

²⁶⁵ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. De acuerdo con el art. 44 de la misma: “los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar antes del 28 de diciembre de 2009”.

No obstante, la propia norma aprobada considera en su exposición de motivos que para la mejora del marco regulador del sector servicios “no basta con el establecimiento, mediante esta Ley, de las disposiciones y los principios generales que deben regir la regulación actual y futura de las actividades de servicios. Por el contrario, será necesario llevar a cabo un ejercicio de evaluación de la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y su ejercicio conforme a los principios y criterios que esta Ley establece y, en su caso, modificar o derogar esta normativa”²⁶⁶.

La necesidad de realizar importantes modificaciones normativas adicionales para cumplir con la Directiva de servicios se desprende, igualmente, del articulado de la propia Ley paraguas cuando en su Disposición final segunda afirma que “mediante esta Ley se incorpora *parcialmente* al Derecho español la Directiva de servicios” y en su Disposición final tercera contiene las habilitaciones para el desarrollo y aplicación de la propia Ley al establecer, entre otras cosas, que “corresponde a las Administraciones Públicas competentes, en su respectivo ámbito territorial, aprobar las normas de desarrollo y ejecución de esta Ley”.

La denominada Ley paraguas constituye por tanto, tal y como señalaba el Consejo de Estado, una norma que se limita, en buena medida, a reproducir los preceptos de la Directiva de servicios, incorporándolos al ordenamiento a modo de grandes principios o mandatos de carácter general que habrán de inspirar la normativa que, a fin de completar la transposición, dicten el Estado y las Comunidades Autónomas, así como, en el nivel reglamentario, las Entidades Locales.

²⁶⁶ El Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de Ley sobre Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios de 18 de marzo de 2009 señalaba como el proceso de transposición de la Directiva de Servicios “no se agotará con la aprobación de esta norma, sino que deberá continuar con la adecuación del actual marco normativo de las actividades de servicios a lo establecido en la Directiva y en el propio anteproyecto, en todos los ámbitos sectoriales y territoriales”.

Es precisamente para cumplir materialmente con la norma comunitaria, y en aplicación anticipada de la Disposición final quinta de la Ley paraguas²⁶⁷, para lo que el Gobierno presentó el pasado mes de junio, un proyecto de Ley, popularmente conocido como Ley ómnibus²⁶⁸, que ha sido finalmente adoptado como *Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (publicada en el BOE de 24 de diciembre de 2009) y que supone la modificación por el Estado de decenas de normas para adaptarlas a los principios recogidos en la Ley paraguas, principios que, recordemos, no eran sino la reproducción de aquellos principios contenidos en la Directiva de servicios²⁶⁹.

Igualmente para cumplir materialmente con la norma comunitaria las Comunidades Autónomas y los entes locales se encuentran en trámite de modificar cientos de normas que regulan la prestación de servicios en nuestro país²⁷⁰.

Así, lo ha hecho ya, por ejemplo, el Gobierno de Castilla y León a través de la aprobación del Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de *Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León* (publicado en el

²⁶⁷ De acuerdo con la referida Disposición final quinta de la Ley paraguas:

“1. En el plazo de un mes a partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno someterá a las Cortes Generales un proyecto de ley en el que, en el marco de sus competencias, se proceda a la adaptación de las disposiciones vigentes con rango legal a lo dispuesto en esta Ley.

2. A fin de hacer posible el cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 44 de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, las Comunidades y Ciudades Autónomas y las Entidades Locales comunicarán a la Administración General del Estado, antes de 26 de diciembre de 2009, las disposiciones legales y reglamentarias de su competencia que hubieran modificado para adaptar su contenido a lo establecido en la Directiva y en la presente Ley”.

²⁶⁸ Tal y como señala Rivero Ortega la Ley horizontal reproduce en buena medida la Directiva de Servicios, la Ley ómnibus es la que representa la verdadera adaptación, luego el juicio de cumplimiento o incumplimiento de la Comisión Europea dependerá en buena medida de sus previsiones en RIVERO ORTEGA, Ricardo (2009a): 338.

²⁶⁹ El sector de la distribución está teniendo una transposición diferenciadas a través de la modificación de la Ley del Comercio minorista. El Consejo de Ministros aprobó el 12 de junio de 2009 una relación de las normas reglamentarias a reformar. Todo ello desarrollado en RIVERO ORTEGA, Ricardo (2009b).

²⁷⁰ Sobre las normas y procedimiento potencialmente afectados por la Directiva de servicios ver MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco (2009). Sobre la transposición de la Directiva por los entes locales ver MERINO ESTRADA, Valentín y MARTÍN FERREIRA, Pilar (2009); MERINO ESTRADA, Valentín (2009) y RIVERO ORTEGA, Ricardo (2009c).

BOCyL de 26 de diciembre de 2009), al que se podría denominar Decreto-ley ómnibus por el número de normas que modifica²⁷¹.

En este sentido, hay que recordar que el alcance general y la gran penetración de la nueva norma comunitaria en los ordenamientos nacionales se deben a su carácter de Directiva horizontal o general, en cuanto que afecta a múltiples sectores implicados en el mercado, contrastando así con las habituales Directivas sectoriales o verticales que son las utilizadas habitualmente por las instituciones comunitarias para promover el establecimiento y funcionamiento del mercado interior²⁷².

La decisión del Gobierno de la Nación de transponer a nuestro ordenamiento la Directiva de servicios mediante esta técnica singular de adoptar primero una ley horizontal, la Ley paraguas, que recoja los principios generales a los que luego han de adaptarse todas las normas sectoriales, estatales, autonó-

²⁷¹ Así lo habían hecho antes, de manera todavía parcial, otras Comunidades Autónomas entre las que es posible destacar la temprana aprobación por Cataluña del Decreto 106/2008 de 6 de mayo, de medidas para facilitar la actividad económica; Aragón del Decreto-Ley 1/2008, de 30 de octubre de medidas administrativas urgentes para facilitar la actividad económica en Aragón y del Decreto 247/2008 de 23 de diciembre de adaptación de diversos procedimientos del Departamento de Industria, Comercio y Turismo; y Andalucía mediante la aprobación del Decreto Ley 1/2009, de 24 de febrero por el que se adoptan medidas urgentes de carácter administrativo. Asimismo en las últimas semanas también se han adoptado por las CCAA nuevas normas con la finalidad de adaptar los ordenamientos autonómicos a la Directiva de servicios antes de que se cumpliera el plazo de transposición. Así lo han hecho Andalucía (Decreto Ley 3/2009, de 22 de diciembre, por el que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior. Publicado en el BOJA nº 250 de 24 de diciembre de 2009), Castilla-La Mancha (Ley 7/2009, de 17 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los Servicios en el Mercado Interior. Publicada en el Diario Oficial de Castilla-La Mancha nº 249, de 23 de diciembre de 2009), Comunidad Valenciana (Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat (Ley de acompañamiento de los presupuestos generales para 2010. Publicada en el BOCV nº 6175, de 30 de diciembre de 2009), Comunidad de Madrid (Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de apoyo a la Empresa Madrileña. Publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid número 308, de 29 de diciembre de 2009) o Murcia (Ley 12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior. Publicada en el BORM nº 296, de 24 de diciembre de 2009).

²⁷² MUÑOZ MACHADO, Santiago (2009) y MUÑOZ MACHADO, Santiago (2010). "La Directiva establece un marco jurídico general que, con alguna excepción, será aplicable con carácter horizontal a todas las actividades económicas de servicios" en VILLAREJO GALENDE, Helena (2009).

micas o locales, reguladoras de la prestación de servicios no ha estado exenta de críticas doctrinales²⁷³.

Así, Parejo ha cuestionado la técnica seguida para la transposición de la Directiva considerando que lo procedente hubiese sido la incorporación directa de la Directiva mediante la reforma de las leyes sectoriales afectadas sin utilizar la Ley paraguas²⁷⁴.

Igualmente, ha cuestionado la técnica seguida Muñoz Machado al considerar que la regulación general de la Ley paraguas es totalmente inadecuada para reproducir el efecto de eliminación de barreras que la disposición europea exige²⁷⁵.

²⁷³ Ciertamente, el Gobierno no ha hecho sino seguir las recomendaciones de la Comisión Europea que en su Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios afirma que "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*... 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*", pp. 8 y 9. Sobre el método de transposición RIVERO ORTEGA, Ricardo (2009b) o SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo (2009c).

²⁷⁴ PAREJO ALFONSO, Luciano (2009): 34-41. Parejo ha denominado la estrategia del Gobierno para la ejecución normativa de la Directiva de Servicios como un proceso de ejecución de la ejecución, en p. 39.

²⁷⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago (2009). Para Muñoz Machado Un análisis de esa pareja normativa, arroja el evidente resultado de que los únicos elementos normativos reales y eficaces que el Estado aporta para transponer la Directiva, consisten en la modificación de las diversas normas sectoriales ya existentes en nuestro ordenamiento, que quedan dentro del ámbito de su competencia, o también algunas normas generales como las concernientes al régimen jurídico de las Administraciones Públicas o los colegios profesionales", p. 323. También en MUÑOZ MACHADO, Santiago (2010).

Alguna objeción realizó el Consejo de Estado a la técnica seguida para la transposición de la Directiva²⁷⁶, si bien la dio finalmente por buena al considerar que “permitirá contar con una ley horizontal en la que queden recogidos los principios previstos en la norma comunitaria que deben guiar la regulación de las actividades de servicios, no sólo en el momento de su entrada en vigor, sino también en el futuro y, por tanto, en las propuestas regulatorias que en lo sucesivo puedan impulsarse. Desde esta perspectiva, el anteproyecto constituirá un insoslayable punto de referencia a la hora de adaptar la normativa vigente en esta amplia materia a lo dispuesto en la Directiva de Servicios”.

Analizaremos como se ha fundamentado la competencia del Estado para dictar tanto la Ley paraguas como la Ley ómnibus, no sin antes recordar brevemente el contenido de la Directiva y la obligación establecida en nuestro bloque de la constitucionalidad de que se respete la distribución de competencias a la hora de realizar la transposición del derecho de la Unión Europea.

Igualmente interesante será analizar el Dictamen del Consejo de Estado de 18 de marzo de 2009 sobre el Anteproyecto de Ley sobre Libre Acceso y Ejercicio de las Actividades de Servicios en lo que se refiere a la propuesta que realiza de recurrir al instrumento de la ley de armonización, previsto en el artículo 150.3 de la Constitución, para mejorar la coordinación en el ejercicio por el Estado y las Comunidades Autónomas de sus potestades norma-

²⁷⁶ El Dictamen del Consejo de Estado de 18 de marzo de 2009 destacaba que “ha de tenerse en cuenta que la ley proyectada es una disposición con escasa virtualidad normativa y que no despliega plenamente sus efectos, pues las disposiciones incompatibles con algunas de sus previsiones mantendrán su vigencia hasta que sean adaptadas a ella o derogadas (disposición derogatoria única). Muchos de los preceptos de esta norma contienen meras proposiciones descriptivas o desiderativas, pero carecen de fuerza normativa inmediata. E igualmente incluye el anteproyecto artículos que tienen un marcado carácter programático, cuyo incumplimiento no genera consecuencias previsibles, y que por su ubicación o contenido no pueden considerarse principios, fines o valores que, con frecuencia, conforman la “parte expositiva” de las normas, donde esa clase de previsiones más generales tienen su natural encaje. En algunos casos, esos preceptos constituyen un mandato dirigido al titular de la potestad normativa de que actúe con posterioridad. En tales supuestos, se ha optado por establecer una fijación de objetivos, algo que es más propio de un instrumento normativo finalista como la directiva que de una ley. Así, los artículos que enuncian o anticipan una sucesión de medidas que los poderes públicos habrán de adoptar vienen a ser, por su carácter discursivo, vaciados de fuerza normativa, como una segunda exposición de motivos, lo que es impropio del articulado de una ley; o, si tienen carácter preceptivo, pueden generar problemas en su aplicación inmediata, ya que es necesario adaptar al anteproyecto las normas que actualmente regulan estas cuestiones. En estos casos, el momento normativo se desplaza a las disposiciones que se dicten con posterioridad a la aprobación de esta norma, quedando con ello demorada su eficacia” apartado IV del Dictamen.

tivas. Se nos plantea la constitucionalidad de una eventual ley de armonización cuando el Estado tiene a su disposición sus propios títulos competenciales.

Finalmente, necesario será también referirnos brevemente a como se ha afrontado la transposición de la Directiva de Servicios por Castilla y León en ejercicio de las nuevas competencias atribuidas en el Estatuto de Autonomía reformado en 2007²⁷⁷.

2. El contenido de la Directiva de Servicios

La Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior se encuentra dividida en 8 capítulos.

El Capítulo I contiene las llamadas Disposiciones generales que se refieren, entre otras cosas, al objeto, ámbito de aplicación o las definiciones empleadas en la directiva.

El Capítulo II se refiere a la simplificación de los procedimientos administrativos relacionados con el establecimiento y la prestación de servicios mediante, por ejemplo, la instauración de una ventanilla única.

Los Capítulos III y IV contienen la materia fundamental de la norma europea. El Capítulo III regula lo que denomina la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y el Capítulo IV lo que denomina la libertad de circulación de los servicios.

En el primer caso se trataría de la regulación de aquellas condiciones de establecimiento de las empresas de servicios; en el segundo de aquellas condiciones de prestación de los servicios sin que se dé propiamente tal establecimiento. El

²⁷⁷ Por ejemplo, en ejercicio de la competencia de desarrollo normativo y de ejecución, en el marco de la legislación básica del Estado, atribuida en el artículo 71 del nuevo Estatuto en materia de defensa de los consumidores y usuarios o de las competencias exclusivas en materia de comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, de la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia. Regulación y autorización de grandes superficies comerciales, en el marco de la unidad de mercado. Calendarios y horarios comerciales, en el marco de la normativa estatal. Ferias y mercados interiores. Establecimiento de bolsas de valores y establecimiento y regulación de centros de contratación de mercancías, conforme a la legislación mercantil. Todas ellas reconocidas en el artículo 70.1.20 del nuevo Estatuto.

elemento clave de diferenciación entre una prestación de servicios mediante un establecimiento y la prestación de servicios sin establecimiento es si el agente está o no establecido en el Estado miembro en que presta el servicio de que se trate. El concepto de establecimiento implica el ejercicio efectivo de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un periodo indefinido.

Dentro del Capítulo III sobre libertad de establecimiento de los prestadores de servicio, se diferencia entre los supuestos en los que el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio mediante un establecimiento permanente está supeditado en los Estados miembros a una autorización (sección 1) y los supuestos en los que el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio mediante un establecimiento está supeditado en los Estados miembros al cumplimiento de determinados requisitos (sección 2).

El Capítulo IV sobre libertad de circulación de los servicios regula en su sección 1 los supuestos en los que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio sin un establecimiento permanente se supedita en los Estados miembros a determinados requisitos.

En lo que se refiere a los supuestos en los que el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio mediante un establecimiento está supeditado a una autorización (Capítulo III, sección I) la Directiva de servicios establece en su artículo 9.1 que los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan tres condiciones:

- a. el régimen de autorización no sea discriminatorio para el prestador de que se trata;
- b. la necesidad de un régimen de autorización esté justificada por una razón imperiosa de interés general;
- c. el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

El artículo 10 de la Directiva regula las *condiciones para la concesión de la autorización*. De acuerdo con el apartado 1 “los regímenes de autorización deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria”. La Directiva establece en el apartado 2 que “los criterios contemplados en el apartado 1 deberán reunir las características siguientes:

- a. no ser discriminatorios;
- b. estar justificados por una razón imperiosa de interés general;
- c. ser proporcionados a dicho objetivo de interés general;
- d. ser claros e inequívocos;
- e. ser objetivos;
- f. ser hechos públicos con antelación;
- g. ser transparentes y accesibles”.

En lo que se refiere a los supuestos en los que acceso a una actividad o su ejercicio mediante un establecimiento se supedita al cumplimiento de determinados requisitos (Capítulo III, sección 2) la Directiva de servicios establece en su artículo 14 la prohibición de que los Estados miembros supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios al cumplimiento de una serie de requisitos que enumera²⁷⁸:

- ²⁷⁸ Tales requisitos enumerados en el artículo 14 son:
- 1) requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad o, en lo que se refiere a las sociedades, el domicilio social, y, especialmente:
 - a) requisito de nacionalidad para el prestador, su personal, las personas que posean capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión,
 - b) requisito de residir en el territorio nacional para el prestador, su personal, las personas que posean capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión;
 - 2) prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros;
 - 3) limitaciones de la libertad del prestador para elegir entre un establecimiento principal o secundario y, especialmente, la obligación de que el prestador tenga su establecimiento principal en el territorio nacional, o limitaciones de la libertad de elección entre establecimiento en forma de agencia, de sucursal o de filial;
 - 4) condiciones de reciprocidad con el Estado miembro en el que el prestador tenga ya su establecimiento, con excepción de las previstas en los instrumentos comunitarios en materia de energía;
 - 5) aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, 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; esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general;
 - 6) intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes, con excepción de los colegios profesionales y de las asociaciones y organismos que actúen como autoridad competente; esta prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general;
 - 7) obligación de constituir un aval financiero, de participar en él o de suscribir un seguro con un prestador u organismo establecido en el territorio nacional. Ello no afectará a la posibilidad de los Estados miembros de exigir garantías de un seguro o financieras como tales, ni a los requisitos relativos a la participación en fondos colectivos de compensación, por ejemplo, para miembros de colegios u organizaciones profesionales;
 - 8) obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un periodo determinado en los registros existentes en el territorio nacional o de haber ejercido previamente la actividad durante un periodo determinado en dicho territorio.

Y en el apartado 2 del artículo 15 la Directiva establece que los Estados miembros examinarán si sus respectivos ordenamientos jurídicos supeditan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio mediante un establecimiento al cumplimiento de determinados requisitos no discriminatorios que enumera²⁷⁹. Requisitos, estos últimos, que de acuerdo con el apartado 3 del artículo 15 deben necesariamente cumplir las condiciones siguientes:

- a. no discriminación: que los requisitos no sean discriminatorios, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a las sociedades, del domicilio social;
- b. necesidad: que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general;
- c. proporcionalidad: que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

En lo que se refiere a los supuestos en los que el acceso a una actividad o su ejercicio sin un establecimiento permanente se supedita al cumplimiento de determinados requisitos (Capítulo IV, sección I), la Directiva de servicios establece en el apartado 1 del artículo 16 que “los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios a requisitos que no respeten los principios siguientes:

²⁷⁹ Los requisitos que deben ser examinados por los Estados miembros son los siguientes:

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

- a. no discriminación: el requisito no podrá ser directa o indirectamente discriminatorio por razón de la nacionalidad o, en el caso de las personas jurídicas, por razón del Estado miembro en que estén establecidas;
- b. necesidad: el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente;
- c. proporcionalidad: el requisito deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo”.

Asimismo la Directiva establece en el apartado 2 del artículo 16 que los Estados miembros no podrán restringir la libre prestación de servicios por parte de un prestador establecido en otro Estado miembro, mediante la imposición de una serie de requisitos que enumera²⁸⁰.

El Capítulo V regula la calidad de los servicios, el Capítulo VI la cooperación administrativa y el Capítulo VII regula el denominado programa de convergencia.

El Capítulo VIII contiene las Disposiciones finales con la entrada en vigor, la incorporación al Derecho interno, etc.

Esencialmente la Directiva de servicios supone, además de la prohibición a los Estados miembros de establecer determinados requisitos para poder acceder o ejercer una determinada actividad de servicio, el sometimiento de aquellas

²⁸⁰ Tales requisitos prohibidos son:

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

condiciones que establezcan los Estados miembros para la prestación de servicios, bien a través de un establecimiento bien sin establecimiento, al respeto del principio de proporcionalidad.

La Directiva establece un plazo para su transposición de tres años.

3. La obligación de respetar la distribución de competencias establecida en el ordenamiento nacional a la hora de transponer el Derecho de la Unión Europea

El Tribunal Constitucional ha señalado reiteradamente en su jurisprudencia que la incorporación de España al proceso de integración europeo y la consiguiente adopción de normas por las instituciones comunitarias no han producido una alteración de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas establecida por nuestro bloque de la constitucionalidad (por ejemplo, en las sentencias 252/1988, 76/1991, 115/1991 y 21/1999). Lo que se traduce en que la ejecución, normativa o administrativa, de las normas comunitarias en el ordenamiento jurídico español corresponde a aquel nivel territorial que, funcional y materialmente, ostente la competencia específica (SSTC 28, 76, 100, 115, 208 y 236/1991; 79, 117, 172/1992; 80 y 141/1993; 14, 29, 165, 191, 213, 313, y 330/1994; 102 y 112/1995; 67 y 147/1996 21 y 208/1999; 96/2002...).

La constante doctrina referida se ha recogido en el artículo 62.3 del nuevo Estatuto de Autonomía de Castilla y León de 2007 cuando afirma que “la Comunidad aplica y desarrolla el Derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias. La existencia de una regulación europea no modifica la distribución interna de competencias establecida por la Constitución y el presente Estatuto”.

La propia Directiva de Servicios afirma, en su considerando 60, que “la presente Directiva, y en particular las disposiciones referentes a los regímenes de autorización y al ámbito territorial de una autorización, no deben interferir en el reparto de competencias regionales o locales en los Estados miembros”.

Cualquier análisis acerca de las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas para transponer la Directiva de servicios ha de partir, por tanto, de tal premisa.

4. La Ley paraguas

La recientemente aprobada *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (en adelante Ley paraguas) establece en su disposición final primera los títulos competenciales en los que se ha basado el Estado para aprobar tal norma cuando afirma que “esta ley, que tiene carácter básico, se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.1^a, 13^a y 18^a de la Constitución Española”²⁸¹.

Se hace necesario analizar, en primer lugar, si la norma adoptada puede encontrarse fundamentada en el artículo 149.1.1 CE que reserva al Estado la competencia exclusiva sobre “la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”.

Igualmente necesario será examinar, en segundo lugar, la interpretación jurisprudencial de la competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.13 CE sobre las “bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”, para ello se examinará la amplia interpretación que ha realizado la jurisprudencia constitucional del alcance de la denominada competencia estatal sobre “ordenación general de la economía”²⁸².

Asimismo analizaremos, en tercer lugar, la interpretación jurisprudencia que se ha dado al tercer título competencial al que se alude en la Ley paraguas, la competencia estatal sobre “las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas” y sobre “el procedimiento administrativo común, sin

²⁸¹ La “Ley Paraguas” será de aplicación a prácticamente todas las actividades de servicios. Sólo se excluirán los servicios financieros, comunicaciones electrónicas, transporte y servicios portuarios, empresas de trabajo temporal, servicios sanitarios y audiovisuales, determinadas actividades de juego, las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública, los servicios sociales prestados en virtud de acuerdo con la Administración o los servicios de seguridad privados. Sobre algunas de las enmiendas planteadas durante el procedimiento de tramitación de la Ley ver RIVERO ORTEGA, Ricardo (2009b): 73 y ss.

²⁸² La jurisprudencia constitucional ha realizado una generosa interpretación del alcance de tal reserva competencial lo que ha permitido al Estado utilizarla con profusión. El Estado ha adoptado, así, con fundamento en la competencia sobre “las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (149.1.13 CE) disposiciones de detalle que, en principio, parecerían quedar fuera de una competencia aparentemente restringida. Así, la más relevante extensión del alcance de la competencia reservada al Estado por el artículo 149.1.13 CE se ha producido como consecuencia de haber interpretado el Tribunal Constitucional que bajo tal competencia se ampara la competencia del Estado para realizar lo que se ha denominado una “ordenación general de la economía”.

perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas" (art. 149.1. 18 CE)²⁸³.

En cuarto lugar, analizaremos el carácter básico de la norma estatal.

Y finalmente, y en quinto lugar, nos referiremos a los pretendidos efectos derogatorios de la Ley paraguas.

4.1 EL ARTÍCULO 149.1.1 CE COMO FUNDAMENTO COMPETENCIAL DE LA LEY PARAGUAS

El artículo 149.1.1 de la Constitución reserva al Estado la competencia exclusiva sobre "la regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales".

La Ley paraguas regularía las condiciones básicas que garantizarían la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a la libertad de empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución, pues el propósito fundamental de la Ley paraguas, que no hace sino reproducir los principios recogidos en la Directiva de servicios, no es otro que el sometimiento de aquellas condiciones que puedan establecer los poderes públicos para la prestación de servicios al respeto del principio de proporcionalidad.

Coincidimos con Pemán en que a través de esta cláusula, a través del artículo 149.1.1 CE, el constituyente vino a salvar los problemas derivados de un posible "olvido" del artículo 149.1 a la hora de atribuir competencias al Estado para preservar la unidad y aunque la 149.1.1 CE abre la enumeración

²⁸³ Algunos preceptos que pueda dictar el Estado, por ejemplo, los preceptos relativos a la ventanilla única son ejercicio de la competencia del Estado sobre procedimiento administrativo común (artículo 149.1.18^a) siendo de aplicación general a todas las Administraciones Públicas. Ello no impide a las CCAA que, en los casos en que la competencia legislativa sobre una materia haya sido atribuida a una Comunidad Autónoma, corresponda a esta la aprobación de las normas de procedimiento administrativo destinadas a ejecutarla, normas que deberán respetar en todo caso las reglas del procedimiento establecidas en la legislación del Estado.

de competencias exclusivas del Estado del artículo 149.1, puede considerarse una regla de cierre del sistema de distribución de competencias²⁸⁴.

El Tribunal Constitucional en su STC 290/2000 afirmaba que “el constituyente ha querido introducir mediante la cláusula del art. 149.1.1 CE la garantía de los derechos fundamentales en el pórtico del reparto competencial y, a este fin, que ha apoderado al Estado para asegurar su respeto en todo el territorio nacional mediante el establecimiento de aquellas “condiciones básicas” que hagan posible que el disfrute de tales derechos sea igual para todos los españoles” (FJ 14).

De la literalidad del precepto constitucional se desprende que el Estado tiene atribuida la competencia para promover un objetivo: “la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes contenidos en la norma fundamental”, a través de un instrumento: “la regulación de las condiciones básicas que garanticen aquella igualdad”.

Un primera cuestión que se plantea es la relativa a la determinación de cuáles son los derechos a los que se refiere el artículo 149.1.1. En torno a ella surgió en su momento una importante disputa doctrinal.

Para Aja el principal sentido del artículo 149.1.1 CE sería otorgar al Estado un título competencial para la realización del principio social (art. 1.1 CE) y de la cláusula de transformación social (art. 9.2 CE)²⁸⁵. La condición para que el Estado pudiese hacer uso del título de intervención establecido en el

²⁸⁴ PEMÁN GAVÍN, Juan (1992): 230, y PEMÁN GAVÍN, Juan (2009). En este sentido la interpretación más plausible del artículo 149.1.1 es aquella que permite al Estado regular aquellas materias que han quedado fuera del listado de competencias estatales materiales establecido en el resto de apartados del 149.1, y que a pesar de haber sido asumidas por los Estatutos, podrían ser objeto de una normación estatal garantizadora de la igualdad en virtud del apartado 1 del artículo 149.1 CE. A esta plausible interpretación se refiere LÓPEZ GUERRA para, sin embargo, criticarla. LÓPEZ GUERRA, LUÍS (1990): 85 y ss.

²⁸⁵ Para este autor “decisiones que en principio son competencia de las Comunidades Autónomas (condiciones para los minusválidos, servicios para la tercera edad, guarderías infantiles, o tratamientos para la drogadicción) y que el Estado no podría, sin forzar los demás títulos competenciales regular, podrían ser regulados en ejercicio del artículo 149.1.1 que sería un precepto que permitiría hacer prevalecer al principio social consagrado en el artículo 1.1 CE sobre el principio de autonomía. AJA, Eliseo (1992): 39 y ss. La interpretación del 149.1.1 CE como mecanismo para asegurar el ejercicio de los derechos sociales en condiciones de igualdad en SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José (1999), “El Estado social como Estado autonómico”. Teoría y Realidad Constitucional nº 3, 1 semestre. UNED.

artículo 149.1.1 CE sería que careciese de otro título que le permitiese conseguir el mismo objetivo de garantizar la igualdad de los derechos y deberes²⁸⁶.

Si se considera que el art. 149.1.1. CE es un precepto atributivo de competencias que permite al Estado regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales, nada impediría que entre esos derechos se puedan incluir los derechos constitucionales *expressis verbis* a los que aluden algunos preceptos del Capítulos Tercero (derecho a la protección de la salud, art. 43; derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, art. 45; derecho a disfrutar de una vivienda, art. 47). Así lo señala López Guerra que recuerda que “la garantía que se persigue versa sobre la igualdad en el ejercicio de derechos y cumplimiento de deberes constitucionales; y la extensión de esa garantía no se reduce a una categoría reducida de derechos, como podría ser la afectada por la exigencia de ley orgánica, la protegida por el recurso de amparo, o la reservada explícitamente a la ley por el artículo 53.1. La dicción genérica del precepto (“derechos y deberes constitucionales”) la extiende a los derechos y deberes presentes en todo el texto constitucional, lo que incluye, por ejemplo, el derecho al uso del castellano (art. 3), el derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada (art. 47) o el derecho de los ciudadanos a ser indemnizados por lesiones sufridas a consecuencia del funcionamiento de servicios públicos (art. 106.2)”²⁸⁷.

En el mismo sentido considera Aragón que el artículo 149.1.1 CE es una regla atributiva de competencias a favor del Estado que abarca la totalidad de las obligaciones y derechos contenidos en la Constitución. En este sentido considera que “todos los derechos aludidos en el Capítulo 3 del Título I (donde bajo la rúbrica general de “principios rectores de la política social y económica” se encuentra el núcleo principal del cometido del Estados social) están incluidos en el ámbito de la regla atributiva de competencias formulada en el artículo 149.1.1 CE”²⁸⁸.

²⁸⁶ Desempeña por tanto una función de cláusula de cierre. AJA, Eliseo (1992): 39 y ss

²⁸⁷ LÓPEZ GUERRA, LUIS (1990): 83-84.

²⁸⁸ ARAGÓN REYES, Manuel (1995): 131-132.

Y así parece interpretarse por el Tribunal Constitucional, que en la Sentencia 15/1989, de 30 de enero, en la que se discutía la competencia del Estado para dictar la Ley 26/1984 General para la defensa de Consumidores y Usuarios afirmó que “de los artículos 51 y 149.1.1 de la Constitución deriva una competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en cuanto a la defensa como consumidores y usuarios”. Ello supone el reconocimiento de que los derechos a los que se refiere el artículo 149.1.1 CE incluye los derechos económicos y sociales contenidos en el Capítulo III del Título I²⁸⁹. Algunos de estos derechos pueden, precisamente, encontrarse involucrados en la transposición de la Directiva de servicios como podría ser el caso, precisamente, de los derechos de consumidores y usuarios contemplados en el artículo 51 CE.

Frente a esta interpretación amplia de aquellos derechos cuyo ejercicio igual es susceptible de ser promovido mediante la competencia atribuida al Estado en el artículo 149.1.1 CE, encontramos aquella otra doctrina que mantiene una interpretación restrictiva, pues considera que los principios contenidos en el Capítulo III del Título I, a pesar de referirse nominalmente a derechos, no reconocen por sí mismos derechos subjetivos de ningún tipo²⁹⁰.

En este sentido para Lasagabaster el artículo 149.1.1 CE difícilmente puede encontrar aplicación en relación con las políticas sociales porque estas no están recogidas con el rango de derechos subjetivos en la Constitución²⁹¹.

²⁸⁹ Sin embargo, frente a tal interpretación se ha argumentado que si el Estado dispusiera de la posibilidad de establecer regulaciones uniformes relativas a las condiciones de ejercicio de los derechos contenidos en la sección primera y segunda del capítulo II así como los del capítulo III, dispondría de una competencia prácticamente universal en acto, independientemente del reparto competencial.

²⁹⁰ QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2006c): 3 y ss.

²⁹¹ Para Lasagabaster la jurisprudencia del Tribunal Constitucional “hace referencia al artículo 149.1.1 CE refiriéndolo a los derechos que la Constitución reconoce entre los que forzosamente pueden incluirse los derechos vinculados al capítulo III del Título I de la Constitución”. LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (2007): 138 y ss.

A pesar de las dudas doctrinales, que no jurisprudenciales²⁹², que pudieran surgir en relación a si los derechos contenidos en el Capítulo III del Título I se encuentran incluidos entre aquellos cuya igualdad puede ser promovida por el Estado en ejercicio de la competencia establecida en el artículo 149.1.1 CE, lo que no plantea duda alguna es que los derechos contenidos en el Capítulo II del Título I sí se encuentran incluidos.

En efecto, entre los derechos cuyo ejercicio igual puede ser promovido por el Estado encontramos la libertad de empresa (art. 38 CE) o el derecho de propiedad (art. 33 CE). Precisamente el artículo 149.1.1 CE estaría atribuyendo al Estado un instrumento esencial para promover el mercado nacional único al permitir que mediante el ejercicio de la competencia atribuida al Estado en tal precepto éste pueda establecer condiciones iguales de ejercicio de la actividad económica en todo el territorio nacional²⁹³.

La Ley paraguas no haría otra cosa que concretar, con carácter general, el contenido del artículo 38 de la Constitución²⁹⁴.

Una segunda cuestión que se plantea es la relativa a si el artículo 149.1.1 constituye un precepto atributivo de competencias. La jurisprudencia constitucional anterior a la STC 61/1997 –donde el Tribunal Constitucional afirmó con rotundidad el carácter de título competencial autónomo del artículo 149.1.1 CE– pareció, en alguna ocasión, negar el carácter de título competencial autónomo al precepto. Así en la STC 152/1988 el Tribunal Constitu-

²⁹² Tampoco parece haber dudas legislativas, pues el Estado ha fundamentado en el artículo 149.1.1 su competencia para dictar la ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. La Exposición de Motivos de la ley señala que “la competencia exclusiva del Estado para la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, (artículo 149.1.1 CE), justifica la regulación, por parte de esta ley, de las condiciones básicas de promoción de la autonomía personal y de la atención a las personas en situación de dependencia mediante la creación de un Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia con la colaboración y participación de todas las Administraciones Públicas, y con pleno respeto a las competencias que las mismas hayan asumido en materia de asistencia social en desarrollo del artículo 148.1.20 de la Constitución.”

²⁹³ QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2008).

²⁹⁴ Sobre tal concreción ver QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2007); QUADRA-SALCEDO y FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (2009a); SALVADOR ARMENDARIZ, María Amparo (2009a); SALVADOR ARMENDARIZ, María Amparo (2009b) y SALVADOR ARMENDARIZ, María Amparo (2009c). Sobre la libertad de empresa en nuestro ordenamiento constitucional el ya clásico de CIDONCHA MARTÍN, Antonio (2006).

cional, ante la justificación por la representación del Estado de la adopción de una serie de medidas sobre vivienda en ejercicio del artículo 149.1.1 CE²⁹⁵, afirmará que la “función de garantía básica en lo que atañe al derecho a disfrutar de una vivienda digna, es la que puede y debe desempeñar el Estado al instrumentar sus competencias sobre las bases y coordinación de la planificación económica del subsector vivienda y de ordenación del crédito” (competencias contenidas en los números 149.1.13 y 149.1.11 de la Constitución) y añadió que “la persecución del interés general –en este caso, el relativo a la garantía de una vivienda adecuada para todos los españoles– se ha de materializar “a través de”, no “a pesar de” los sistemas de reparto de competencias articulados en la CE”. Afirmación que parece poner en cuestión que el artículo 149.1.1 CE constituya un título competencial autónomo del Estado²⁹⁶.

Señala López Guerra que si bien es cierto que de la jurisprudencia constitucional de los años 80 se desprende que el artículo 149.1.1 CE resultaba un factor de interpretación del alcance de las demás competencias reservadas al Estado, al mismo tiempo, la jurisprudencia constitucional nunca excluyó explícitamente la posibilidad de su aplicación autónoma en el supuesto aparentemente excepcional de que no existiesen otras competencias a las que el Estado se pudiese acoger para regular²⁹⁷. Esta interpretación de lo realizado por la jurisprudencia constitucional, más coherente con la dicción constitucional, supondría que el artículo 149.1.1 CE constituiría un título competencial autónomo del Estado de cierre, que al mismo tiempo cumpliría una función de interpretación del alcance de los demás títulos.

²⁹⁵ El Abogado del Estado apoya sus pretensiones en lo que disponen los arts. 47 y 149.1.1 de la Constitución, es decir, en la competencia del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho constitucional a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

²⁹⁶ Precisamente Rubio Llorente en su voto particular en la STC 152/1988 propone la utilización del 149.1.1 frente al 149.1.13. Para Rubio el sentido primordial del plan de protección de viviendas es procurar dar realidad al derecho a una vivienda digna y adecuada que el art. 47 de la Constitución reconoce a todos los españoles y no el de incidir sobre un sector de la actividad económica. Visto desde esta perspectiva, el mencionado plan puede ser entendido como una actuación producida, no al amparo del párrafo 13, sino más bien del párrafo primero del apartado 1º del art. 149, como un esfuerzo por asegurar un mínimo igual en el ejercicio (en rigor en el disfrute), de un derecho constitucional.

²⁹⁷ LÓPEZ GUERRA, Luís (1990): 88 y ss.

La STC 61/1997 vino a clarificar los términos del debate al considerar que el artículo 149.1.1 CE constituye también un título competencial autónomo del Estado²⁹⁸; diferenciándolo de otros preceptos constitucionales, tales como los artículos 138.2, 139.1, o incluso el 139.2, que constituirían presupuestos o límites al ejercicio de competencias, pero no títulos competenciales.

La clara afirmación jurisprudencial del carácter de título competencial autónomo, positivo o habilitante del Estado del artículo 149.1.1 CE zanjó el debate de la naturaleza jurídica del precepto y supuso el rechazo de aquellas posiciones que habían venido defendiendo, hasta entonces, que tal artículo carecería del carácter de título competencial.

Así, por ejemplo, para De Otto, Baño León o Cascajo, el artículo 149.1.1 CE carecería de un ámbito propio y autónomo de aplicación y sería un precepto que sirve, más bien, para interpretar aquellas competencias específicamente previstas en otras disposiciones constitucionales sin añadir nuevas materias a las ya reservadas al Estado²⁹⁹.

Frente a tales concepciones, negadores de su carácter de título competencial autónomo, señalaría cabalmente el profesor Aja que la ubicación sistemática del artículo 149.1.1 CE en el frontispicio de las competencias del Estado impide reducirlo a criterio de interpretación de otras competencias o incluso a un mero límite negativo a las Comunidades Autónomas³⁰⁰.

²⁹⁸ El artículo 149.1.1 atribuiría competencias normativas al Estado. Tal como afirma el Tribunal Constitucional sería un título competencial “constreñido al ámbito normativo”. STC 61/1997, de 20 de marzo, FJ 7 b).

²⁹⁹ OTTO Y PARDO, Ignacio (1986): 174 y ss. Señala Baño que tratar de configurar como una competencia algo cuyo ámbito material es ilimitado es reprochable y constitucionalmente peligroso. La determinación del espacio competencial autonómico no puede quedar a la voluntad del legislador estatal, cosa que ocurriría si se interpreta el artículo 149.1.1 CE como una competencia específica del Estado. La necesaria pluralidad y diversidad en el Estado autonómico quedaría reducida a la nada si el artículo 149.1.1 CE se interpreta pura y simplemente como un título competencial estatal, BAÑO LEÓN, José María (1988): 266-269; CASCAJO CASTRO, José Luís (1990) Igualmente para Beltrán Aguirre el uso del artículo 149.1.1 CE como título competencial privaría de sentido a las normas de distribución de competencias contenidas en el artículo 148.1

³⁰⁰ AJA, Eliseo (1992): 28.

Ahora bien, sí en la STC 61/1997 parece desecharse definitivamente aquella concepción que niega el carácter atributivo de competencias al precepto y se afirma el carácter de título competencial autónomo del artículo 149.1.1 CE, al tiempo, en esa misma sentencia, se procurará limitar el alcance del mismo negando su condición de título competencial horizontal y realizando una interpretación restrictiva del alcance de la competencia reservada al Estado en aquel precepto.

Así, el artículo 149.1.1 CE se aceptaría por el Tribunal Constitucional como título autónomo de atribución de competencias al Estado, pero de alcance más restringido del que se desprendería de su literalidad.

La interpretación restrictiva realizada por la jurisprudencia constitucional del alcance de lo atribuido al Estado en el artículo 149.1.1 CE ha supuesto, en la práctica, transmutar una competencia estatal para la consecución de un objetivo: “la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes contenidos en la norma fundamental”, en una competencia estatal para la regulación de una materia: el régimen jurídico básico de los derechos y deberes. Ha supuesto transmutar una competencia horizontal definida en función de la consecución de un amplio objetivo en una competencia material sobre determinados aspectos básicos de la materia.

El argumento que se ha utilizado por el Tribunal Constitucional para interpretar restrictivamente el alcance de la competencia atribuida al Estado en el artículo 149.1.1 CE, es el mismo argumento que utilizaban aquellos autores que propugnaban que el artículo 149.1.1 CE debía carecer de la condición de título atributivo de una competencia autónoma al Estado: la necesidad de evitar el vaciamiento o la invasión de las competencias autonómicas.

Si en 1991 una extendida opinión doctrinal mantenía que la generalidad de los términos del artículo 149.1.1 CE implicaba un peligro tan grande para las competencias de las Comunidades Autónomas que se imponía negar su carácter de competencia estatal³⁰¹, la jurisprudencia posterior, sin acoger

³⁰¹ Recuerda AJA como para muchos autores el artículo 149.1.1 se constituiría en un criterio de interpretación del resto de competencias del Estado, un límite negativo de las competencias autonómicas, o, en último extremo en un título complementario de otras competencias que evita aplicarlo como título autónomo. AJA, Eliseo (1992): 27 y ss.

completamente la consecuencia, –la negación de su carácter de competencia estatal– ha coincidido, sin embargo, con el diagnóstico –el peligro que implica para las competencias autonómicas–; y ante tal peligro ha derivado una consecuencia que lo mitigue: una interpretación restrictiva del alcance de lo atribuido.

Interpretación restrictiva del alcance de lo atribuido al Estado que se ha tratado de justificar en que lo contrario sería incompatible con la opción por un Estado territorialmente descentralizado contenida en nuestra Constitución.

La restrictiva interpretación del alcance de la competencia atribuida al Estado en el artículo 149.1.1 CE que se realiza en la STC 61/1997 se encontraba, en buena medida, ya anticipada en la STC 156/1995, de 26 de octubre, donde el Tribunal Constitucional, tras afirmar que en virtud del artículo 149.1.1 CE el Estado podía regular el contenido básico o primario del derecho de propiedad en la medida en que afecte a las condiciones básicas de su ejercicio, afirmaba que “el propio tenor del precepto (del artículo 149.1.1) deja claro que la igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional (lo que por otra parte sería incompatible con la opción por un Estado territorialmente descentralizado), sino la que queda garantizada por el establecimiento de unas condiciones básicas, que, por tanto, establecen un mínimo común denominador y cuya regulación, ésta sí, es competencia del Estado”³⁰².

El Tribunal Constitucional en la STC 61/1997 delimita positivamente la competencia del artículo 149.1.1 CE. Para el Tribunal Constitucional “la «materia» sobre la que recae o proyecta la competencia atribuida al Estado en el artículo 149.1.1 son los derechos constitucionales en sentido estricto, así como los deberes básicos”³⁰³. Ahora bien, señala el Tribunal Constitucional que “las condiciones básicas que garanticen la igualdad se predicen de los derechos y deberes constitucionales en sí mismos considerados, y no de los

³⁰² STC 156/1995, de 26 de octubre, FJ 5.

³⁰³ STC 61/1997, 7 b). Nada impide que entre esos derechos se pueda incluir los derechos constitucionales a los que aluden algunos preceptos del Capítulo Tercero (derecho a la protección de la salud, art. 43; derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado, art. 45; derecho a disfrutar de una vivienda, art. 47).

sectores materiales en los que éstos se insertan y, en consecuencia, el art. 149.1.1. CE sólo presta cobertura a aquellas condiciones que guarden una estrecha relación, directa e inmediata, con los derechos que la Constitución reconoce³⁰⁴. Para el Tribunal Constitucional “de lo contrario, dada la fuerza expansiva de los derechos y la función fundadora de todo el ordenamiento jurídico que éstos tienen atribuida (art. 10.1 CE), quedaría desbordado el ámbito y sentido del art. 149.1.1. CE, que no puede operar como una especie de título horizontal, capaz de introducirse en cualquier materia o sector del ordenamiento por el mero hecho de que pudieran ser reconducibles, siquiera sea remotamente, hacia un derecho o deber constitucional”³⁰⁵.

Para el Tribunal Constitucional el artículo 149.1.1 CE permitiría al Estado una “regulación” del régimen jurídico de derechos y deberes constitucionales, “aunque limitada a las condiciones básicas que garanticen la igualdad, que no el diseño completo y acabado de su régimen jurídico”³⁰⁶. Lo cual supone que la regulación de las condiciones básicas no puede derivar en una norma completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho³⁰⁷.

La jurisprudencia constitucional apela así a una supuesta comprensión sistemática del entero orden competencial –que desplazaría a la interpretación literal e individualizada del artículo 149.1.1 CE–³⁰⁸ para concluir que “las ‘condiciones

³⁰⁴ STC 61/1997, 7 b). Sin embargo, frente a esta restrictiva interpretación encontramos en la doctrina aquella otra que considera que las condiciones básicas pueden referirse tanto a condiciones jurídicas (esto es, especificaciones normativas del ejercicio de los derechos) como a condiciones fácticas (esto es, requisitos materiales para la igualdad en el ejercicio de derechos). LÓPEZ GUERRA, Luis (1990): 81

³⁰⁵ STC 61/1997, FJ 7 b).

³⁰⁶ STC 61/1997, FJ 7 b).

³⁰⁷ Señala Cabellos que “el Tribunal rechaza que la igualdad de derechos y deberes a garantizar en todo el Estado sea una “identidad” de todos los ciudadanos en todas sus posiciones jurídicas sino algo de mucho menor alcance, un mínimo común denominador en materia de derechos y deberes fundamentado en el art. 149.1.1”. CABELLOS ESPIERREZ, Miguel Ángel (2001): 24.

³⁰⁸ Aunque es necesario recordar las palabras de Aja cuando afirma que si bien la interpretación literal tiene escaso peso en el Derecho Constitucional, también constituye un obstáculo decisivo para interpretaciones contrarias a la literalidad del precepto. AJA, Eliseo (1992): 28.

básicas' hacen referencia al contenido primario del derecho, a las denominadas posiciones jurídicas fundamentales (conformadas según la jurisprudencia por las facultades elementales, los límites esenciales, los deberes fundamentales, las prestaciones básicas, ciertas premisas o presupuestos previos...)”³⁰⁹.

No obstante, el propio Tribunal Constitucional ampliará la anterior caracterización del concepto de condiciones básicas al considerar que “dentro de esas ‘condiciones básicas’ cabe entender incluidos, asimismo, aquellos criterios que, sin ser propiamente contenido primario de un derecho, guardan una relación necesaria e inmediata con aquéllas, tales como el objeto o ámbito material sobre el que recaen las facultades que integran el derecho...; los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho...; los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho”³¹⁰.

Para el Tribunal Constitucional “en todo caso, las condiciones básicas han de ser las imprescindibles o necesarias para garantizar esa igualdad, que no puede consistir en una igualdad formal absoluta”³¹¹.

En ésta doctrina del Tribunal Constitucional es posible identificar dos mecanismos de restricción del potencial alcance de la competencia atribuida al Estado en el artículo 149.1.1 CE.

³⁰⁹ STC 61/1997, FJ 8. La definición del alcance de la competencia del Estado recuerda a la definición de la reserva de ley orgánica dada por el Tribunal Constitucional que ha afirmado que tal reserva comprende “la regulación de determinados aspectos esenciales para la definición del derecho, la previsión de su ámbito y la fijación de sus límites en relación con otras libertades constitucionalmente protegidas” SSTC 129/1999, de 1 de julio, FJ 2 y 53/2002, de 27 de febrero, FJ 12. La reciente STC 135/2006, de 27 de abril ha intentado aclarar la diferencia entre lo reservado a la Ley orgánica y lo que puede hacer el Estado en ejercicio de su competencia del art. 149.1.1 CE. “En materia de derechos fundamentales cuyo desarrollo está reservado a ley orgánica (art. 81.1 CE) la capacidad normadora del Estado ex art. 149.1.1 CE puede extenderse más allá de ese desarrollo (circunscrito a la determinación de los elementos nucleares del derecho), incidiendo sobre la regulación del ejercicio del derecho en cuestión, siempre que, de un lado, tal regulación tenga una conexión, directa o indirecta, con aquellos elementos nucleares, y que, de otro, se dirija a garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho (que es la finalidad que justifica la competencias estatal del artículo 149.1.1 CE)” FJ 2, d). Desarrollado infra.

³¹⁰ STC 61/1997, FJ 8.

³¹¹ STC 61/1997, FJ 8. Señala Cabellos que descartada la igualdad real como finalidad perseguida por el artículo 149.1.1, parece que la funcionalidad de éste debe resolverse en el establecimiento por el Estado de unos puntos de partida comunes al ejercicio de cada derecho de manera que en ellos todos los ciudadanos sean iguales. CABELLOS ESPIERREZ, Miguel Ángel (2001): 77.

El primero se deriva de considerar que la competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.1 CE es una competencia sobre un ámbito material de la realidad, la regulación del régimen jurídico de los derechos y deberes, y no una competencia transversal u horizontal definida en función de la consecución de un objetivo, lograr la igualdad en el ejercicio de derechos y deberes.

En este sentido, para la jurisprudencia constitucional el Estado no puede, en ejercicio de la competencia atribuida en tal artículo, regular materias o condiciones fácticas no incluidas en lo que se puede considerar que es propiamente el régimen jurídico de un derecho, pese a que aquellas condiciones puedan coadyuvar a su efectiva realización³¹². Para el Tribunal Constitucional “si por ‘condiciones básicas’ hubiera de entenderse cualquier condición “material”, obligado sería concluir que esa interpretación tan amplia habría de conducir a un solapamiento con otras competencias estatales explicitadas en el art. 149.1 CE o, lo que es peor, a una invasión de las competencias autonómicas”³¹³.

La STC 61/1997 diferencia, así, entre la regulación en sentido estricto de los derechos y deberes, y la regulación de los sectores materiales en la que estos se insertan. Al Estado le estaría atribuida en el artículo 149.1.1 CE la competencia para regular los primeros, el régimen jurídico de los derechos y deberes pero no los segundos. Con ello se busca evitar convertir la competencia en horizontal, y de esta manera se busca que no pueda servir para lo que se considera que sería un desapoderamiento de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas³¹⁴.

³¹² Señala DE OTTO que así habría sido considerado por la jurisprudencia constitucional en la sentencia 32/83 donde se justificó la competencia del Estado para la fijación de las bases de las reglamentos técnicas sanitarias de alimentos en la competencia del Estado para garantizar la igualdad de todos los españoles en una condiciones básicas para el ejercicio de su derecho a la salud (art. 51 CE). Para OTTO tales reglamentaciones sobre alimentos no constituyen propiamente regulaciones del derecho a la salud.

³¹³ Para el Tribunal Constitucional “si nos referimos al ámbito urbanístico y de la ordenación del territorio, bastaría con que el Estado invocara la regulación de las condiciones básicas de igualdad -sociales, económicas, políticas y jurídicas- para el ejercicio de la propiedad urbana y la libertad de empresa, por ejemplo, para que pudiera dictar una norma de una amplitud tal que poco les restaría a las Comunidades Autónomas de esta competencia exclusiva en materia de urbanismo”. STC 61/1997, FJ 8.

³¹⁴ TUDELA ARANDA, José (2003): 258 y DÍAZ LEMA, José María (1999): 66.

El segundo mecanismo de restricción del alcance de la competencia atribuida en el artículo 149.1.1 CE se deriva de considerar que el Estado no puede, en ejercicio de tal competencia, garantizar una igualdad absoluta en el ejercicio de los derechos mediante la regulación de su entero régimen jurídico, pues tal precepto le atribuye al Estado la competencia para regular las condiciones básicas que según el Tribunal Constitucional han de ser aquellas imprescindibles o necesarias para garantizar la igualdad, pero no una igualdad formal absoluta. Para la STC 61/1997 el objeto del 149.1.1 CE sería la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales³¹⁵.

En este sentido recordemos que para el Tribunal Constitucional “la igualdad que se persigue no es la identidad de las situaciones jurídicas de todos los ciudadanos en cualquier zona del territorio nacional, sino la que queda garantizada con el establecimiento de las condiciones básicas, que, por tanto, establecen un mínimo común denominador”³¹⁶. El Estado tendría la competencia para establecer un mínimo común en el régimen jurídico de los derechos sin que ello suponga el establecimiento de unas condiciones uniformes en todo el territorio nacional.

Recapitulando, para el Tribunal Constitucional el artículo 149.1.1 CE atribuiría al Estado la competencia para regular los derechos y deberes constitucionales pero no los sectores materiales en que éstos se insertan. No obstante la competencia del Estado para regular los derechos y deberes constitucionales se limitaría a la regulación de las posiciones jurídicas fundamentales de los ciudadanos y no su entero régimen jurídico. Estas dos limitaciones supondrían que el Estado no tiene la capacidad de garantizar una igualdad absoluta sino un mínimo común denominador.

Y precisamente bajo tal caracterización de la competencia del Estado sería posible incluir importantes aspectos de la Directiva de Servicios que precisamente, supone el sometimiento al principio de proporcionalidad de todas aquellas regulaciones estatales que establecen condiciones para la prestación

³¹⁵ Este segundo mecanismo trataría de determinar, una vez que se ha afirmado que es el derecho o deber como tal el objeto de la regulación estatal ex art. 149.1.1 CE –y no el sector material en el que se insertan los derechos o deberes–, qué de entre todo lo regulable de aquellos corresponde abarcar a las condiciones básicas. CABELLOS ESPIERREZ, Miguel Ángel (2001): 179.

³¹⁶ STC 61/1997, FJ 9.

de servicios, suponiendo por tanto el establecimiento de unas condiciones básicas de ejercicio del derecho a la libertad de empresa iguales para todos los operadores económicos³¹⁷. Recordemos que de acuerdo con la STC 61/1997 “las “condiciones básicas” harían referencia “a los deberes, requisitos o condiciones básicas en que ha de ejercerse un derecho..., los requisitos indispensables o el marco organizativo que posibilitan el ejercicio mismo del derecho”³¹⁸, en nuestro caso el de libertad de empresa, todos ellos aspectos que precisamente constituyen el contenido fundamental de la Directiva de Servicios que se ha trasladado a la Ley paraguas.

4.2 EL ARTÍCULO 149.1.13 CE COMO FUNDAMENTO COMPETENCIAL DE LA LEY PARAGUAS

El artículo 149.1.13 de la Constitución reserva al Estado la competencia exclusiva sobre “las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”.

La jurisprudencia constitucional ha realizado un generosa interpretación del alcance de tal reserva competencial lo que ha permitido al Estado utilizarla con profusión. El Estado ha adoptado, así, con fundamento en la competencia sobre “las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” (149.1.13 CE) disposiciones de detalle que, en principio, parecerían quedar fuera de una competencia aparentemente restringida³¹⁹.

³¹⁷ La consecuencia fundamental de la norma comunitaria sería el sometimiento de las disposiciones nacionales que regulan la prestación de servicios a un nuevo parámetro para determinar su conformidad con el ordenamiento: el principio de proporcionalidad. Principio al que no quedarían sometidas las regulaciones nacionales antes de la entrada en vigor de la Directiva como consecuencia de la laxitud del escrutinio al que son sometidas las normas estatales que afectan a derechos fundamentales económicos nacionales. El nuevo parámetro establecido en la Directiva para juzgar las normas estatales, el juicio de proporcionalidad es, en la práctica, más intenso que el parámetro nacional utilizado hasta ahora para juzgar esas mismas normas, el juicio de razonabilidad. La Directiva en este aspecto supone una potencial desregulación del mercado. QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2007).

³¹⁸ STC 61/1997, FJ 8.

³¹⁹ Sobre la necesidad, que compartimos, de interpretar restrictivamente el alcance de la competencia atribuida en el artículo 149.1.13 CARRASCO DURÁN, Manuel (2005).

En efecto, la norma fundamental, al reservar al Estado la competencia sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica en el artículo 149.1.13 CE, ha utilizado unos términos que, indudablemente, pretenden limitar la capacidad de actuación del Estado (los términos “bases”, “coordinación” o “planificación general” así lo demostrarían). Sin embargo, y frente a los propios términos en los que está enunciado el precepto, la jurisprudencia constitucional ha interpretado extensivamente el alcance de la competencia reservada al Estado en aquel artículo.

La más relevante extensión del alcance de la competencia reservada al Estado por el artículo 149.1.13 CE se ha producido como consecuencia de haber interpretado el Tribunal Constitucional que bajo tal competencia “sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” se ampara la competencia del Estado para realizar lo que se ha denominado una “ordenación general de la economía”³²⁰.

Ciertamente, el título competencial estatal sobre la “ordenación general de la economía” no siempre se ha residenciado, por la doctrina y la jurisprudencia constitucional, en la competencia reservada al Estado por el artículo 149.1.13 CE, pues a lo largo del tiempo se habría justificado doctrinalmente tal competencia estatal con tres razonamientos diferenciados:

1. El primer razonamiento consideraría la ordenación general de la economía como un título competencial del Estado reconocido por algunos Estatutos de Autonomía. Estatutos que habrían atribuido competencias a las respectivas Comunidades Autónomas en el marco de la competencia del Estado sobre ordenación general de la economía. La competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía tendría, así, un origen estatutario derivado del hecho de haber sido excluida expresamente como competencia autonómica en sus respectivos Estatutos y corresponder por tanto al Estado en virtud del artículo 149.3 CE.
2. El segundo razonamiento consideraría la ordenación general de la economía como un título competencial estatal derivado del artículo

³²⁰ La jurisprudencia constitucional también se ha referido a “ordenación de la economía en su conjunto”, “dirección de la actividad económica general”, “ordenación de la actividad económica general” y otros términos similares.

149.1.13 CE. La competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía sería un ejercicio de la competencia del Estado sobre “las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”.

3. El tercer razonamiento consideraría la ordenación general de la economía como un título competencial estatal implícitamente reservado al Estado por la norma fundamental, aunque no necesariamente en el artículo 149.1.13 CE.

El Tribunal Constitucional ha tenido a la hora de fundamentar la “nueva” competencia estatal sobre la ordenación general de la economía una jurisprudencia variable, si bien habría acabado radicando la competencia sobre ordenación general de la economía en la competencia reservada al Estado por el artículo 149.1.13 CE “sobre bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”.

1. Sin embargo, en algunas sentencias de los 80, el Tribunal Constitucional pareció acoger el primer razonamiento referido y fundamentó la competencia estatal sobre ordenación general de la economía en el reconocimiento estatutario de la misma. En estas sentencias el Tribunal Constitucional diferenciará entre la competencia del Estado sobre “las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica” y la competencia del Estado sobre “la ordenación general de la economía”³²¹.

Así, en su STC 29/1986, de 20 de febrero, el Tribunal Constitucional parece realizar una distinción nítida entre la competencia que le reserva al Estado el artículo 149.1.13 de la Constitución y la competencia del Estado sobre ordenación general de la economía, la cual parecería ser una competencia

³²¹ Así, por ejemplo, de acuerdo con el artículo 34 del viejo Estatuto de Autonomía de Castilla y León la Comunidad tendrá la competencia de desarrollo normativo y de ejecución en materia de defensa del consumidor y del usuario, “de acuerdo con las bases y *con la ordenación de la actividad económica general*”, igualmente de acuerdo con el artículo 56 del viejo Estatuto de Autonomía de Aragón, “el ejercicio por parte de los órganos de la Comunidad Autónoma de las competencias de naturaleza económica que con carácter de exclusivas o concurrentes se le reconocen en el presente Estatuto serán actuadas de acuerdo *con la ordenación de la actividad económica general* y de la política monetaria del Estado en el marco de los objetivos de política social y económica del Gobierno de la Nación y con respeto pleno al principio de libertad de Empresa reconocido en el artículo 38 de la Constitución sin que en ningún caso dicho ejercicio pueda suponer, directa o indirectamente, fraccionamiento o ruptura de la unidad económica del mercado nacional”.

estatal derivada del hecho de no haber sido asumida por las Comunidades Autónomas en sus respectivos Estatutos y corresponder por tanto al Estado en virtud del artículo 149.3 CE.

Para el Tribunal Constitucional “la Comunidad Autónoma es titular de las competencias asumidas en su Estatuto, con los límites derivados de la Constitución (en particular del art. 149.1.13 que reserva a la competencia exclusiva del Estado las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica), y (con los límites derivados) de los términos en que se ha asumido la competencia (en el Estatuto), que aparece limitada por la ordenación de la actuación económica general”³²².

Para el Tribunal Constitucional “cuando para conseguir objetivos de la política económica nacional, se precise una acción unitaria en el conjunto del territorio del Estado, por la necesidad de asegurar un tratamiento uniforme de determinados problemas económicos o por la estrecha interdependencia de las actuaciones a realizar en distintas partes del territorio nacional, el Estado en el ejercicio de la competencia de ordenación de la actuación económica general podrá efectuar una planificación de detalle, siempre, y sólo en tales supuestos, que la necesaria coherencia de la política económica general exija decisiones unitarias y no pueda articularse sin riesgo para la unidad económica del Estado a través de la fijación de bases y medidas de coordinación”³²³.

Así, la competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía se justifica en los términos en que se ha asumido estatutariamente la competencia por la Comunidad Autónoma que en el caso concreto que se discutía aparece limitada por la ordenación de la actuación económica general. Los términos en que se ha asumido la competencia estatutaria-

³²² STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 4. Según el art. 30.1.7 del Estatuto de Autonomía de Galicia “de acuerdo con las bases y la ordenación de la actuación económica general y la política monetaria del Estado, corresponde a la Comunidad Autónoma Gallega, en los términos de lo dispuesto en los arts. 38, 131 y 149, 1, 11 y 13, de la Constitución, la competencia exclusiva en las siguientes materias: Siete. El desarrollo y ejecución en Galicia de: a) Los planes establecidos por el Estado para la reestructuración de sectores económicos. b) Programas genéricos para Galicia estimuladores de la ampliación de actividades productivas e implantación de nuevas Empresas. c) Programa de actuación referidos a comarcas deprimidas o en crisis”.

³²³ STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 4.

mente parecen, a su vez, justificarse en la necesidad de reconocer al Estado la capacidad de regular cuando se precise “una acción unitaria en el conjunto del territorio del Estado, por la necesidad de asegurar un tratamiento uniforme de determinados problemas económicos o por la estrecha interdependencia de las actuaciones a realizar en distintas partes del territorio nacional”³²⁴.

La diferencia de la competencia sobre ordenación general de la economía con la competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.13 CE parece clara: la competencia del Estado sobre la ordenación de la actuación económica general le permitiría al Estado establecer una planificación de detalle mientras que la competencia reservada en el artículo 149.1.13 CE únicamente le permitiría la fijación de bases y medidas de coordinación.

Para Balza ésta STC 29/1986 habría supuesto un punto de inflexión en la jurisprudencia constitucional al aparecer la idea de un ámbito funcional no reservado inicialmente al Estado en el apartado 13 del artículo 149.1, pero tampoco asumido por los Estatutos: la ordenación general de la economía. Ámbito de potestad superior al reservado en el artículo 149.1.13 CE³²⁵.

Gómez Ferrer, magistrado ponente de la STC 29/1986, en sus textos académicos ha sostenido el fundamento estatutario de la competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía. Así, para este autor, los Estatutos de Autonomía no se limitan a respetar las competencias que la Constitución reserva al Estado en el artículo 149.1.13 sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica, pues al atribuir competencias a las respectivas Comunidades lo hacen “de acuerdo con la ordenación general de la economía”, concepto más amplio que el recogido en el artículo 149.1.13 CE³²⁶. Para Gómez Ferrer la competencia preconstitucional del Estado de ordenación general de la economía constituiría, así, un límite a las competencias asumidas por las Comunidades Autónomas

³²⁴ STC 29/1986, de 20 de febrero, FJ 4.

³²⁵ BALZA AGUILERA, Javier (1990).

³²⁶ GÓMEZ FERRER MORANT, Rafael. (1990): 125. El artículo 148.1.7 señala la ordenación general de la economía como límite a las competencias autonómicas sobre agricultura y ganadería que pueden asumir las Comunidades Autónomas que se constituyan conforme al procedimiento establecido en el artículo 143 CE.

porque así se ha establecido en los respectivos Estatutos³²⁷. Dado que sólo corresponden a las Comunidades Autónomas aquellas competencias que hayan asumido de forma expresa y que los Estatutos respetan explícitamente la competencia del Estado de ordenación general de la economía, entiende Gómez Ferrer que la competencia del Estado queda plenamente fundamentada por el respeto expreso contenido en los Estatutos.

Frente a esta concepción, se ha señalado por algunos autores, que si bien la ordenación general de la economía parecería en los Estatutos de Autonomía como límite de las competencias de las Comunidades Autónomas, la ordenación general de la economía a la que se refieren los Estatutos sería aquella que el Estado debe crear a través del ejercicio de aquellos títulos competenciales que ya tiene atribuidos en el artículo 149.1; y por tanto no es posible derivar de los Estatutos y del artículo 149.3 la atribución de una nueva competencia al Estado diferente de la atribuida en el artículo 149.1.13 CE³²⁸.

Por otra parte, considerar que el origen de la competencia estatal sobre la ordenación general de la economía es estatutario (interpretado de conformidad con el artículo 149.3 CE que atribuye al Estado aquellas competencias no asumidas estatutariamente pudiendo haberlo sido) supone que sí en un nuevo Estatuto se derogasen tales previsiones, el Estado dejaría de tener competencias sobre ordenación general de la economía.

³²⁷ Gómez Ferrer va incluso más lejos pues considera que la ordenación general de la economía podría tratarse de una competencia reservada al Estado, incluso aunque los respectivos Estatutos no la señalasen como límite a la asunción de las competencias autonómicas. En efecto, para Gómez Ferrer la ordenación general de la economía podría ser una competencia reservada al Estado de forma implícita en la Constitución ya que podría constituir una proyección de la función de dirección política que atribuye al Gobierno el artículo 97 de la constitución o una proyección del principio de unidad de mercado que también se encontraría recogido en la norma fundamental. GÓMEZ FERRER MORANT, Rafael (1990).

³²⁸ BALZA AGUILERA, Javier (1990): 171 quién señala que la ordenación general de la economía ha de realizarse a través de los instrumentos que en cada materia se han reservado al Estado en el Título VIII. En el mismo sentido Carrasco que considera que de la mención de los Estatutos no cabe deducir la atribución al Estado por vía estatutaria de competencias adicionales a las que le reconoce la Constitución sobre la actividad económica. Para este autor la fórmula utilizada en los Estatutos es una manera sintética de aludir a la necesidad de que las Comunidades Autónomas respeten en el ejercicio de sus competencias el conjunto de competencias que el Estado tiene reconocidas sobre las actividades económicas. CARRASCO DURÁN, Manuel (2005): 228. En igual sentido ALBERTÍ ROVIRA, Enoch (1986 a): 166 y ss. y VIVER I PI-SUNYER, Carles (1988): 117, que considera que el hecho de que algunos Estatutos al atribuir competencias económicas a las respectivas Comunidades Autónomas lo hagan de acuerdo con la ordenación de la actividad económica general no significa que tales cláusulas estatutarias sean títulos habilitantes de nuevas competencias estatales.

Ello sería precisamente lo que habría ocurrido en el caso de Castilla y León donde, por ejemplo, el nuevo Estatuto de Autonomía de 2007 habría suprimido la explícita referencia a la ordenación general de la economía como limitación de la competencia autonómica sobre defensa de consumidores que se realizaba en el antiguo Estatuto.

En efecto, mientras que el artículo 34 del viejo Estatuto atribuía a la Comunidad la competencia de desarrollo normativo y de ejecución en materia de defensa del consumidor y del usuario, “de acuerdo con las bases y *con la ordenación de la actividad económica general*”, el artículo 71 del nuevo Estatuto atribuye a la Comunidad la competencia de desarrollo normativo y de ejecución en materia de defensa de los consumidores y usuarios.

2. Sea como fuere, el Tribunal Constitucional, simultáneamente a sostener que la ordenación general de la economía es un título estatal derivado de la manera en que se ha realizado la asunción competencial en los primeros Estatutos, comienza a vincular en los 80, acogiendo así el segundo razonamiento que señalábamos, la competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía con la competencia reservada al Estado por el artículo 149.1.13 CE “sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”.

Así, en la STC 1/1982 el Tribunal Constitucional, tras señalar que el precepto estatutario enmarca la competencia autonómica dentro del respeto («de acuerdo con») a la «ordenación general de la economía», parece vincular tal concepto con el del artículo 149.1.13 cuando afirma que “el Estado tiene competencia «exclusiva» *precisamente* para las «bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica» (art. 149.1.13 de la CE)”.

La vinculación entre ambos conceptos es clara en la STC 186/1988 donde el Alto Tribunal señalará que “las facultades de ordenación general de la economía (están) reservadas con carácter general al Estado por el artículo 149.1.13 CE”³²⁹.

³²⁹ STC 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2. Señala Carrasco que el Tribunal Constitucional habría seleccionado finalmente la competencia sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica reconocida al Estado en el artículo 149.1.13 de la Constitución como el cajón de sastre en el cual incluir todas las facultades permitidas al Estado a partir de una apreciación coyuntural de lo que en cada caso y circunstancia pueda considerarse necesario para el mantenimiento de la unidad económica. CARRASCO DURÁN, Manuel (2005).

Y se mantiene en jurisprudencia más reciente, así, por ejemplo, en la STC 95/2001 donde el Tribunal afirma que “según reiterada jurisprudencia de este Tribunal, la competencia estatal en materia de “ordenación general de la economía” (art. 149.1.13 CE)...”.

La jurisprudencia constitucional ha justificado la inclusión de la ordenación general de la economía en el artículo 149.1.13 CE en la necesidad de salvaguardar determinados principios constitucionales como son los de unidad de mercado o unidad de la política económica.

Así, por ejemplo, el Tribunal Constitucional en su STC 225/1993 afirmaba que “en correspondencia con el presupuesto de un único orden económico nacional y la consiguiente existencia de un mercado nacional único, esta competencia estatal (la del 149.1.13 CE) se extiende a un conjunto muy amplio de materias; justificándose la intervención del Estado siempre que para la necesaria coherencia de la política económica general sea preciso adoptar decisiones unitarias”³³⁰.

Para Albertí el Tribunal Constitucional habría procedido a reconstruir las competencias estatales en política económica a partir del principio de unidad económica, principio del que el Alto Tribunal habría derivado a su vez la necesidad de asegurar una dirección unitaria de la política económica³³¹.

³³⁰ STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 9.

³³¹ En este sentido la jurisprudencia constitucional ha afirmado que la competencia estatal en cuanto a la ordenación general de la economía responde al principio de unidad económica y abarca la definición de las líneas de actuación tendientes a alcanzar los objetivos de política económica global o sectorial fijados por la propia Constitución, así como la adopción de las medidas precisas para garantizar la realización de los mismos. La necesaria coherencia de la política económica exige decisiones unitarias que aseguren un tratamiento uniforme de determinados problemas en orden a la consecución de dichos objetivos y evite que, dada la estrecha interdependencia de las actuaciones llevadas a cabo en las distintas partes del territorio, se produzcan resultados disfuncionales y disgregadores”. STC 186/1988, de 17 de octubre, FJ 2.

“La vigencia del principio constitucional de unidad económica, proyección en dicha esfera del principio de unidad del Estado (art. 2 CE y STC 1/1982, fundamento jurídico 1º), del que se deduce la exigencia de que el orden económico sea uno en todo el Estado, obliga a entender que, cuando para conseguir los objetivos de la política económica nacional sea precisa una acción unitaria en el conjunto del territorio estatal, en tal caso, el Estado pueda efectuar una planificación de detalle, siempre y cuando la coherencia de esas decisiones unitarias «no pueda» articularse sin riesgo para la unidad económica del Estado a través de la fijación de bases y medidas de coordinación». STC 177/1990, de 15 de noviembre, FJ 3.

Para ello se habría creado un nuevo título competencial sustantivo que atribuye al Estado la capacidad de “ordenación general de la economía”.

El Tribunal Constitucional habría interpretado la competencia del Estado para regular la “ordenación general de la economía” de manera amplísima, pues puede abarcar “tanto las normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de un sector concreto como las previsiones de acciones o medidas singulares que sean necesarias para alcanzar los fines propuestos dentro de la ordenación de cada sector”³³².

La amplia interpretación realizada por el Tribunal Constitucional del alcance de la competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.13 CE no habría estado exenta de críticas doctrinales.

Para Gómez Ferrer “la competencia reservada al Estado por tal precepto no es –al menos en su dicción literal– la competencia de ‘ordenación general de la economía’”³³³.

Para Carrasco interpretados de forma objetiva los términos en los que viene reconocida en el artículo 149.1.13 de la Constitución la competencia del Estado sobre las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica sólo permitiría su intervención en casos concretos y con una extensión muy limitada³³⁴. Para este autor la facultad de dirección y ordenación general de la actividad económica del Estado se ha construido mediante una interpretación de la competencia del artículo 149.1.13 que extralimita el sentido objetivo de sus términos³³⁵.

Precisamente el uso del artículo 149.1.1 CE ha sido reclamado como más razonable que el artículo 149.1.13 CE para legitimar, por ejemplo, competencias estatales en ámbitos que además de económicos pueden considerarse sociales. En esta línea se sitúa el voto particular de Rubio Llorente a la STC 152/1988 de 20 de julio³³⁶.

³³² SSTC 95/1986, 213/1994, 95/2001, etc.

³³³ GÓMEZ FERRER MORANT, Rafael. (1990).

³³⁴ CARRASCO DURÁN, Manuel. (2005): 24.

³³⁵ CARRASCO DURÁN, Manuel. (2005): 28.

³³⁶ SÁENZ ROYO, Eva (2003): 278.

Asimismo, el magistrado Rubio Llorente, en su voto particular a la STC 152/1988, denunciaba que la amplia interpretación dada por la jurisprudencia constitucional a la competencia del Estado para regular las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica amenazaba con “la ablación total de las competencias autonómicas” en todos aquellos sectores susceptibles de conectarse con la economía³³⁷. Para el magistrado disidente la posibilidad de vincular cualquier aspecto de la realidad con la economía haría de la competencia del artículo 149.1.13 CE, tal como es interpretada por el Tribunal Constitucional, una competencia transversal prácticamente ilimitada.

Ciertamente, a pesar de la amplia capacidad reconocida al Estado, la jurisprudencia constitucional ha afirmado la existencia de teóricos límites a la competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía. Así, el Tribunal Constitucional ha considerado que el referido título competencial no puede alcanzar a “incluir cualquier acción de naturaleza económica, si no posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general”³³⁸. De no ser así, “se vaciaría de contenido una materia y un título competencial más específico (el de la Comunidad Autónoma)”³³⁹. Para el Tribunal Constitucional ello supone excluir “la extensión de los ámbitos competenciales en atención a consideraciones meramente finalísticas”³⁴⁰.

³³⁷ Voto particular en la STC 152/1988.

³³⁸ SSTC 186/1988 y 133/1997.

³³⁹ SSTC 112/1995, 21/1999 o 95/2001. El Tribunal Constitucional en su STC 45/2001 señalaba, por ejemplo, que “el art. 149.1.13 CE puede amparar tanto normas estatales que fijen las líneas directrices y los criterios globales de ordenación de sectores económicos concretos, como previsiones de acciones o medidas singulares indispensables para alcanzar los fines propuestos en dicha ordenación (...). Pero este Tribunal ha declarado también que, en supuestos de concurrencia entre unas competencias autonómicas específicas, en materia de “ganadería”, y una genérica competencia estatal, en materia de “ordenación general de la economía”, primar la aplicación de esta última, aun cuando no se advierta una directa y significativa incidencia sobre la actividad económica general de la competencia objeto de controversia, sería tanto como vaciar de contenido el título competencial más específico (SSTC 112/1995, de 6 de julio; 21/1999, de 25 de febrero, y 128/1999, de 1 de julio, FJ 7, entre otras)”.

³⁴⁰ SSTC 75/1989, 13/1992, ó 95/2001.

Sin embargo, los límites establecidos por la jurisprudencia constitucional al alcance de la competencia estatal sobre ordenación general de la economía no están exentos de dificultad a la hora de determinar su aplicación práctica, pues no siempre es fácilmente discernible cuando una medida estatal “posee una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general”³⁴¹. Así, por ejemplo, en la STC 225/1993, de 8 de julio, se juzgaba por el Tribunal Constitucional la competencia del Estado para dictar una norma que estableciese la libertad de horarios comerciales. Para el Tribunal Constitucional la norma se justificaba en la competencias del Estado para realizar una ordenación general de la economía, pues la libertad de horarios tiene en esencia una doble finalidad; de un lado, fomentar la actividad económica en el sector de la distribución comercial, y de otro, reestructurar y liberalizar el mercado nacional de la distribución al servicio, todo ello, de una mayor competitividad entre las empresas, un mayor beneficio para los consumidores y un incremento de la producción de bienes y prestación de servicios³⁴².

Sin embargo, el magistrado Viver, en un voto particular a la sentencia, pone en duda que la medida estatal posea realmente una incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general. Para Viver “de los datos económicos manejados se desprende que la libertad de horarios no produce un incremento significativo del volumen de la actividad comercial en su conjunto, no genera un aumento directo y significativo de la demanda interna. Su influencia en el mercado de la distribución se manifiesta más en el incremento del peso de unos agentes comerciales

³⁴¹ El límite establecido por la jurisprudencia constitucional nos recuerda a la exigencia establecida en la jurisprudencia comunitaria de que la distorsión de la competencia tenga que ser sensible para poder justificar el ejercicio de la competencia comunitaria de armonización o el requisito establecido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de que el efecto sobre el comercio interestatal tenga que ser sustancial para poder justificar el ejercicio federal de la Cláusula de Comercio. Conceptos como el de distorsión de la competencia sensible, afección sustancial del comercio interestatal o incidencia directa y significativa sobre la actividad económica general son poco precisos y de no fácil concreción por un órgano jurisdiccional. Los problemas de aplicación de tales conceptos en Europa y los Estados Unidos en QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2006a): 82 y ss. y QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2004a): 139 y ss.

³⁴² STC 225/1993, de 8 de julio, FJ 3 D).

–las grandes superficies– sobre otros –pequeños y medianos comercios–, que en el volumen total de las transacciones comerciales”³⁴³.

Sea como fuere, el artículo 149.1.13 CE se habría constituido en nuestro ordenamiento jurídico en el precepto fundamental para garantizar los dos rasgos fundamentales que caracterizarían la existencia de un mercado nacional único, la existencia de una libre circulación de personas y bienes y la existencia de una uniformidad de condiciones de ejercicio de la actividad económica³⁴⁴. La amplia interpretación dada por el Tribunal Constitucional al alcance de la competencia reservada al Estado en aquel precepto ha supuesto en la práctica el reconocimiento de la capacidad del poder central de regular todos aquellos sectores económicos en los que se podría producir tanto una obstaculización justificada de la libre circulación de personas y bienes como una distorsión de las condiciones de competencia por la existencia de una pluralidad regulatoria derivada del ejercicio por las Comunidades Autónomas de las competencias que les han atribuido sus respectivos Estatutos de Autonomía³⁴⁵.

Los dos rasgos referidos, la existencia de una libre circulación de personas y bienes y la existencia de una uniformidad de condiciones de ejercicio de la actividad económica, serían, precisamente, los que pretendería promover la Directiva de servicios a nivel europeo.

³⁴³ Sin embargo, frente a lo afirmado por Viver, ciertos estudios han demostrado que las ventas que se dejan de hacer el día de cierre no se recuperan totalmente el resto de la semana lo que supondría que una medida de liberalización de horarios sí se manifestaría en el volumen total de transacciones comerciales. Así se afirmó en el asunto *Punto Casa*, STJCE de 2 de junio de 1994, asuntos acumulados 69 y 258/1993, Rec. 1994, p. I-2355. Viver reconoce que el Tribunal Constitucional no debe entrar en consideraciones acerca de la oportunidad o el acierto de la medida, pero considera “que una cosa es el control de oportunidad y otra, muy diferente, ponderar la efectiva incidencia económica, social o de otro orden de los actos objeto de conflicto, utilizando para ello, si es preciso, criterios procedentes de otras ciencias y saberes”. Viver exige así la realización por el Tribunal Constitucional del examen de la efectiva operatividad y trascendencia económica de la medida estatal.

³⁴⁴ Para Guillén Caramés el precepto “es fiel reflejo de la preocupación que tenía el constituyente por tratar de evitar una posible fragmentación del mercado, debido en gran parte a la asunción de competencias de evidente naturaleza económica por parte de las CCAA”, en GUILLÉN CARAMÉS, Javier (2009). Señala López Guerra que la reserva de competencias del artículo 149.1.13 tendría un carácter transversal en cuanto afectaría horizontalmente sectores materiales muy distintos. LÓPEZ GUERRA, Luís (1990): 80.

³⁴⁵ QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2008).

A la hora de determinar si los concretos preceptos recogidos en la Ley paraguas se adecuarían al amplio alcance otorgado a la competencia del Estado en el artículo 149.1.13 es interesante recordar la STC 208/1999 en la que el Tribunal Constitucional afirmaba que “no sólo la formación sino todas las actividades ejecutivas que determinan la configuración real del mercado único de ámbito nacional habrán de atribuirse al Estado, al que corresponderán, por tanto (incluso) las actuaciones ejecutivas en relación con aquellas prácticas que puedan alterar la libre competencia en un ámbito supracomunitario o en el conjunto del mercado nacional”. En este sentido recordemos que el propósito de la Directiva de Servicios, fundada en la competencia comunitaria para garantizar el establecimiento y funcionamiento del mercado interior, sería tanto eliminar obstáculos al comercio entre los Estados miembros como suprimir las distorsiones sensibles de la competencia generadas por la pluralidad regulatoria³⁴⁶. Propósito, que no es otro que el de la formación y configuración de un mercado único caracterizado por la libre circulación de personas y la igualdad en las condiciones de ejercicio de la actividad económica, que cae en la amplia interpretación realizada de la competencia reservada al Estado por el artículo 149.1.13 CE.

3. Se hace necesario analizar, en tercer lugar, si la competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía sería deducible de otros preceptos constitucionales distintos del artículo 149.1.13 CE.

Un sector doctrinal ha acogido el tercer razonamiento que señalábamos al considerar la ordenación general de la economía como un título competencial estatal reservado al Estado por la norma fundamental aunque no necesariamente en el artículo 149.1.13 CE. La competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía se derivaría de la necesidad de reconocer al Estado la competencia para asegurar la unidad del orden económico.

Para Gómez Ferrer la ordenación general de la economía podría ser una competencia reservada al Estado de forma implícita en la Constitución ya que podría constituir una proyección de la función de dirección política que atribuye al Gobierno el artículo 97 de la Constitución o una proyección del

³⁴⁶ QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2007): 237-280.

principio de unidad de mercado que también se encontraría recogido en la norma fundamental³⁴⁷.

Para García Torres la competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía no se fundamentaría tanto en su reconocimiento estatutario o en la competencia del Estado sobre las bases y la coordinación de la planificación general de la actividad económica (art. 149.1.13 CE) como en el hecho de ser una competencia estatal por esencia. Para este autor la jurisprudencia constitucional habría derivado la competencia estatal de dirección y ordenación general de la economía de la naturaleza de las cosas (*Kraft Natur der Sache*). Ello supondría el reconocimiento de una competencia al Estado porque se refiere a asuntos que, por su propia naturaleza corresponden al Estado en exclusiva su ordenación. Así para García Torres, si hay una economía española, la dirección y ordenación del conjunto habrá de ser competencia del Estado. Niega así García Torres que la ordenación general de la economía sea una competencia del Estado como consecuencia de no haber sido asumida por unos Estatutos que no han apurado al máximo la posible asunción de competencias autonómicas. En su opinión es una competencia reservada al Estado *ex propria rerum natura*³⁴⁸.

Sin embargo, el argumento de que la competencia sobre la ordenación general de la economía debe pertenecer al Estado por su propia naturaleza necesitaría afinarse algo más. En efecto, es posible sostener que no se puede deducir directamente del criterio de la naturaleza de las cosas una

³⁴⁷ GÓMEZ FERRER MORANT, Rafael (1990): 125. Frente a ello señala Solozabal que no pueden desprenderse competencias concretas, implícitas o naturales, del artículo 97 y propone una interpretación sistemática de la norma fundamental que desemboque en una relación adecuada entre las cláusulas que establecen funciones o tareas a una institución y las que señalan sus competencias o facultades concretas. En SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José (2005): 72-73.

³⁴⁸ GARCÍA TORRES, J. (1990): 138 y ss. Algún fundamento de ello se encuentra en la STC 29/1986 donde el Tribunal afirma que la exigencia de que el orden económico nacional sea uno en todo el ámbito del Estado –exigencia derivada del principio constitucional de unidad económica, que es a su vez proyección en dicha esfera del principio de unidad del Estado (art. 2 de la Constitución)– es más imperiosa en aquéllos, como el nuestro, que tienen una estructura interna no uniforme, sino plural o compuesta desde el punto de vista de la organización territorial (Título VIII de la C.E.); la unicidad del orden económico nacional es un presupuesto necesario para que el reparto de competencias entre el Estado y las distintas Comunidades Autónomas en materia económica no conduzca a resultados disfuncionales y disgregadores”.

reserva competencial al Estado, la Constitución ya habría atribuido al Estado en el artículo 149.1 aquellas competencias que considera necesarias para garantizar la unidad. Sin embargo, el criterio de la naturaleza de las cosas sí que puede servir para considerar que una determinada competencia, por su propia naturaleza, no es asumible por las Comunidades Autónomas y deducir entonces que esta falta de asunción estatutaria, que es inevitable en razón de la naturaleza de las cosas, desemboca en que en virtud del artículo 149.3 CE la competencia sea una competencia estatal³⁴⁹. Así, el Estado no podría tener implícitamente atribuidas competencias en virtud del principio de la naturaleza de las cosas sino que en realidad las tiene por ser competencias que las Comunidades Autónomas no pueden asumir por su naturaleza, pero la razón de su atribución al Estado no es ésta, sino que existe una previsión constitucional que establece que las competencias no asumidas por las Comunidades Autónomas corresponden al Estado (art. 149.3 CE). La competencia del Estado sobre la ordenación general de la economía se fundamentaría entonces en su imposible asunción por los Estatutos de Autonomía, en razón de su naturaleza, y su consiguiente atribución al Estado por el artículo 149.3 de la Constitución³⁵⁰.

Sea como fuere, la jurisprudencia constitucional, al interpretar que el Estado posee la competencia sobre la ordenación general de la economía en virtud de la atribución realizada por el artículo 149.1.13 CE, ha convertido tal precepto en el equivalente a la Cláusula de Comercio contenida en la Constitución norteamericana.

³⁴⁹ La competencia del Estado no tendría su fundamento en el reconocimiento estatutario de la competencia del Estado sobre ordenación general de la economía. Aunque dicho reconocimiento pondría de manifiesto que se trata de una competencia no asumible por los Estatutos y por tanto retenida por el Estado en virtud del artículo 149.3.

³⁵⁰ La utilización conjunta del criterio por razón de la naturaleza de las cosas como criterio limitador de lo asumible por las Comunidades Autónomas y del artículo 149.3 CE que establece que las competencias no asumidas por las CCAA corresponden al Estado supone una base más firme para justificar la competencia del Estado que, por ejemplo, en el caso alemán. En efecto, en el modelo alemán la Federación sólo tiene las competencias que le atribuya la Constitución federal y aquellas competencias no atribuidas a la Federación por la Constitución son retenidas por los Länder, lo cual hace que el criterio de la naturaleza de las cosas como criterio de atribución de competencias a la Federación sea mucho más incisivo pues desposee a los Länder de una competencia que en virtud del principio de atribución y en virtud de la Cláusula residual les correspondería.

De la interpretación realizada del alcance de la competencia estatal por la jurisprudencia constitucional se derivaría que la Ley paraguas, que tiene como resultado establecer los principios que deben regir la prestación de servicios y la libertad de establecimiento en nuestro país, puede fundamentarse en la competencia reconocida al Estado por el artículo 149.1.13.

4.3 EL ARTÍCULO 149.1.18 CE COMO FUNDAMENTO COMPETENCIAL DE LA LEY PARAGUAS

El artículo 149.1.18 de la Constitución reserva al Estado la competencia exclusiva sobre “las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas... que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas” y sobre “el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”.

En el artículo 149.1.18 quedan englobadas competencias estatales de distinto alcance, pues algunas son básicas y otras, en cambio, exclusivas. Es básica, por ejemplo, la competencia estatal para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (que incluye los aspectos organizativos e institucionales de las Administraciones Públicas, según declaró la STC 214/1989, de 21 de diciembre), al igual que la competencia para aprobar la legislación sobre contratos. Por el contrario, es exclusiva del Estado la competencia para regular el procedimiento administrativo común, “sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”.

Sea como fuere, el artículo 149.1.18 reserva al Estado competencias cuyo ejercicio son necesario para promover algunos de los objetivos de simplificación administrativa que la Directiva de servicios impone.

Precisamente, Rivero Ortega considera que hubiese sido preferible proyectar muchas de las reformas requeridas, con un enfoque general, en la Ley de Procedimiento Administrativo (Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común). Tal aproximación podría contribuir a prevenir los considerables riesgos de controversia competencial que, afirma Rivero, el Proyecto de Ley Omnibus (y, en general, la transposición de la Directiva de Servicios) suscita.

Porque al basar la competencia estatal sobre todo en el artículo 149.1.13, y menos en el 149.1.18, se abre la puerta a la discusión sobre los límites de las intervenciones del Estado sobre competencias autonómicas³⁵¹.

En realidad, los riesgos de controversia competencial los podría suscitar la Ley paraguas, y no tanto la Ley ómnibus, que lo que hace es modificar una serie de leyes ya dictadas por el Estado y cuyo fundamento competencial parece claro, aunque, como desarrollaremos, quepa poner reparos a la técnica legislativa seguida.

4.4 ACERCA DEL CARÁCTER BÁSICO DE LA LEY PARAGUAS

La disposición final primera de la *Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* afirma el carácter básico de la Ley³⁵².

De la lectura de esta disposición parece desprenderse que toda la Ley paraguas reviste carácter básico y que éste se fundamenta en el ejercicio de las competencias estatales recogidas en los números 1, 13 y 18 del artículo 149.1 de la Constitución. Sin embargo, certeramente, señala el Consejo de Estado, que el único título competencial que ampararía el carácter básico de la *Ley paraguas* sería el art. 149.1.13³⁵³.

³⁵¹ RIVERO ORTEGA, Ricardo (2009a): 337 y RIVERO ORTEGA, Ricardo (2009b):60 y 84 y ss.

³⁵² “Esta ley, que tiene carácter básico, se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.1ª, 13ª y 18ª de la Constitución Española”.

³⁵³ Vid. Dictamen 99/2009, de 18 de marzo de 2009, cit. pp. 50-51. El Consejo de Estado recuerda que según ha declarado de forma reiterada el Tribunal Constitucional, el artículo 149.1.1 no atribuye al Estado competencia para dictar legislación básica, “toda vez que la expresión “condiciones básicas” no es sinónima de las locuciones “legislación básica”, “bases” o “normas básicas”, por lo que la competencia ex artículo 149.1.1 no se mueve en la lógica de las bases estatales– legislación autonómica de desarrollo, de forma que el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la garantía de la igualdad de las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias. Por lo tanto, el título competencial del artículo 149.1.1 CE lo que contiene es una habilitación para que el Estado condicione –mediante, precisamente, el establecimiento de unas condiciones básicas uniformes– el ejercicio de esas competencias autonómicas con el objeto de garantizar la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes constitucionales” (STC 37/2002 y las que cita).

El Consejo de Estado recuerda que el artículo 149.1.1 no atribuye al Estado una competencia para dictar legislación básica.

El propio Tribunal Constitucional ha aceptado tal interpretación al afirmar que la competencia reservada al Estado en el artículo 149.1.1 CE para regular “las condiciones básicas” no es sinónimo de “legislación básica”, “bases” o “normas básicas” sino que alude a la competencia del Estado para regular el contenido primario del derecho, las posiciones jurídicas fundamentales imprescindibles para garantizar la igualdad, que no puede ser una igualdad absoluta. El Tribunal Constitucional ha afirmado la necesidad de diferenciar el concepto de regulación de las condiciones básicas contenido en el artículo 149.1.1 del concepto de legislación básica o bases contenido en el resto de números del 149.1. Para el Tribunal Constitucional el art. 149.1.1. CE no atribuye al Estado la fijación de unas bases sobre los derechos y libertades susceptibles de ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas³⁵⁴.

Ello ya se señalaba en el voto particular del Magistrado Conde Martín de Hijas en la STC 188/2001, de 20 de septiembre, donde afirmaba que “en la idea de regulación de condiciones básicas debe advertirse que el adjetivo “básicas” se refiere a las condiciones, y no a la regulación” y por ello estimaba que no podía trasladarse la idea expresada en dicho adjetivo (“básicas”) de la condición a la regulación³⁵⁵.

La regulación de las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos no es una regulación susceptible de desarrollo. Sin

³⁵⁴ STC 61/1997, FJ 7 a). donde el Tribunal Constitucional afirma que “«condiciones básicas» no es sinónimo de «legislación básica», «bases» o «normas básicas». El art. 149.1.1. CE, en efecto, no ha atribuido al Estado la fijación de las bases sobre los derechos y libertades constitucionales, sino sólo el establecimiento –eso sí, entero– de aquellas condiciones básicas que tiendan a garantizar la igualdad. Y si bien es cierto que su regulación no puede suponer una normación completa y acabada del derecho y deber de que se trate y, en consecuencia, es claro que las Comunidades Autónomas, en la medida en que tengan competencias sobre la materia, podrán siempre aprobar normas atinentes al régimen jurídico de ese derecho –como en el caso de la propiedad del suelo–, no lo es menos, sin embargo, que la competencia ex art 149.1.1. CE no se mueve en la lógica de las bases estatales-legislación autonómica de desarrollo. En otras palabras, el Estado tiene la competencia exclusiva para incidir sobre los derechos y deberes constitucionales desde una concreta perspectiva, la de la garantía de la igualdad en las posiciones jurídicas fundamentales, dimensión que no es, en rigor, susceptible de desarrollo como si de unas bases se tratara; será luego el legislador competente, estatal y autonómico, el que respetando tales condiciones básicas establezca su régimen jurídico, de acuerdo con el orden constitucional de competencias”.

³⁵⁵ Voto particular a la STC 188/2001, de 20 de septiembre, apartado 7.

embargo, es evidente que una vez que el Estado ha regulado tales condiciones básicas en ejercicio de su competencia transversal para garantizar la igualdad, pueden las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias materiales adoptar normas sin oponerse a la regulación estatal.

En los supuestos de atribución competencial mediante el mecanismo de las bases, un ámbito material determinado es troceado entre los dos niveles territoriales, al Estado le corresponde regular lo básico de una materia y a las Comunidades Autónomas el desarrollo de lo básico en esa materia. En cambio en el supuesto del artículo 149.1.1 CE al Estado le corresponde garantizar la igualdad mediante la regulación de unas condiciones básicas y a las Comunidades Autónomas les corresponde regular en el ámbito de sus competencias materiales sin vulnerar la regulación del Estado que se ejerce con la finalidad de garantizar la igualdad³⁵⁶.

Ciertamente, aunque la jurisprudencia constitucional ha tratado de diferenciar entre regulación de condiciones básicas y regulación de normas básicas, la interpretación realizada por el Tribunal Constitucional del artículo 149.1.1 CE aproxima, en la práctica, esta competencia del Estado a una competencia sobre lo básico, pues supone considerar que el Estado tiene la competencia para regular las posiciones jurídicas fundamentales de los ciudadanos pudiendo las Comunidades Autónomas regular el resto si tienen competencias materiales para ello.

Sin embargo, de la literalidad del artículo 149.1.1 CE se desprende que no se está refiriendo ni a una competencia del Estado para establecer una igualdad meramente básica, ni a una competencia del Estado para establecer una regulación básica en materia de derechos y deberes sino a una competencia del Estado para establecer unas condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes.

³⁵⁶ En este sentido, afirma Lasagabaster que “las bases se dictan con la idea de que la normativa autonómica las desarrolle. Cuando el Estado dicta una norma en virtud del artículo 149.1.1 CE, las condiciones básicas que recoge no se dictan para que posteriormente sean desarrolladas por la normativa autonómica. Su objeto es mucho más preciso y es establecer en una materia concreta esa condición básica, agotándose la norma estatal con ese objetivo. No se trata de que la norma estatal establezca una política que después es desarrollada por las Comunidades Autónomas”. LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki (2007): 144 y ss.

Por otro lado, el Dictamen del Consejo de Estado también señala en el artículo 149.1.18 quedan englobadas competencias estatales de distinto alcance, pues algunas son básicas y otras, en cambio, exclusivas. Es básica, por ejemplo, la competencia estatal para dictar las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas (que incluye los aspectos organizativos e institucionales de las Administraciones Públicas, según declaró la STC 214/1989, de 21 de diciembre), al igual que la competencia para aprobar la legislación sobre contratos. Por el contrario, es exclusiva del Estado la competencia para regular el procedimiento administrativo común, “sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas”. Consecuencia de ello es que los preceptos de la Ley paraguas que afectan a la regulación de esta cuestión no tienen carácter meramente básico, sino que son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas.

No obstante, aunque los artículos 149.1.1 y 149.1.18 no puedan citarse como sustento del carácter básico de toda la ley, considera el Consejo de Estado que no se puede hacer ninguna objeción a la atribución de carácter básico a toda la Ley paraguas, pues todo él responde a la concreta finalidad de establecer instrumentos aptos para evitar contradicciones o discordancias entre las distintas Administraciones Públicas implicadas que ostentan competencias muy diversas sobre la economía que es la finalidad que justifica la utilización de la competencia atribuida al Estado por el artículo 149.1.13^a de la Constitución sobre “las bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica”. El carácter básico de la Ley paraguas se fundamentaría por tanto en el hecho de haberse adoptado en ejercicio de la competencia estatal reconocida en el 149.1.13 CE.

4.5 LOS PRETENDIDOS EFECTOS DEROGATORIOS DE LA LEY PARAGUAS

La Disposición derogatoria de la Ley paraguas deja sin vigencia “cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opongan a la misma”, estableciendo no obstante que todas aquellas disposiciones que resulten incompatibles con determinados preceptos de la ley (los capítulos II y III, el artículo 17.1 del Capítulo IV y los artículos 24 y 25 del Capítulo V) quedarán derogadas a partir del 27 de diciembre de 2009, que es el plazo dado por la Directiva para su transposición.

Lo anterior supone que determinados preceptos de la Ley paraguas producen una derogación diferida en el tiempo (a partir del 27 de diciembre) de cuantas normas se les opongan y no desde la entrada en vigor de la Ley (que se habría producido a los 30 días de su publicación en el BOE el pasado 24 de noviembre, lo que se supone, en la práctica, que la entrada en vigor de tales preceptos ha quedado diferida un par de días) con la finalidad de evitar transitoriamente vacíos normativos al dar tiempo a que aquellas normas incompatibles con tales preceptos puedan ser convenientemente adaptadas a la Directiva³⁵⁷ antes del 27 de diciembre.

A. Los efectos de la Ley paraguas sobre las normas autonómicas

Una de las cuestiones fundamentales que se plantea es la relativa a si la disposición derogatoria de la Ley paraguas puede afectar a las normas de las Comunidades Autónomas que se opongan al contenido de la misma.

Ciertamente, tal parece ser el propósito de la disposición derogatoria analizada, que pretendería justificarse en la necesidad de evitar los eventuales incumplimientos de la Directiva de servicios derivados de la falta de transposición por los poderes autonómicos.

Sin embargo, tal propósito es contrario a nuestro sistema de fuentes del derecho, pues supondría la derogación de las normas autonómicas válidas por una norma estatal válida y posterior y por lo tanto supondría admitir la derogación de una norma (la autonómica) por parte de otra (la estatal)

³⁵⁷ En este sentido el Consejo de Estado interpreta que en caso de quedar automáticamente derogadas tales normas, por ser contrarias a lo dispuesto en lo que entonces era el anteproyecto de Ley paraguas, se produciría una situación de confusión normativa, dado que la ley proyectada no contiene una verdadera regulación sustantiva aplicable a las materias señaladas. Dictamen 99/2009 del Consejo de Estado de 18 de marzo.

pertenciente a otro subordenamiento jurídico³⁵⁸. Algo que, en si mismo, es dudoso que pueda producirse.

El Consejo de Estado, en su dictamen sobre el anteproyecto de Ley paraguas, ya ha advertido que resulta constitucionalmente cuestionable que el legislador estatal pueda disponer la derogación de las normas autonómicas³⁵⁹.

Tal como señala Muñoz Machado la derogación expresa o tácita sólo es posible entre normas que actúan en el marco del mismo ordenamiento jurídico. Cuando la relación entre dos normas que no pertenecen al bloque de la constitucionalidad se rige por el principio de competencia y la incompatibilidad se produce entre disposiciones pertenecientes a dos ordenamientos distintos (entendiendo por distintos en este caso el estatal y el autonómico, si bien sería más correcto referirse a subordenamientos, pues tanto las normas estatales como autonómicas forman parte de un mismo ordenamiento jurídico, el estatal), la colisión no determina la derogación de la norma anterior incompatible³⁶⁰.

³⁵⁸ Señala ALBERTÍ que así ocurre en el ordenamiento alemán en aquellos supuestos en los que la Federación adopta una norma en ejercicio de una competencia concurrente, pues se habría admitido que las normas de los Länder que se le opongan queden derogadas. ALBERTÍ ROVIRA, Enoch (1986 b). Derogación que sería apreciada por los jueces ordinarios sin necesidad de plantear la cuestión de inconstitucionalidad cuando de normas con rango de ley se trata por lo que no nos encontraríamos ante una invalidez sobrevenida que exija la actuación del Tribunal Constitucional, pues a diferencia de la derogación que puede ser apreciada por cualquier operador jurídico, la invalidez sobrevenida sólo puede ser apreciada por el órgano jurisdiccional con competencia para conocer de la invalidez de las leyes, el Tribunal Constitucional. MUÑOZ MACHADO, Santiago (2006): 172-172.

En este sentido, cualquier operador jurídico puede apreciar la derogación y establecer las adecuadas consecuencias para inaplicar una disposición derogada. En cambio la nulidad, en el caso de las leyes, sólo puede ser apreciada por el Tribunal Constitucional.

Pese a lo anterior algún sector doctrinal considera que en el caso alemán a partir del momento en que la Federación dicte una norma en el ámbito de las competencias concurrentes las leyes de los Länder existentes, hasta ese momento válidas, devendrían nulas. GÓMEZ ORFANEL, Germán y ARROYO GIL, Antonio (2005): 241. Lo que supone considerar que las normas de los Länder no son derogadas por la norma federal sino que devienen nulas por inconstitucionalidad sobrevenida, pero es una nulidad de una norma con rango de ley que, frente a lo que ocurre en el resto de supuestos, podría aparentemente ser apreciada por cualquier juez.

³⁵⁹ Dictamen 99/2009 del Consejo de Estado de 18 de marzo. Los problemas que ello podría suscitar han sido igualmente señalados por la doctrina. MARCOS FERNÁNDEZ, Francisco (2009): 274; SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo (2009b): 401 y 402 y SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo (2009c).

³⁶⁰ MUÑOZ MACHADO, Santiago (2006): 173.

En el caso que plantea la Ley paraguas es necesario recordar que nos encontramos ante una norma básica del Estado que pretendería la derogación de todas aquellas normas autonómicas que se le opusieran³⁶¹.

Sin embargo, de acuerdo con una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional cuando el Estado modifica lo básico lo que se produce es la sobrevenida invalidez de la norma autonómica como consecuencia de la nueva delimitación competencial que produce la nueva normativa básica. Las normas autonómicas adoptadas en ejercicio de una competencia de desarrollo de la legislación básica del Estado tienen como canon de su validez precisamente esa legislación básica³⁶².

Así, para el Tribunal Constitucional "...la norma autonómica que contradice la ley básica –material y formal– invade el ámbito de la competencia estatal, incurriendo por ello en un vicio de incompetencia vulnerador del referido orden constitucional de distribución de competencias"³⁶³. La anterior doctrina supone colocar las colisiones normativas que se producen como consecuencia del ejercicio de las denominadas competencias compartidas en el ámbito competencial, ámbito donde el principio de atribución o competencia se constituye en la regla de resolución del conflicto y en el que, por cierto, caso de tratarse de normas con rango de ley, sólo puede declarar la inconstitucionalidad sobrevenida de las normas autonómicas el Tribunal Constitucional.

La jurisprudencia referida supondría que cuando el Estado modifica lo básico se produciría la inconstitucionalidad sobrevenida de la normativa autonómica anterior que se le opusiera y no la derogación de la misma que es un instituto que resuelve el conflicto normativo aplicando el criterio de jerarquía o temporalidad dentro de un mismo sistema normativo³⁶⁴.

³⁶¹ La disposición final primera de la Ley Paraguas afirma el carácter básico de toda la Ley.

³⁶² Para el Tribunal Constitucional "las leyes básicas, en la medida en que vienen a fijar el alcance preciso del ámbito en el que las Comunidades Autónomas pueden ejercitar legítimamente sus competencia, operan como canon en el control de la constitucionalidad de las leyes autonómicas" STC 163/1995, FJ 4. Por el contrario, en el supuesto de una colisión entre una norma estatal dictada en ejercicio de una competencia transversal y una norma autonómica dictada en ejercicio de una competencia material, no nos encontramos ante un conflicto de competencias, pues las normas autonómicas no tienen como canon de su validez las normas estatales dictadas en ejercicio de la competencia transversal.

³⁶³ Por ejemplo, en las SSTC 60/1993, FJ 1, y 163/1995, FJ 4.

³⁶⁴ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José (1998): 166.

Frente a la concepción jurisprudencial analizada, un sector de la doctrina³⁶⁵ ha sugerido que quizás el conflicto que se pueda producir entre las normas estatales básicas y las normas autonómicas de desarrollo pudiera resolverse mejor mediante la inaplicación del derecho autonómico en lo que resultase contrario a la legislación básica³⁶⁶. Ello supondría la afirmación de la preva-

³⁶⁵ Salvador Armendáriz afirma que "la Ley Paraguas, por su carácter básico, completará el bloque de la constitucionalidad, pudiendo servir de fundamento para declarar inconstitucional una Ley autonómica posterior que no respete su contenido o *para desplazar la legislación autonómica ya existente*". SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo (2009b): 396. Sobre el efecto desplazamiento asociado a la legislación básica estatal, vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2001): 300-301.

³⁶⁶ Esto es, precisamente, lo que propondrían los magistrados Jiménez de Parga, Delgado Barrio y Rodríguez-Zapata que firman un voto particular en la STC 1/2003 en el que sostienen que "las colisiones entre leyes autonómicas y leyes básicas estatales modificadas después de la aprobación de aquéllas, pueden y deben ser resueltas directamente (...) dando aplicación a la normativa básica estatal, pues la legislación básica debe prevalecer sobre las leyes autonómicas que, a pesar de haber sido aprobadas válidamente en su momento, no resultan del ejercicio de competencias exclusivas –en sentido estricto– de las Comunidades Autónomas, sino de competencias de "desarrollo legislativo" de las bases del Estado, como era aquí el caso".

Afirma el voto particular que "esta conclusión se desprende no solo de la lógica relación existente entre competencias para establecer las bases y para desarrollarlas, sino de un precepto expreso de la Constitución: la ya citada cláusula de prevalencia que, como es sabido, dispone que las normas del Estado "prevalecerán, en caso de conflicto, sobre las normas de las Comunidades Autónomas en todo lo que no esté atribuido a la exclusiva competencia de éstas" (art. 149.3, inciso 3, CE). Pero esta prevalencia no da lugar a la nulidad de la norma autonómica, que fue válida en el momento de su aprobación cuando las bases del Estado eran diferentes, sino a su inaplicación, una vez que las nuevas normas básicas del Estado despliegan su eficacia, comprimiendo o desplazando a las de la Comunidad Autónoma que hasta entonces habían venido rigiendo sin mácula alguna de inconstitucionalidad".

Para los magistrados autores "sostener que las modificaciones sobrevenidas en la legislación básica estatal desplazan las normas autonómicas incompatibles con ellas, sin necesidad de declararlas inconstitucionales ni nulas, hace posible una aplicación natural, racional y sin dilaciones indebidas del sistema jurídico complejo propio del Estado de las autonomías creado por la Constitución. Es preciso tener en cuenta que la legislación básica no es estática sino dinámica, y sufre modificaciones en función de las distintas políticas que lícitamente puede seguir el legislador estatal en distintos momentos. Modificaciones en modo alguno excepcionales en el funcionamiento de un Estado autonómico maduro, que se producen cada vez con mayor frecuencia en un ordenamiento complejo y que obligan a reajustes muy distintos. Este cúmulo creciente de reajustes entre normas diversas no es monopolio exclusivo de este Tribunal, que tiene como función primordial garantizar la supremacía de la Constitución sobre la ley; no es lo suyo, como tarea primera, resolver colisiones entre normas, aunque sean de rango legal".

Lo anterior les lleva a concluir que "todos los Tribunales de Justicia tienen la facultad de resolver directamente las colisiones que se producen –cada vez con mayor frecuencia– entre las normas autonómicas, aprobadas válidamente en su momento, y las posteriores leyes del Estado que modifican las bases de una materia. Si el Juez estima que la ley estatal no es realmente básica, a pesar de declararse como tal, y que por tanto la ley estatal vulnera el art. 149 CE, debe elevar cuestión de inconstitucionalidad (a tenor de los arts. 35 LOTC y 5 LOPJ). Sin embargo, si el Juez estima que la ley estatal es básica, tanto material como formalmente (SSTC 69/1988, de 19 de abril, FJ 6, y 233/1999, de 20 de diciembre, FJ 5), deberá fallar de conformidad con la ley estatal, en su caso inaplicando la ley autonómica que resulta incompatible con ella, exactamente igual que si la ley de la Comunidad Autónoma contradijera disposiciones del Derecho comunitario (SSTC 28/1991, de 14 de febrero, FJ 6, y 64/1991, de 22 de marzo, FJ 4; SSTJCE *Simmenthal* de 1978, y *Ford España* de 1989, FFJJ 17-19)".

lencia del derecho estatal básico sobre el derecho autonómico anterior y ofrecería la ventaja de poder ser apreciada, tal prevalencia, por los jueces y tribunales ordinarios que considerarían inaplicable la norma autonómica que se opusiese a la estatal³⁶⁷, pues a diferencia de la invalidez sobrevinida que, para el supuesto de tratarse de normas con rango de ley, sólo puede ser apreciada por el órgano jurisdiccional con competencia para conocer de la invalidez de las leyes, el Tribunal Constitucional, la prevalencia puede ser apreciada por cualquier juez o tribunal al tratarse de una regla para la resolución de conflictos de normas y no de una regla para la resolución de conflictos de competencias.

Sea como fuere, el Tribunal Constitucional ha negado que el principio de prevalencia sirva para resolver los conflictos derivados de la colisión de normas en los supuestos de conflictos derivados del ejercicio de las denominadas competencias compartidas a través del par bases-desarrollo, pues ha considerado que lo que en estos casos se produce es un conflicto de competencias que debe ser resuelto por el principio de atribución o competencia, teniendo, eso sí, en cuenta la peculiaridad que supone el hecho de que la concreción de la delimitación de competencias en estos casos corresponde en buena medida al legislador estatal que únicamente incurrirá en una extralimitación competencial si deja vacías de contenido las correspondientes competencias de desarrollo de las Comunidades Autónomas.

El rechazo del Tribunal Constitucional a la utilización del principio de prevalencia para resolver los conflictos en los supuestos en que corresponde al Estado la competencia para dictar la legislación básica y a la Comunidad Autónoma la de desarrollo no carece, sin embargo, de lógica, pues en realidad el Alto Tribunal estaría considerando que en los supuestos de competencias compartidas donde una materia concreta está dividida entre los dos niveles territoriales a través del par bases-desarrollo no se puede producir nunca un conflicto de normas válidas, presupuesto de la aplicación del principio de prevalencia, sino que precisamente se produce un conflicto de competencias que requiere que se

³⁶⁷ SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, Juan José (1998): 167. En el mismo sentido de aplicar la prevalencia a las competencias compartidas GÓMEZ FERRER MORANT, Rafael (1987): 27 y ss.; JIMENEZ CAMPO, Javier (1989): 84 y ss.; GÓMEZ MONTORO, Ángel y CAAMAÑO DOMINGUEZ, Francisco (1998): 392; y GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón (2001): 300.

acuda al principio de atribución o competencia y no al de prevalencia. Conflicto de competencias que tiene, sin embargo, una peculiaridad, y es que la determinación del alcance de cada competencia corresponde, en buena medida, al legislador estatal al adoptar las bases. En estos casos la delimitación de competencias no está determinada completamente en la Constitución y en los Estatutos, sino que se concreta a través de la determinación por el Estado del alcance de lo que es básico, y, por reflejo, el alcance de lo que puede ser desarrollo³⁶⁸.

La modificación de lo básico por el Estado en un momento dado puede afectar al alcance de las competencias autonómicas de desarrollo, pero ello no supone que entre en juego el principio de prevalencia del Derecho estatal y que se produzca el desplazamiento del Derecho autonómico en lo que se oponga al estatal. El principio de prevalencia sólo entra en juego en los supuestos de colisión de normas válidas y, sin embargo, cuando el Estado modifica lo básico lo que se produce es la sobrevenida invalidez de la norma autonómica como consecuencia de la nueva delimitación competencial que produce la nueva normativa básica, pero no un problema de determinación de la norma aplicable que únicamente se produce cuando las dos normas son igualmente válidas.

Otra cosa sería si la Ley paraguas tuviese su fundamento normativo fundamental en el artículo 149.1.1 de la Constitución y no en el 149.1.13, pues en tal supuesto sería posible sostener, es verdad que frente a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional más reciente, la posibilidad de utilizar el principio de prevalencia, que no el de derogación, para resolver lo que consideramos que sí sería un conflicto normativo que no competencial³⁶⁹.

Siempre, claro que la competencia atribuida al Estado en el artículo 149.1.1 se considerase una competencia horizontal o transversal, pues es precisamente en los supuestos de reservas competenciales transversales al Estado

³⁶⁸ Ver QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2004b) y QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2006b). Frente a ello la concepción de GÓMEZ FERRER MORANT, Rafael (1987): 13 y RUBIO LLORENTE, Francisco (1989): 21 que consideran que las normas básicas estatales no delimitan competencias, sino que es la propia Constitución la que delimita directamente las competencias de desarrollo asumibles por las Comunidades Autónomas.

³⁶⁹ QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2008): 161 y ss.

por la Constitución donde consideramos que tendría su campo de aplicación el principio de prevalencia.

En efecto, la colisión de normas adoptadas por los diversos niveles territoriales en ejercicio de competencias distintas se convierte en algo prácticamente inevitable cuando las competencias atribuidas al nivel central tienen un carácter transversal u horizontal. El ejercicio de algunas de las competencias atribuidas constitucionalmente al Estado, como sería el caso del artículo 149.1.1, tiene como consecuencia ineludible la de afectar transversalmente a un ámbito material muy extenso, lo cual produce la posibilidad de que las medidas adoptadas en ejercicio de tal competencia horizontal puedan colisionar con las medidas autonómicas adoptadas en ejercicio de competencias materiales propias y distintas. En estos supuestos no nos encontramos exactamente ante el ejercicio de una competencia concurrente en sentido estricto; pues la posible regulación que dicte cada nivel territorial no se fundamenta en una atribución de la misma competencia a los dos niveles territoriales sino en la atribución de competencias distintas a cada nivel territorial. En estos casos cada nivel territorial ejerce una competencia propia y en cierta manera exclusiva, sin embargo, las regulaciones concretas colisionan como consecuencia del solapamiento en el mundo jurídico de las competencias atribuidas a cada nivel.

Solapamiento que, al contrario que en el caso de los solapamientos que se producen como consecuencia del ejercicio de competencias materiales distintas, ha sido asumido por el propio texto fundamental que no ha querido compartimentar estrictamente la realidad en competencias materiales claramente delimitadas, pues ha atribuido al Estado competencias de carácter horizontal.

En estos supuestos, el conflicto entre dos normas adoptadas en ejercicio de competencias distintas no podría solucionarse a través del principio de atribución o competencia, pues la Comunidad Autónoma puede, en ejercicio de su competencia, adoptar tal norma, y lo que ocurre es que el Estado puede, en ejercicio de la suya, que es distinta, adoptar una norma susceptible de colisionar con la norma autonómica. El conflicto entre normas se da entre normas legítimas competencialmente hablando y debe ser resuelto a través de la misma regla de resolución de conflictos que se utiliza para el caso de las competencias concurrentes: el principio de prevalencia del Derecho del Estado sobre el Derecho autonómico.

Frente a esta interpretación aquí mantenida, que considera que en el artículo 149.1.1 CE se le reserva al Estado una competencia horizontal que permitiría por tanto el uso del principio de prevalencia en caso de conflicto de normas, el Tribunal Constitucional parece haber preferido transmutar los conflictos de normas generados por el ejercicio de competencias transversales por el Estado, y cuyo cauce natural de resolución sería la regla de prevalencia del Derecho estatal sobre el autonómico, en conflictos de competencias que requieren la determinación de la extralimitación competencial. Ello supone que el conflicto se debe solucionar en términos de validez e invalidez de una de las normas en conflicto en lugar de en términos de aplicabilidad de las mismas.

En efecto, la STC 135/2006, de 27 de abril, ha considerado que una norma autonómica que contradiga aquellas normas estatales dictadas en ejercicio de la competencia del artículo 149.1.1 CE sería nula y no únicamente inaplicable. Ello supone que las consecuencias de tal contradicción van más allá de la inaplicación de la ley autonómica por los jueces y tribunales ordinarios que conllevaría la prevalencia.

Para el Tribunal Constitucional “cuando el contraste de la ley recurrida (la ley catalana de asociaciones) se haga respecto de preceptos de la Ley Orgánica del derecho de asociación dictados al amparo del art. 149.1.1 CE y determine la oposición de la primera a la segunda, la consecuencia será la inconstitucionalidad de la ley catalana. Por el contrario, si ésta contuviese una regulación que coincidiera con la de la Ley Orgánica o incluso la complemente, de modo que permitiera su integración, afirmaríamos la constitucionalidad de la ley recurrida³⁷⁰”.

La doctrina transcrita supone considerar que la contradicción de la ley autonómica anterior con la ley estatal posterior dictada en ejercicio de la competencia

³⁷⁰ Diferencia así el Tribunal Constitucional entre el contraste que se ha de realizar entre la ley autonómica recurrida y la Ley Orgánica del derecho de asociación cuando lo sea a efectos de valorar si aquella ha incidido en el ámbito de la regulación de los elementos esenciales del derecho propios del art. 81.1 CE y cuando lo sea a los efectos de valorar si aquella se opone a los preceptos de la Ley Orgánica dictados al amparo del art. 149.1.1 CE, en STC 135/2006, FJ 3 b) y c). Recordemos que la jurisprudencia constitucional ha afirmado que en materia de derechos fundamentales cuyo desarrollo está reservado a ley orgánica (art. 81.1 CE) la capacidad normadora del Estado ex art. 149.1.1 CE puede extenderse más allá de este desarrollo (circunscrito a la determinación de los elementos nucleares del derecho), incidiendo sobre la regulación del ejercicio del derecho en cuestión” STC 135/2006 FJ 2 d).

del 149.1.1 CE comporta necesariamente la inconstitucionalidad de la primera, pues en el caso concreto se juzgaba la constitucionalidad de la Ley del Parlamento de Cataluña 7/1997, de 18 de junio de asociaciones, y su posible contradicción con la Constitución y con la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo reguladora del derecho de asociación. Inconstitucionalidad de la ley autonómica anterior que parece corresponder afirmar al Tribunal Constitucional.

Sin embargo, frente a lo afirmado por la jurisprudencia constitucional, consideramos que cuando el Estado regula las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos el Estado (art. 149.1.1 CE) no delimita nada, no determina el alcance de las competencias materiales autonómicas. Los posibles conflictos que se puedan producir entre una norma estatal dictada en ejercicio del artículo 149.1.1 CE y una norma autonómica dictada en ejercicio de una competencia material propia son en realidad conflictos de normas –y no conflictos competenciales– que se deben resolver, por tanto, determinando cuál es la norma aplicable al caso. En este caso el conflicto se resuelve determinando la norma aplicable –que en virtud del principio de prevalencia debe ser la norma estatal dictada en ejercicio de una competencia propia– pero en ningún caso se resuelve determinando la invalidez de la norma autonómica sino únicamente su inaplicabilidad; esto es, su desplazamiento por la norma estatal. Ello supone que, frente a lo sostenido por el Tribunal Constitucional, por ejemplo, en la STC 54/2002, las normas dictadas por el Estado en ejercicio de la competencia atribuida en el artículo 149.1.1 CE no pueden “completar –en los términos del art. 28.1 LOTC– el canon de constitucionalidad competencial”.

Estas normas no entran a formar parte del bloque de la constitucionalidad, pues no delimitan propiamente competencias, como sí lo hace, sin embargo, el Estado al dictar lo básico. Las normas dictadas por el Estado en ejercicio de la competencia atribuida en el artículo 149.1.1 CE no operan, a pesar de lo que diga el Tribunal Constitucional, como canon de constitucionalidad competencial.

Precisamente el hecho de que ante un conflicto de normas generado por la contradicción entre una norma autonómica y una norma estatal, ambas dictadas en ejercicio de competencias propias, no nos encontremos ante un problema de validez de una de ellas sino de aplicabilidad hace que tal conflicto de normas pueda ser resuelto por los jueces ordinarios. Ciertamente los jueces ordinarios podrán plantear al Tribunal Constitucional una cuestión previa, la de si la norma estatal ha sido dictada con extralimitación competencial. El

Tribunal Constitucional puede, antes de que los jueces ordinarios enjuicien la conformidad de una norma autonómica con una norma del Estado que regula las “condiciones básicas”, verificar con carácter preliminar si la propia norma estatal es conforme con el orden constitucional de competencias: esto es, si *prima facie* tiene cobijo en los límites formales y materiales del art. 149.1.1 CE y –complementariamente– si vulnera cualquier otra norma constitucional más allá de la competencial. Pero en caso de no ser así, los jueces ordinarios deberían poder inaplicar la norma autonómica y aplicar la estatal sin que ello suponga poner en cuestión la validez de la primera.

Sea como fuere, en el estado actual de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional no es posible sostener la capacidad de la Ley paraguas de derogar las regulaciones autonómicas contenidas en normas con rango de ley, pues estas habrían devenido inconstitucionales de manera sobrevenida y tal declaración únicamente la puede realizar el Tribunal Constitucional.

La pretensión derogatoria de las normas autonómicas que se habría autoatribuido la Ley paraguas parece haberse justificado en la necesidad de evitar los eventuales incumplimientos de la Directiva derivados de su falta de transposición por los poderes autonómicos.

Sin embargo, no cabe que los eventuales incumplimientos que se puedan derivar de una ausencia de transposición del ordenamiento de la Unión Europea por los poderes públicos autonómicos se traten de evitar mediante la ignorancia y transgresión de aquellas reglas que rigen las relaciones entre los subordenamientos.

Tal como se ha recordado de no producirse la transposición de la Directiva de Servicios en la fecha prevista en la misma, cabría la posibilidad de que, planteado un conflicto ante la jurisdicción ordinaria ésta pueda inaplicar el Derecho autonómico en virtud del principio de primacía de Derecho de la Unión Europea y del posible efecto directo de la Directiva de Servicios³⁷¹.

³⁷¹ La eficacia directa de la Directiva es difícilmente discutible si se asume que el TJCE ha reconocido eficacia directa a los preceptos europeos que establecen las 4 libertades que, al igual que lo que ocurre con la Directiva Bolkestein, implican a la hora de concretar el reconocimiento de derechos a los particulares la aplicación del principio de proporcionalidad para excluir la existencia de una justificación de la regulación nacional. Se ha destacado que ello ocurriría significativamente en el caso de regulaciones autonómicas sectoriales que contengan, por ejemplo, requisitos prohibidos de los previstos en el art. 14 de la Directiva, por SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo (2009b): 40.

B. Los efectos de la Ley paraguas sobre las normas estatales

En lo que se refiere a los efectos de la Ley paraguas sobre la legislación estatal hay que diferenciar entre los efectos sobre la normativa anterior y los efectos sobre la normativa posterior.

La normativa estatal anterior quedará derogada tal como se desprende de la disposición derogatoria cuando establece que quedan derogadas cuantas disposiciones de de igual o inferior rango se opongan a lo establecido en esta Ley. La cuestión fundamental que se podría suscitar es, no obstante, la capacidad de derogación que tienen los principios generales recogidos en la Ley paraguas y su posible invocación por los ciudadanos como principios con eficacia directa.

En efecto, las dificultades inherentes a toda derogación tácita se acrecientan en este caso de manera considerable, ya que el tenor literal de los preceptos legales –que, según ha quedado expuesto, se limitan, en muchos casos, a reproducir los de la Directiva–, hace extremadamente difícil determinar la existencia o no de la contradicción de la que se sigue la derogación.

En lo que se refiere a la normativa estatal posterior con rango de ley que se oponga a la Ley paraguas, en principio, no se vería afectada por la norma estatal. En este sentido, sostiene Salvador Armendáriz correctamente que una Ley sectorial estatal posterior que no respete las previsiones reguladoras de la Ley Paraguas generaría, en principio, un conflicto entre leyes estatales, a resolver por el Tribunal Constitucional mediante la aplicación de los principios de *lex posterior* o de *lex specialis*.

No obstante suscita Salvador Armendáriz la posibilidad de llegar a una diferente conclusión en el caso de que la Ley Paraguas con su contenido programático, este interpretando el art. 38 CE y delimitando el contenido esencial del derecho a la libertad de empresa. No se trataría entonces de un conflicto normativo entre Leyes de un mismo subsistema –el estatal– sino propiamente de un conflicto de constitucionalidad en relación con el contenido del art. 38 CE.

En este supuesto la ley posterior sería declarada inconstitucional por contravenir la Constitución y no por contravenir la Ley paraguas y tal declaración competiría en exclusiva al Tribunal Constitucional. Ciertamente, la Ley paraguas se habría constituido en norma de interpretación del contenido de la

libertad de empresa, pero evidentemente tal interpretación no vincula al Tribunal Constitucional y sólo vincula al legislador posterior en tanto en cuanto coincida con la interpretación que realice el Tribunal Constitucional del alcance de tal derecho fundamental³⁷².

Sin perjuicio de que este sea un aspecto que se desarrolla por el Profesor Cidoncha en otras partes de este informe sí es posible afirmar que los principios recogidos en la Ley paraguas suponen la utilización de un nuevo parámetro para juzgar a las normas de los poderes públicos que regulan las condiciones para la prestación de servicios –y que no obstaculizan el comercio intracomunitario–, el principio de proporcionalidad, parámetro que es, en la práctica, más intenso que el parámetro utilizado hasta ahora para juzgar esas mismas normas³⁷³.

En efecto, en el ámbito del control de las regulaciones públicas tomando como parámetro los derechos fundamentales económicos contenidos en las Constituciones nacionales, en nuestro caso el artículo 38 que garantiza la libertad de empresa, se viene propugnando por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de los diferentes Estados la necesidad de una cierta deferencia judicial hacia el legislador.

Tal deferencia se justificaría en la idea de la neutralidad económica de la Constitución que supone que en determinados casos, como es el de la determinación del modelo económico el constituyente, se habría remitido a los poderes constituidos para que lo conformasen en cada momento³⁷⁴.

³⁷² Precisamente para LAGUNA DE PAZ (2009): 47, “con la Directiva importamos una serie de principios que crecen por sí mismos en el suelo constitucional español”. Sobre la libertad de empresa en nuestro ordenamiento constitucional CIDONCHA MARTÍN, Antonio (2006).

³⁷³ QUADRA-SALCEDO JANINI, Tomás (2007): 270 y ss. En contra FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2007); FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón (2009) o LAGUNA DE PAZ (2009).

³⁷⁴ La tesis de la «neutralidad económica de la Constitución» fue adoptada por el Tribunal Constitucional Alemán y supone considerar que en el texto fundamental no se habría constitucionalizado ningún modelo económico:

Para el Tribunal Constitucional Alemán «el constituyente no se ha decidido expresamente por ningún sistema económico» (Sentencia sobre la Ley de ayudas a la inversión, Investitionshilfegesetz de 20 de julio de 1954 BVerfGE 4, 7, 17). Ello supondría que la existencia de intereses y visiones políticas distintas en el ámbito económico justificaría que los tribunales encargados de realizar el control de constitucionalidad se mostrasen deferentes con lo decidido por los poderes públicos.

Así para el Tribunal Constitucional Federal Alemán:

Bajo esta concepción sería necesario admitir una cierta deferencia por parte de los tribunales constitucionales a lo decidido por los poderes políticos a la hora de someter a control las regulaciones públicas tomando como parámetro los derechos económicos, lo que supondría una cierta renuncia práctica de aquéllos a realizar su clásica función contramayoritaria en el ámbito de protección de los derechos fundamentales económicos. Renuncia que no es total, pues se mantiene un control de razonabilidad de las regulaciones públicas, pero que sí se traduciría en la negación de la competencia de los tribunales para realizar un intenso escrutinio de las regulaciones de los poderes públicos a través de la utilización del principio de proporcionalidad.

La Ley Paraguas, en aplicación de la Directiva de servicios, realiza una opción legislativa concreta al someter las regulaciones de los poderes públicos a un escrutinio más estricto que el que se venía derivando hasta ahora del reconocimiento constitucional de la libertad de empresa. Una ley estatal posterior a la Ley paraguas podría perfectamente establecer un escrutinio más laxo de las regulaciones de los poderes públicos sin que ello supusiese vulnerar la libertad de empresa y por tanto la Constitución. Otra cosa sería que tal norma suponga una vulneración del derecho europeo, de la Directiva de servicios, y por tanto deba ser inaplicable por los jueces españoles³⁷⁵.

Una vez analizados el fundamento competencial de la Ley paraguas y sus efectos derogatorios se hace necesario referirse a la denominada Ley ómnibus.

“En un Estado liberal moderno siempre existirán diferentes visiones en relación a la extensión de las políticas económicas y sociales y que medidas específicas sirven al interés público. La transacción política es probablemente inevitable en un Estado moderno que se ve forzado a intervenir en la vida social, y ello no debe ser desaprobado por razones constitucionales” Sentencia 12 BverGE 354 (1961) sobre la privatización de Volkswagen.

Ciertamente tal y como ha señalado Aragón la tesis acerca de la neutralidad constitucional sobre el modelo económico, muy extendidas en Alemania e Italia en los años sesenta y setenta, habría sido mayoritariamente abandonada y sustituida por la idea de que tal neutralidad no puede ser absoluta puesto que la Constitución garantiza, al menos en sus líneas básicas, la economía de mercado (con limitaciones impuestas por el Estado social, claro está) impidiéndose la completa erradicación de la libertad a través de la instauración sistema económico totalmente intervenido por el poder público. ARAGÓNREYES, M., *Libertades Económicas y Estado Social*. McGraw-Hill. Madrid, 1995, p. 8. Sin embargo, consideramos que sí que es posible afirmar una neutralidad relativa que producirá la necesidad de otorgar un margen de apreciación al poder público.

³⁷⁵ La Ley paraguas no puede ser identificada como una de esas normas *cabecera de un grupo normativo* una de cuyas consecuencias sería precisamente la de la impenetrabilidad o mayor resistencia a la derogación de ciertas normas en relación con otras del mismo rango posteriores tal como sugiere SALVADOR ARMENDÁRIZ, María Amparo (2009b): 395 y ss.

5. La Ley ómnibus

La *Ley 25/2009 de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, popularmente conocida como Ley ómnibus, ha sido finalmente adoptada por las Cortes Generales el pasado 22 de diciembre de 2009, es decir, a una semana de la finalización del plazo dado por la Directiva para su transposición. Su disposición final quinta establece su entrada en vigor el día 27 de diciembre de 2009.

La Ley ómnibus supone la adaptación de la normativa estatal de rango legal a lo dispuesto en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Recordemos que el Preámbulo de la Ley 17/2009 afirmaba que para alcanzar el objetivo de reformar significativamente el marco regulatorio no basta con el establecimiento de los principios generales que deben regir la regulación actual y futura de las actividades de servicios, sino que es necesario proceder a un ejercicio de evaluación de toda la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio, para adecuarla a los principios que dicha Ley establece³⁷⁶.

La Disposición final primera de la Ley ómnibus especifica, de manera pormenorizada y para cada título y capítulo, el título competencial por el que se modifica cada norma.

Los problemas constitucionales que plantea la Ley ómnibus no son tanto competenciales como de técnica jurídica.

La Ley ómnibus ha sido criticada por suponer la resurrección de las leyes de acompañamiento a las que el Gobierno de Zapatero había renunciado en la

³⁷⁶ La Ley consta de 48 artículos agrupados en seis títulos, siete disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y cinco disposiciones finales.

Junto a las denominadas «Medidas horizontales» del Título I que concretan diversas modificaciones que afectan de forma genérica a las actividades de servicios (por ejemplo se introduce expresamente la figura de comunicación y de declaración responsable o se generaliza el uso del silencio administrativo positivo) la ley realiza la modificación de un buen número de leyes sectoriales (servicios industriales y de la construcción, servicios energéticos, servicios de transporte y comunicaciones o servicios medioambientales y de agricultura entre otros).

pasada legislatura³⁷⁷. Precisamente, cabe suscitar la cuestión de si la Ley ómnibus, por su variedad de contenidos, podría vulnerar el artículo 9.3 de la Constitución que recoge el principio de seguridad jurídica. Para ello se debería aplicar a la Ley ómnibus determinadas consideraciones realizadas por el Tribunal Constitucional respecto de la exigencia del principio de seguridad jurídica³⁷⁸.

En relación con el principio de seguridad jurídica, el Alto Tribunal en su STC 46/1990, de 15 de marzo afirmaba que “la exigencia del 9.3 relativa al principio de seguridad jurídica implica que el legislador debe perseguir la claridad y no la confusión normativa, debe procurar que acerca de la materia sobre la que se legisle sepan los operadores jurídicos y los ciudadanos a qué atenerse, y debe huir de provocar situaciones objetivamente confusas”. Asimismo en su STC 150/1990 (FJ 8) recalca que “no cabe subestimar la importancia que para la certeza del Derecho y la seguridad jurídica tiene el empleo de una depurada técnica jurídica en el proceso de elaboración de las normas”.

Crítico con la utilización de leyes ómnibus ha sido el Consejo de Estado. En su Dictamen de 21 de mayo de 2009 informando, precisamente, sobre el *Anteproyecto de Ley de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* afirmaba que “la técnica de las leyes “ómnibus” ha sido tradicionalmente objetada por este Consejo de Estado, particularmente exigente con la necesidad de situar cada norma jurídica o modificación de la misma en las “sedes materiae” que, presupuesta la conformación del ordenamiento en su conjunto a partir de criterios lógicos y sistemáticos, sea su ubicación normal. Desde esta perspectiva, no se considera una solución correcta ni adecuada la de incluir en una misma norma cuestiones tan diferentes y diversas como las que se regulan en el anteproyecto (de ley ómnibus), habida cuenta de que “el empleo de esta técnica legislativa no hace sino aumentar la dispersión normativa existente; dispersión que dificulta la aplicación de unas normas jurídicas que tienen como destinatarios principales, no solo a autoridades,

³⁷⁷ RIVERO ORTEGA, Ricardo (2009b): 80.

³⁷⁸ Un análisis pormenorizado de los problemas de constitucionalidad que plantean las leyes ómnibus es el de GIMENEZ SÁNCHEZ, Isabel M. (2008).

funcionarios y profesionales del derecho, sino también a particulares” (dictamen 4.908/97). Por ello debe reiterarse una vez más que razones de técnica jurídica y de buena técnica legislativa aconsejan que las normas legales nazcan en el seno propio de la materia objeto de regulación y vivan dentro de ella hasta que sean sustituidas por otras”³⁷⁹.

Sin embargo, considera Giménez que “una deficiente técnica legislativa no equivale en sí misma considerada a una vulneración del principio de seguridad jurídica, aunque sí pueda operar como un elemento agravante cuando otros se añaden”³⁸⁰.

En el caso de la Ley ómnibus es cierto que el hecho de tratarse de una Ley que constituye una sucesión de disposiciones que reforman decenas de leyes podría generar una cierta inseguridad jurídica. Sin embargo, no ocurre como en el caso de otras leyes parecidas, como las célebres Leyes de Acompañamiento, en el que se produce una ausencia de conexión formal o sustancial entre los diferentes preceptos, pues en el caso de la Ley 25/2009 es la necesidad de transponer la Directiva de Servicios, norma de carácter horizontal, la que dota de sentido la reforma de los diferentes preceptos.

Ciertamente, la Ley ómnibus adolece de vicios y defectos de técnica legislativa que podían haberse soslayado si la transposición de la Directiva hubiese comenzado antes, y se hubiese presentado un proyecto de Ley para cada materia, pues recordemos que la Directiva había establecido un plazo de 3 años para su transposición. Sin embargo, no consideramos que tales vicios hayan llegado al punto en el presente caso de producir una vulneración del artículo 9.3 de la Constitución.

³⁷⁹ Si bien el Consejo de Estado se refiere fundamentalmente a la extensión en la Ley ómnibus de los principios de buena regulación que establece la Directiva de Servicios a otras actividades no incluidas en la norma comunitaria que, precisamente, por no encontrarse sometidas a las urgencias del plazo de transposición, el Consejo de Estado recomienda su reforma fuera de la Ley ómnibus.

³⁸⁰ GIMÉNEZ SÁNCHEZ, Isabel M. (2008): 561.

6. La propuesta del Dictamen del Consejo de Estado en relación a la posibilidad de dictar una ley de armonización

En el Dictamen 99/2009 del Consejo de Estado se propone para la adaptación de las normas legales o reglamentarias de las Comunidades Autónomas, recurrir al instrumento, hasta ahora no utilizado, de la ley de armonización, previsto en el artículo 150.3 de la Constitución, habida cuenta, se razona, “de que este tipo de leyes puede constituir un mecanismo útil para mejorar la coordinación en el ejercicio por el Estado y las Comunidades Autónomas de sus potestades normativas –especialmente en aquellos casos en que el ámbito de ejercicio de las competencias autonómicas pueda verse afectado por la existencia de una normativa europea de alcance general– y para garantizar el adecuado cumplimiento por España de sus obligaciones de transposición”.

De acuerdo con el Dictamen del Consejo de Estado mediante una ley de armonización el Estado puede establecer los principios necesarios para armonizar la legislación de las Comunidades Autónomas con el objetivo declarado de evitar posibles conflictos y de garantizar la adecuada transposición de la Directiva de Servicios y, con ello, excluir la eventual responsabilidad estatal por su incumplimiento³⁸¹.

Sin embargo, al uso de una ley de armonización se opone la clara doctrina constitucional establecida en la STC 76/1983 sobre la LOAPA. Tal y como afirmó el Tribunal Constitucional en aquella sentencia el artículo 150.3 “constituye una norma de cierre del sistema, aplicable sólo a aquellos supuestos en que el legislador estatal no disponga de otros cauces constitucionales para el ejercicio de su potestad legislativa o éstos no sean suficientes para garantizar la armonía exigida por el interés general, pues en otro caso el interés que se pretende tutelar y que justificaría la utilización de la técnica armonizadora se confunde con el mismo interés general que ya fue tenido en cuenta por el poder constituyente al fijar el sistema de distribución

³⁸¹ Ley de armonización que según el Consejo de Estado, en este caso, deberá versar “sólo sobre el procedimiento a seguir, fijando plazos estrictos y mecanismos de coordinación que permitan asegurar tanto el cumplimiento de esos plazos como la homogeneidad de los criterios que las Comunidades Autónomas utilizarán en el ejercicio de sus propias competencias”.

de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas”. Para el Tribunal Constitucional “las Leyes de armonización vienen a complementar, no a suplantar, las demás previsiones constitucionales”.

En este sentido, se ha señalado que el constituyente habría tenido ya presente el principio de unidad y los intereses generales de la nación al fijar las competencias estatales y solo la imposibilidad de que el texto constitucional agote todos los supuestos es lo que explica que la propia Constitución haya previsto la posibilidad de que el Estado incida en el ámbito competencial de las Comunidades Autónomas, por razones de interés general, a través de la técnica armonizadora contenida en el art. 150.3³⁸².

La citada sentencia entendió que el Estado tenía a su disposición títulos competenciales de legislación básica y, por tanto, no era constitucional acudir a la competencia armonizadora del artículo 150.3, pues el ejercicio de competencias básicas permitían al Estado garantizar la armonía exigida por el interés general sin necesidad de utilizar el título excepcional del artículo 150.3.

En el caso concreto que estamos analizando, la transposición de la Directiva de Servicios, y admitiendo la posibilidad de evocar los títulos ordinarios de legislación básica del 149.1.13 o del 149.1.1 sobre establecimiento de las condiciones básicas que garantizan la igualdad en el ejercicio de los derechos parece que no sería conforme con la Constitución el uso de una Ley de armonización.

Pero además de lo discutible de su conformidad con la jurisprudencia constitucional referida es igualmente discutible que una ley de armonización consiga el objetivo declarado por el Dictamen del Consejo de Estado de garantizar la adecuada transposición de la Directiva de Servicios y, con ello, excluir la eventual responsabilidad por incumplimiento.

En efecto, la ley de armonización debe contener, de acuerdo con el artículo 150.3 CE, sólo principios, “los principios necesarios para armonizar las disposiciones normativas de las Comunidades Autónomas”, lo que supone, en todo caso, la necesaria actuación posterior de las Comunidades Autónomas para adaptar sus normas a tales principios. Tal necesidad de adaptación supone que

³⁸² QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás. (2009 b).

la ley de armonización no está excluyendo por si misma la eventual responsabilidad por incumplimiento, pues ésta no se evita con la adopción de tal ley sino con la plena adaptación de todas las normas españolas a la Directiva comunitaria³⁸³.

En lo que se refiere a la eficacia que tienen los principios aprobados en una Ley de armonización, la doctrina ha señalado que transcurrido un plazo razonable sin que las Comunidades Autónomas hayan hecho la debida transposición de tales principios se plantea la posibilidad que directamente por los ciudadanos se invoque la eficacia directa de las normas armonizadoras³⁸⁴. Pero en el supuesto que estamos analizando, el de la transposición de la Directiva de servicios mediante una ley de armonización como propone el Consejo de Estado, la ley de armonización apenas aportaría algo, pues su adopción no excluye la eventual responsabilidad por incumplimiento de nuestro país que se derivaría de la eventual ausencia de adaptación de las normas autonómicas a la Directiva y ahora a los principios de la Ley de armonización. En lo que se refiere a la posible invocación por los ciudadanos de la eficacia directa de la ley de armonización, ello no supone cumplir con la norma comunitaria, y estos, los ciudadanos, ya podrían invocar la eficacia directa de la Directiva directamente si se dan las condiciones para ello por lo que la aprobación de una ley de armonización no aportaría nada.

7. El Decreto-Ley ómnibus de Castilla y León

El Gobierno de Castilla y León ha adoptado, a punto de expirar el plazo dado por la Directiva de servicios para su transposición, el *Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en*

³⁸³ La propia Ley paraguas ha establecido un sistema para tratar de incitar al cumplimiento de la norma europea al prever en Disposición final cuarta que “las Administraciones Públicas competentes que incumplan lo dispuesto en esta Ley, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieren derivado”.

³⁸⁴ QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, Tomás (2009b) quién propone que sea de aplicación en el ámbito interno la misma doctrina que respecto de las directivas comunitarias se ha sentado en cuanto al efecto directo de las directivas, si las previsiones de las mismas son lo suficientemente claras y precisas.

Castilla y León (publicado en el BOCyL de 26 de diciembre de 2009). Decreto-Ley que por su contenido reformador de un buen número de leyes cabe catalogar como Decreto-Ley ómnibus.

El Decreto-Ley enuncia entre sus objetivos efectuar las modificaciones legislativas necesarias exigidas por la normativa estatal, tanto por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio como por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

En este sentido, el Decreto-Ley ómnibus reconoce que las reglas y principios generales a los que está sometido en España el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio que se encuentran recogidos en la normativa estatal (Ley paraguas) condiciona el ejercicio de las competencias exclusivas que corresponden a la Comunidad de Castilla y León, en virtud del Estatuto de Autonomía.

Junto a las “medidas generales”, que resultan de aplicación general, el Decreto Ley realiza la modificación de decenas de normas autonómicas³⁸⁵.

³⁸⁵ El Decreto-Ley consta de 21 artículos, estructurados en seis títulos, seis disposiciones adicionales, tres disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y tres disposiciones finales.

De conformidad con el artículo 70.1.1º del Estatuto de Autonomía, se modifica la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León incorporando la existencia de los centros de gestión unificada para adaptar la organización de la Administración General de la Comunidad de Castilla y León.

Al amparo del artículo 71.1.5º del Estatuto de Autonomía, se adecua la Ley 11/1998, de 5 de diciembre, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla y León a la legislación básica del Estado en esta materia.

De conformidad con el artículo 71.1.14º del Estatuto de Autonomía, se modifica la Ley 8/1997, de 8 de julio, de Colegios Profesionales de Castilla y León para ajustar su contenido a la modificación de la Ley estatal.

En ejercicio de la competencia atribuida en el artículo 70.1.20º, del Estatuto a la Comunidad de Castilla y León en materia de comercio interior, sin perjuicio de la política general de precios, de la libre circulación de bienes en el territorio del Estado y de la legislación sobre defensa de la competencia; en materia de regulación y autorización de grandes superficies comerciales, en el marco de la unidad de mercado; y en materia de ferias y mercados interior, se modifican la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León, y la Ley 6/1997, de 22 de mayo, de Ferias Comerciales Oficiales de Castilla y León.

En el ejercicio de las competencias exclusivas atribuidas en materia de promoción del turismo y su ordenación por el artículo 70.1.26º del Estatuto de Autonomía, la Comunidad de Castilla y León adopta las medidas necesarias para llevar a cabo la correcta regulación de los servicios turísticos de conformidad con los principios generales establecidos en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, modificando la Ley 10/1997, de 19 de diciembre, de Turismo de Castilla y León.

A los vicios de técnica legislativa que señalábamos que se producían en el caso de la Ley ómnibus del Estado, se añaden ahora los vicios de aprobar un Decreto-Ley ómnibus, hurtando así el debate en el Parlamento.

Un Decreto-Ley que modifica tal número de cuestiones suscita serias dudas en relación con el respeto de las facultades de discusión y enmienda de los parlamentarios. No se cumplen con las dos principales características atribuidas a la potestad legislativa del Parlamento, la participación de las minorías y la publicidad³⁸⁶. Las luces y sombras de la transposición de la Directiva en la Comunidad se desarrollan en la parte del informe del Profesor Matia Portilla.

El Gobierno de Castilla y León justifica la aprobación de un Decreto-Ley en la necesidad urgente y extraordinaria de modificar, antes del 26 de diciembre de 2009, la legislación dictada por la Comunidad de Castilla y León en las materias afectadas por las dos leyes del Estado analizadas (la Ley paraguas y la Ley ómnibus), con el fin de, por un lado, efectuar su comunicación en plazo a la Administración General del Estado comunicación exigida en la Disposición final quinta de la Ley paraguas³⁸⁷; y, por otro, de poner las

En el ejercicio de las competencias exclusivas asumidas por la Comunidad en virtud de los artículos 70.1.17º y 35º del Estatuto de Autonomía en materia de caza y normas adicionales de protección del medio ambiente, se modifican las Leyes 4/1996, de 12 de julio, de Caza de Castilla y León; 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León y 5/2009, de 4 de junio, del Ruido de Castilla y León.

En el ejercicio de las competencias exclusivas que ostenta la Comunidad de Castilla y León en virtud del artículo 70.1.32º del Estatuto de Autonomía en materia de espectáculos públicos y espectáculos taurinos, se mantiene el régimen de autorización administrativa debido a la necesidad de salvaguardar los intereses generales.

En el ejercicio de las competencias exclusivas que ostenta la Comunidad de Castilla y León en virtud del artículo 70.1.27º del Estatuto de Autonomía, se modifica la normativa en materia de juego.

En el ejercicio de las competencias que corresponden a la Comunidad de Castilla y León en materia de carreteras, deporte, familia, sanidad animal, industria y servicios sociales, así como las que ostenta en materia de sanidad, al amparo de los artículos 70.1 y 74 del Estatuto de Autonomía se realizan diversas modificaciones.

³⁸⁶ Sobre el respeto a las facultades parlamentarias GIMENEZ SÁNCHEZ, Isabel M. (2008): 554 y ss.

³⁸⁷ Disposición Adicional Quinta que establece que "a fin de hacer posible el cumplimiento de la obligación contenida en el artículo 44 de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, las Comunidades y Ciudades Autónomas y las Entidades Locales comunicarán a la Administración General del Estado, antes de 26 de diciembre de 2009, las disposiciones legales y reglamentarias de su competencia que hubieran modificado para adaptar su contenido a lo establecido en la Directiva y en la presente Ley".

modificaciones en vigor antes del día 28 de diciembre de 2009 con el fin de evitar un posible incumplimiento del plazo de transposición de la Directiva de Servicios imputable a la Comunidad de Castilla y León y la correlativa asunción de las responsabilidades en los términos establecidos en la Disposición Final cuarta de la Ley 17/2009³⁸⁸.

Se nos plantea la duda de si realmente era necesario por parte de las Comunidades Autónomas haber esperado a la normativa del Estado y no podían haber tomado la Directiva como normativa básica a desarrollar directamente por ellas.

Sea como fuere la transposición de la Directiva de servicios no ha finalizado aún, todavía deben adaptarse a ella algunas normas estatales y autonómica, muchas de nivel reglamentario, y la mayoría de ordenanzas locales en materia de prestación de servicios; pero sobre todo todavía se deben producir adaptaciones más profundas, por una lado la de la mentalidad de los funcionarios de las Administraciones públicas que ya no se pueden sentar tras un escritorio a dar autorizaciones, por otro la de los jueces y magistrados a los que corresponde a partir de ahora un control más incisivo de las restricciones a la libertad de empresa que se puedan establecer por los poderes públicos.

Precisamente, el siguiente estudio del presente informe, debido al profesor Cidoncha Martín, examina la transposición de la Directiva de servicios desde la perspectiva de la libertad de empresa, en el que se realizan algunas afirmaciones que contrastan con las ideas defendidas en el presente trabajo.

³⁸⁸ Que recordemos que establece un mecanismo de compensación de deudas en caso de responsabilidad por incumplimiento al afirmar que “las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplieran lo dispuesto en esta Ley o en el Derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. La Administración del Estado podrá compensar dicha deuda contraída por la administración responsable con la Hacienda Pública estatal con las cantidades que deba transferir a aquella, de acuerdo con el procedimiento regulado en la Ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social”. Sobre las consecuencias de la incorrecta transposición ver las consideraciones del Profesor Matia Portilla en este mismo informe.



Capítulo V

El impacto de la Directiva
Bolkestein sobre
la libertad de empresa

SUMARIO

1. Consideraciones introductorias. 2. Libertad de establecimiento, libertad de prestación de servicios y libertad de empresa. 3. La garantía del contenido esencial de la libertad de empresa y la Directiva *Bolkestein*. 3.1 La garantía del contenido esencial de la libertad de empresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. **3.2** El impacto de la Directiva Bolkestein en la garantía del contenido esencial de la libertad de empresa. **4. La reserva de Ley en la regulación del ejercicio de la libertad de empresa y la Directiva Bolkestein. 4.1** El objeto reservado: la regulación del ejercicio de la libertad de empresa y la transposición de la Directiva. **4.2** El sujeto de la reserva: Estado y Comunidades autónomas en la transposición de la Directiva. **5. Otras consideraciones. 5.1** Los sujetos de la economía de mercado y la Directiva Bolkestein. **5.2** La Administración, la libertad de empresa y la Directiva Bolkestein. **6. Conclusiones**

EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA *BOLKESTEIN* SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Antonio Cidoncha Martín
Profesor contratado doctor
Universidad Autónoma de Madrid

1. Consideraciones introductorias

Este es el tercero de los trabajos del presente Informe que lleva a cabo un tratamiento constitucional de la *Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior* (popularmente conocida como *Directiva Bolkestein*). Los dos primeros trabajos tienen un alcance general: el primero (de Francisco Javier MATÍA PORTILLA³⁸⁹) afronta *Bolkestein* desde la perspectiva de las fuentes del Derecho; el segundo (de Tomás DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI³⁹⁰), desde la perspectiva del Estado autonómico. Este tercer trabajo tiene un alcance más específico: aborda el impacto de la *Directiva Bolkestein* en un concreto derecho fundamental -la libertad de empresa- con la vista puesta en Castilla y León.

La *Directiva* ha sido objeto de una doble transposición legal por el Estado³⁹¹: una Ley transversal, la *Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (popularmente conocida como *Ley paraguas*) y una Ley de modificación de Leyes estatales sectoriales,

³⁸⁹ *La transposición de la Directiva de servicios en el Estado Central y en la comunidad autónoma de Castilla y León (un estudio de fuentes del Derecho).*

³⁹⁰ *Estado autonómico y transposición de la Directiva de Servicios.*

³⁹¹ Sobre la transposición de las directivas en el Derecho español, véase el trabajo de MATÍA PORTILLA, antes citado.

la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (popularmente conocida como Ley *ómnibus*). El legislador estatal ha decidido dejar fuera de la Ley "ómnibus", el comercio minorista, «por la extraordinaria relevancia del sector de que se trata... y por la complejidad de la distribución competencial en la materia, lo que motiva que se trate de alcanzar el máximo consenso posible tanto en las Comunidades autónomas como con los operadores comerciales»: estos son los términos en los que se expresa la exposición de motivos del proyecto de Ley de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista, que actualmente se tramita en el Senado. Por último, el Gobierno de Castilla y León aprobó el 23 de diciembre un Decreto-Ley (*Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de medidas de impulso de las actividades de servicios en Castilla y León*), urgido por la necesidad de adoptar las medidas necesarias en desarrollo y aplicación de la legislación básica de transposición de la Directiva contenida en la Ley "paraguas" y en la Ley "ómnibus".

No saldremos al paso de las críticas ideológicas que se han vertido sobre la Directiva *Bolkestein*, acaso menos fundadas tras los recortes que sufrió en su proceso de elaboración. Como es sabido, el aspecto más "liberal" de la propuesta de la Comisión, el principio del país de origen, fue suprimido. A ello hay que añadir la exclusión final de numerosos e importantes sectores de su ámbito de aplicación³⁹². Tampoco saldremos al paso de las críticas jurídicas que se han hecho a la misma³⁹³, que giran en torno a dos ideas relacionadas: la Comunidad Europea (hoy Unión Europea) ha ido más allá de las competencias que tiene atribuidas (la garantía de la libre circulación en el mercado interior, proscribiendo el proteccionismo estatal) y, como precipitado de ello, se ha inmiscuido en el campo de acción de los Estados (la regulación de la libertad de empresa)³⁹⁴. No se trata, en un informe de estas

³⁹² Estas y otras razones han llevado a algún autor ha decir que la sombra de la Directiva es alargada pero estrecha: vid. LAGUNA DE PAZ, 2009.

³⁹³ Véase el sólido trabajo de DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, 2007. Con posterioridad, han aparecido los trabajos críticos de PAREJO ALFONSO, 2009; y de DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, 2009.

³⁹⁴ Para DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, *Bolkestein* no es una Directiva sobre la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, sino una Directiva sobre la libertad de empresa (DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, 2009).

características, de hacer un juicio a *Bolkestein*. La Directiva existe (nadie la ha impugnado) y ha de ser eficazmente transpuesta y aplicada. Como ya se ha dicho, de lo que se trata es de ver su impacto sobre la libertad de empresa, con la vista puesta en Castilla y León. Y, conviene adelantar ya, la libertad de empresa sale o debería salir fortalecida tras *Bolkestein*.

Puesto que de la libertad de empresa se trata, conviene aclarar de lo que se está tratando. Se está tratando de un derecho fundamental reconocido en el artículo 38 de la Constitución, esto es, de un derecho subjetivo (*derecho*) y no un mero instituto garantizado y, además, de un derecho subjetivo constitucionalizado (*derecho fundamental*). La calificación como fundamental implica, en palabras del Tribunal Constitucional, referidas precisamente a la libertad de empresa, «una doble garantía, la de la reserva de ley y 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» (STC 37/1981, fj 2). Reserva de Ley y respeto al contenido esencial son las garantías que acompañan a los derechos fundamentales y la libertad de empresa es uno de ellos. Al impacto de la Directiva *Bolkestein* sobre estas dos garantías se dedicará el grueso de esta parte del informe.

Se está tratando, además, de un derecho fundamental que se reconoce en el marco de un sistema económico determinado, también constitucionalizado: la economía de mercado³⁹⁵. Tras casi un cuarto de siglo de integración en la hoy Unión Europea, difícilmente se puede seguir sosteniendo la tesis de la neutralidad económica de la Constitución: el sistema económico de la Constitución es la economía de mercado, que es el sistema económico de la Unión Europea, como lo atestiguan, en la actualidad, el Tratado de la Unión Europea (TUE)³⁹⁶ y el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea

³⁹⁵ Sobre ello, me remito a CIDONCHA, 2006.

³⁹⁶ Artículo 3: “La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en... una economía social de mercado altamente competitiva”. El adjetivo *social* no estaba incluido en la redacción anterior del TUE, fue una conquista de los socialistas europeos, que se plasmó en el texto de la *nonata* Constitución Europea y que ha recogido el Tratado de Lisboa.

Recuérdese, por lo demás, que uno de los requisitos para la adhesión a la Unión Europea, que la cumbre de Copenhague de junio de 1993 explicitó, fue precisamente poseer una economía de mercado en funcionamiento, así como la capacidad de hacer frente a la presión competitiva y a las fuerzas del mercado dentro de la Unión.

(TFUE)³⁹⁷. Un sistema tal consiente la intervención pública, pero hasta un cierto punto, pasado el cual se desnaturaliza y pasa a convertirse en otra cosa. Cabe economía de mercado con intervención, pero no economía de mercado entera o sustancialmente intervenida.

El territorio sobre el que se proyecta el sistema de economía de mercado constitucionalizado va hoy más allá de las fronteras estatales. Desde el ingreso en la Unión Europea, el mercado español está integrado en un mercado más amplio, el mercado interior, cuyo ámbito espacial se extiende al territorio de todos los Estados miembros (especificado hoy en el artículo 355 del TFUE) y –con derogaciones– al territorio de los Estados no comunitarios que forman parte del Espacio Económico Europeo (Islandia, Noruega y Liechtenstein). Supone, como es sabido, un perfeccionamiento del mercado común previsto originariamente en el Tratado CEE y, en palabras del hoy artículo 26 del TFUE, «implicará un espacio sin fronteras interiores, en el que la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales estará garantizada de acuerdo con las disposiciones de los Tratados». Su contenido genuino lo integran las citadas libertades, hoy reguladas en los títulos II a IV de la Tercera Parte (Políticas y acciones internas de la Unión) del TFUE. Estas disposiciones deben ser completadas con las normas sobre competencia (capítulo 1 del título VII de la Tercera Parte)³⁹⁸, toda vez que la economía de mercado que auspicia la Unión Europea es una economía de mercado abierta y de libre competencia.

La creación del mercado interior era un objetivo que había que alcanzar, a lo más tardar, el 31 de diciembre de 1992. Sin embargo, al entrar en el siglo XXI, las instituciones comunitarias constataron que, en el sector servicios, el mercado interior distaba de estar plenamente realizado. Como precipitado de esa constatación, y de la llamada “Estrategia de Lisboa”, surge la Directiva

³⁹⁷ En los artículos 120 y 127 se alude expresamente una economía de mercado abierta y de libre competencia como principio que deben respetar los Estados y la Unión Europea, en relación con la política económica, y el Sistema Europeo de Bancos Centrales en relación con la política monetaria.

³⁹⁸ Completan el cuadro normativo las disposiciones fiscales y de aproximación de legislaciones (capítulos 2 y 3 del título VII de la Tercera Parte del TFUE). Se ha perdido la ocasión de reunir en un mismo título las normas sobre libre circulación y las normas sobre competencia, amén de las fiscales y de aproximación de legislaciones, para poner bien a las claras que libertad de circulación y competencia son el binomio imprescindible sobre el que se asienta el mercado interior. En la nonata “Constitución europea” sí se llevaba a cabo esta agrupación normativa.

Bolkestein, que, con base en los artículos 47.2 y 55 del TCE (actuales artículos 53.1 y 63 del TFUE), pretende *facilitar* la libertad de circulación de servicios en el territorio de la Unión Europea, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad de los servicios (art. 1 de la Directiva).

La Directiva no trata sólo de evitar el proteccionismo estatal, sino de *hacer más fácil* la libertad de circulación de servicios para los prestadores de servicios en la Unión Europea. Esto es, trata de maximizar el derecho de establecimiento y la libertad de prestación de servicios, lo que, como efecto reflejo, lleva a una optimización de la libertad de empresa en los sectores incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva. De este efecto reflejo trata el siguiente apartado.

2. Libertad de establecimiento, libertad de prestación de servicios y libertad de empresa

■ **2.1** El titular de la libertad de empresa del artículo 38 CE es el empresario, la persona que ejerce la actividad empresarial o, para ser más exactos, la «persona física o jurídica que profesionalmente y en nombre propio ejercita la actividad de organizar los elementos precisos para la producción de bienes o servicios para el mercado»³⁹⁹. El empresario del artículo 38 CE puede ser una persona física o jurídica, pero, en todo caso, una persona privada. El citado artículo tan sólo protege la actividad empresarial privada; la actividad empresarial pública encuentra su amparo en otro artículo de la Constitución, el 128.2 (“Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica”). El empresario del artículo 38 CE incluye sólo al empresario privado, pero, dentro de él, cabe todo tipo de empresario, cualquiera que sea la forma de su titularidad y tenga o no afán de lucro. En fin, el empresario privado del artículo 38 CE es, desde luego, el empresario “español”, pero también el empresario extranjero si así lo disponen los tratados y/o las leyes⁴⁰⁰.

³⁹⁹ SÁNCHEZ CALERO, 1997: p. 55.

⁴⁰⁰ Sobre el ámbito subjetivo de la libertad de empresa, vid. CIDONCHA, 2006: 219-254.

A este respecto, los extranjeros comunitarios están equiparados a los españoles en el ejercicio de la libertad de empresa, en cuanto titulares de la “libertad de establecimiento” consagrada en el antiguo artículo 43 TCE (hoy artículo 49 del TFUE). El reconocimiento y garantía por el Tratado de la libertad de establecimiento determina la extensión de la titularidad de la libertad de empresa a los extranjeros comunitarios en igualdad de condiciones con los españoles. No obstante, la titularidad de la libertad de establecimiento del Tratado no coincide exactamente con la titularidad de la libertad de empresa de la Constitución: titulares de la libertad de establecimiento lo son también las empresas públicas, pero no las empresas con ánimo de lucro⁴⁰¹. Además, la libertad de establecimiento está exceptuada para determinadas actividades⁴⁰² y puede ser exceptuada por los Estados miembros por determinadas razones⁴⁰³.

■ **2.2** La Directiva *Bolkestein* no se refiere explícitamente a la libertad de empresa. Su objeto es facilitar la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios (artículo 1). La diferencia entre una y otra libertad estriba en el carácter temporal de la segunda frente al carácter permanente de la primera: el titular de la libertad de prestación de servicios presta servicios en un Estado miembro temporalmente, pero está establecido en otro, mientras que el titular de la libertad de establecimiento se instala en un Estado distinto del de origen (el Estado de acogida)⁴⁰⁴. Dado el carácter duradero de la activi-

⁴⁰¹ Vid. el antiguo artículo 48 del TCE y el hoy artículo 54 TFUE.

⁴⁰² El Tratado declara no aplicables las disposiciones sobre libertad de establecimiento a las actividades que, en cada Estado miembro, «estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público» (antiguo art. 45 TCE, actual artículo 51 TFUE –la cursiva es mía–)

⁴⁰³ El Tratado no prejuzga «la aplicabilidad de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que prevean un régimen especial para los extranjeros y que estén justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas» (antiguo art. 46 TCE, actual artículo 52 del TFUE –la cursiva es mía–).

⁴⁰⁴ El carácter temporal de las actividades «debe determinarse no sólo en función de la duración de la prestación, sino también en función de su frecuencia, periodicidad o continuidad»; por otra parte, no excluye la posibilidad de que el prestador de servicios se provea, en el Estado miembro de acogida, de cierta infraestructura –incluida una oficina, despacho o estudio– en la medida en que la misma sea necesaria para realizar la referida prestación (STJCE de 30-11-95, as. *Gebhard*, C-55/94).

dad, el titular de la libertad de establecimiento está sometido completamente a la normativa del país de establecimiento, cosa que no sucede con el titular de la libertad de prestación de servicios⁴⁰⁵.

Así las cosas, el empresario de un Estado miembro de la Unión Europea puede prestar un servicio de los incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva *Bolkestein* en España y, dentro de ella, en Castilla y León, de dos formas. **La primera es “desde fuera”, es decir, establecido en otro Estado miembro.** En este caso está ejerciendo la libertad de prestación de servicios y le son aplicables las normas del capítulo IV de la Directiva (*Libre circulación de servicios*)⁴⁰⁶, transpuestas en la Ley *paraguas* en el capítulo III (*Libre prestación de servicios para prestadores de otro Estado miembro*). Son normas para foráneos, no para empresarios españoles, y se limitan a seguir la estela trazada por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

La regla general es que los poderes públicos españoles deben respetar el derecho de los empresarios comunitarios foráneos a prestar servicios en España sin estar aquí establecidos y, a tal efecto, asegurarán la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios en España (artículo 16.1, párrafos primero y segundo de la Directiva y 12.1 de la Ley *paraguas*). A partir de aquí, la Directiva concreta:

- > Por un lado, hay una lista negra de requisitos prohibidos, porque se consideran directa e irremediamente restrictivos de la libre circulación de servicios (artículo 16.2 de la Directiva y 12.2 de la Ley *paraguas*).
- > Por otro lado, la imposición por los poderes públicos españoles de requisitos no prohibidos “a los de fuera” es admisible sólo si no son discriminatorios (directa o indirectamente) y si, además, superan un doble o triple test: que la medida esté justificada por razones de orden público,

⁴⁰⁵ El TJCE ha dicho que un Estado miembro no puede subordinar la ejecución de la prestación de servicios en su territorio al cumplimiento de todos los requisitos exigidos para un establecimiento, so pena de privar de toda eficacia a las disposiciones destinadas a garantizar la libre prestación de servicios (STJCE de 26-2-91, as. *Comisión vs. Italia*, C-180/89).

⁴⁰⁶ El capítulo consta de dos secciones: la primera (Libre prestación de servicios) se dirige a los prestadores de servicios, la segunda (Derechos de los destinatarios de los servicios) se dirige a los destinatarios, pero aprovecha a los prestadores.

de seguridad pública o de protección del medio ambiente⁴⁰⁷ (la Directiva llama a esto principio de *necesidad*); y que sea proporcionada, en el doble sentido de adecuada para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo (artículo 16.1 párrafo tercero de la Directiva y 12.3 de la Ley *paraguas*)⁴⁰⁸.

En verdad, ese doble o triple test coincide exactamente con el test de proporcionalidad que el Tribunal de Justicia viene exigiendo a las llamadas en el argot comunitario “medidas indistintamente aplicables” para ser admisibles. Estas son medidas estatales que, sin ser discriminatorias, producen un efecto obstaculizador no deseado en la circulación intracomunitaria, a consecuencia de la disparidad de legislaciones. La doctrina de las “medidas indistintamente aplicables” se forjó inicialmente en el ámbito de la libre circulación de mercancías (en la famosa STJCEE de 20-2-1979, asunto *Cassis de Dijon*), pero ha sido extendida por el Tribunal de Justicia a la libre circulación de servicios⁴⁰⁹. La Directiva no hace, pues, otra cosa que explotar la veta abierta por la jurisprudencia comunitaria.

- > Por último, la libertad de prestación de servicios no opera sobre todos ellos. Aparte de los servicios excluidos con carácter general (art. 2), el artículo 17 de la Directiva (y artículo 13 de la Ley *paraguas*) añade una lista de servicios, actividades y materias que excluye de la libertad de prestación de servicios (aunque no de la libertad de establecimiento); entre ellos, los servicios económicos de interés general. A las excepciones generales añade la Directiva la posibilidad de adoptar medidas excepcionales para prestadores concretos, por motivos exclusivamente de seguridad de los servicios, en los términos del artículo 18 y de acuerdo con el procedimiento del artículo 35 (artículos 14 y 15 de la Ley *paraguas*).

⁴⁰⁷ Recuérdese que el Tratado contempla la posibilidad de que se establezca un régimen especial para extranjeros comunitarios cuando lo exija el orden público, la seguridad o la salud pública (artículos 44 y 55 del antiguo TCE, actuales artículos 50 y 62 del TFUE).

⁴⁰⁸ La Ley *paraguas* exige que la medida adoptada esté motivada y sea notificada a la Comisión Europea.

⁴⁰⁹ Vid. CIDONCHA, Antonio, 2006: 169-170.

■ 2.3. El empresario de un Estado miembro de la Unión Europea puede prestar un servicio de los incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva en España y, dentro de ella, en Castilla y León, **“desde dentro”, es decir, estableciéndose en nuestro territorio**. En este caso está ejerciendo la libertad de establecimiento y le son aplicables las normas del capítulo III de la Directiva (arts. 9 a 15 –*Libertad de establecimiento de los prestadores*), incorporadas a la Ley *paraguas* en el capítulo II (*Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios*– arts. 4 a 11).

Las normas de ese capítulo constituyen quizá el núcleo central de la Directiva y su aspecto más novedoso. Para facilitar la libertad de establecimiento, la Directiva diseña un cambio sustancial en el régimen de las autorizaciones administrativas, al que se prestará atención especial en el apartado siguiente. El hilo conductor de esta regulación es la prohibición de intervenciones autorizatorias de carácter previo como regla general y su admisión como excepción, pero a condición de superar el mismo test que rige para la libre prestación de servicios: no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

Ocurre que, a diferencia de las normas sobre libre prestación de servicios, las normas sobre libertad de establecimiento que establece la Directiva afectan a extraños, pero también a propios: desde luego a los empresarios comunitarios de otros Estados miembros que deseen establecerse en España, pero también a los empresarios españoles o, mejor aún, a los empresarios ya establecidos en España⁴¹⁰. El cambio sustancial en el sistema de autorización previa que produce la Directiva no distingue entre unos y otros. La Directiva, que se dirige (en su capítulo III) a facilitar la libertad de establecimiento de quienes vienen de fuera (ese es su objetivo declarado), facilita, además, la libertad de empresa de quienes “están dentro”. En este punto, es innegable que no es sólo una norma contra el proteccionismo estatal, sino también contra la excesiva intervención pública en la actividad económica privada o, mejor aún, contra una determinada forma de entender la intervención pública

⁴¹⁰ El ámbito subjetivo de la Ley *paraguas* es más amplio que el de la Directiva: por prestador de servicio entiende, por un lado, cualquier persona jurídica o entidad constituida de conformidad con la legislación de un Estado miembro, cuya sede social o centro de actividad principal se encuentre dentro de la Unión Europea (al igual que la Directiva); por otro, toda persona física de nacionalidad de cualquier Estado miembro (al igual que la Directiva), pero también la persona física *residente legal en España* (y esta es la diferencia con la Directiva).

en la actividad económica privada (basada en el control previo de la iniciativa empresarial). Este es el principal efecto reflejo de la Directiva sobre la libertad de empresa.

Resulta así que las normas del capítulo III de la Directiva **no son sólo normas sobre la libertad de establecimiento, sino también sobre la libertad de empresa de los nacionales de los Estados miembros**, ámbito de regulación hasta ahora dejado en manos de estos. Esta intromisión de la Directiva en la libertad de empresa interna es el eje de las sólidas críticas *jurídicas* a la misma a las que ya nos hemos referido: la Directiva desborda el contenido de la libertad de establecimiento y entra un terreno que corresponde regular a los Estados –dicen los críticos–. No procede entrar en esas críticas. Acaso en descargo de la Directiva pueda decirse que la línea que separa la libertad de establecimiento y la libertad de empresa es muy fina: facilitar la primera puede suponer inevitablemente facilitar la segunda. Para avanzar en la consecución de un mercado interior eficaz es posible que no baste con luchar contra las discriminaciones más o menos encubiertas (contra el proteccionismo estatal), sino contra las restricciones desproporcionadas a la libertad económica misma. En suma, de lo que se trata es de tener un mercado con una dosis razonable de libertad de circulación: mercados cerrados, aunque igualmente cerrados a nacionales y foráneos, frustran el objetivo de establecer esa economía de mercado abierta y de libre competencia que proclama hoy el TFUE.

Es cierto que, en principio, lo que el antiguo artículo 43 del TCE (hoy artículo 49 TFUE) garantiza al nacional de un Estado miembro que desee ejercer una actividad empresarial en el territorio de otro Estado miembro es la *igualdad de trato* con los nacionales del Estado de acogida en el acceso y en el ejercicio de esa actividad: cuando dicho acceso esté supeditado en el Estado de acogida a determinados requisitos (indistintamente aplicables a nacionales y extranjeros comunitarios), el nacional de otro Estado miembro que pretenda ejercer esa actividad deberá cumplir esos requisitos. Sin embargo, no es menos cierto que el Tribunal de Justicia ha abierto la puerta a la aplicación de la doctrina de las “medidas indistintamente aplicables” al ámbito de la libertad de establecimiento. En palabras del Tribunal⁴¹¹, una medida aplica-

⁴¹¹ STJCE (Gran Sala) de 5-10-2004 (as. *Caixa Bank*, C-442/02). Sobre esta cuestión, vid. CIDONCHA, Antonio, 2006: 163-174.

ble indistintamente a cualquier persona o empresa que ejerza su actividad en el territorio del Estado miembro de acogida, *que prohíba, obstaculice o haga menos interesante el ejercicio de la libertad de establecimiento*, sólo está justificada si responde a razones imperiosas de interés general, si es adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y si no va más allá de lo necesario para alcanzarlo.

Es arriesgado y quizá un exceso decir que, en punto a la libertad de establecimiento, la Directiva codifica la doctrina del Tribunal de Justicia⁴¹², si quiera sea porque la extensión de la doctrina sobre las “medidas indistintamente aplicables” a la libertad de establecimiento está por consolidarse. También se puede discutir si esta doctrina legitima a la Directiva para llegar a donde ha llegado. Sí es seguro que la Directiva parte de ella y la aplica para establecer criterios uniformes sobre los regímenes de autorización. He aquí el impacto fundamental de la Directiva sobre el contenido del derecho fundamental del artículo 38 de la Constitución, por lo que tiene todo su sentido detenerse en este asunto.

3. La garantía del contenido esencial de la libertad de empresa y la Directiva *Bolkestein*

3.1 LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

■ **3.1.1** EL Tribunal Constitucional ha construido la garantía del contenido esencial de la libertad de empresa desde la llamada teoría “relativa”, aunque no ha aplicado, ni por asomo, el test completo de la proporcionalidad que dicha teoría incorpora. Como es sabido, la llamada teoría “relativa” determina que toda limitación legislativa⁴¹³ de un derecho fundamental respeta

⁴¹² Así lo sostienen, entre otros, SALVADOR ARMENDÁRIZ, 2009; FERNÁNDEZ, 2009; LAGUNA DE PAZ, 2009; y MUÑOZ MACHADO, 2009.

⁴¹³ *Rectius*, la regla de respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales tiene por destinatario al legislador, cuando regula su ejercicio (art. 53.1 CE). La Administración y los jueces están obligados a respetar el contenido completo del derecho fundamental, tal como resulta de la Constitución y la ley (CIDONCHA, Antonio, 2006: 291-292).

su contenido esencial siempre que sea proporcionada. Acerca de lo que sea la proporcionalidad nos informa la STC 66/1995 (fj 5), en la que el Tribunal Constitucional incorporó el test alemán, que aplicó por primera vez para controlar la constitucionalidad de una ley en la sentencia 55/1996. Con arreglo a este test, la proporcionalidad se compone de tres subprincipios, cada uno de los cuales implica una exigencia que toda intervención pública en los derechos fundamentales debe cumplir: según el primer subprincipio (*idoneidad o adecuación*), toda intervención en los derechos fundamentales debe ser «adecuada para contribuir a la obtención de un fin constitucionalmente legítimo»; según el segundo subprincipio (*necesidad o indispensabilidad*) toda intervención en los derechos fundamentales debe ser «la más benigna con el derecho intervenido, entre todas aquellas que revisten por lo menos la misma idoneidad para contribuir a alcanzar el objetivo propuesto»; según el tercer subprincipio (*proporcionalidad en sentido estricto*), «las ventajas que se obtienen mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ésta implica para sus titulares y para la sociedad en general»⁴¹⁴. Si cumple estas tres exigencias, toda regulación del ejercicio de un derecho fundamental que suponga una limitación de éste respetará su contenido esencial⁴¹⁵.

La aplicación de la teoría relativa exige un control en dos fases: la primera, la identificación del contenido del derecho fundamental, la segunda, la aplicación del triple test de proporcionalidad. Para la teoría relativa el contenido del derecho fundamental tiene –por así decirlo– dos momentos: un primer momento, en el que es un contenido amplio, pero provisional o *prima facie*; un segundo momento, tras la aplicación del test de proporcionalidad, en el que es un contenido reducido pero definitivo. El contenido esencial viene a identificarse con lo que queda después de la aplicación del principio de proporcionalidad.

⁴¹⁴ Las palabras entrecomilladas las tomo de BERNAL PULIDO, C. 2003: 35-36. A la STC 66/1995 le han seguido otras que han asumido el test alemán: vid. SSTC 55/1996, 207/1996, 161/1997, 200/1997, 37/1998, 49/1999, 136/1999, 186/2000 y 53/2002.

⁴¹⁵ Como se ve, para la teoría relativa, el contenido esencial, en realidad, el contenido del derecho fundamental, es una barrera franqueable por el legislador, pero con condiciones, las del principio de proporcionalidad. Dicho de otra forma, la garantía del contenido esencial es una barrera de intensidad de limitación: ésta no puede traspasar un determinado umbral de intensidad, que se sabe sólo en el caso concreto cuando se aplican –también en concreto– los subprincipios de la proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad se aplica continuamente por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya jurisprudencia tiene eficacia interpretativa de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales (art. 10.2 CE); y también por el Tribunal de Justicia comunitario, justamente a la hora de enjuiciar las “comunitariedad” de las medidas que, indistintamente aplicables, obstaculizan las libertades fundamentales del mercado interior, lo que tiene repercusiones evidentes sobre el derecho fundamental de libertad de empresa⁴¹⁶. No obstante, tanto uno como otro Tribunal emplean un principio de proporcionalidad *mutilado*, en el que está excluido el último de los subprincipios, el de proporcionalidad en sentido estricto. Este es también el enfoque de la proporcionalidad de la Directiva *Bolkestein*, como después se verá.

■ **3.1.2** El contenido provisional o *prima facie* de la libertad de empresa, según el Tribunal Constitucional⁴¹⁷, puede resumirse diciendo que es el *derecho a iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial* (STC 1983/1984, fj 5). Lo que esto significa lo concreta la STC 225/1993: la libertad de empresa «entraña en el marco de una economía de mercado, donde este derecho opera como garantía institucional, el reconocimiento a los particulares de una *libertad de decisión no sólo para crear empresas y, por tanto, para actuar en el mercado, sino también para establecer los propios objetivos de la empresa y dirigir y planificar su actividad en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado*» (fj 3 B, párrafo 3 –la cursiva es mía–).

La capacidad de decisión que otorga la libertad de empresa a su titular se proyecta: en el inicio, como libertad de creación de empresas; en el ejercicio, como libertad de contratación e inversión⁴¹⁸ (proyección *ad extra*) y como

⁴¹⁶ CIDONCHA, 2006: 163-174.

⁴¹⁷ Un análisis exhaustivo, hasta 2005, en CIDONCHA, 2006: 264-270. Con posterioridad, merece citarse la STC 112/2006, en la que el TC hace aplicación de la doctrina precedente, pero dice algo nuevo: la libertad de empresa comprende la libertad de contratación, la libertad de organización y –esto es lo nuevo– la libertad de inversión. En rigor, la libertad de inversión es una manifestación de la libertad de contratación.

⁴¹⁸ STC 112/2006, fj 4. La libertad de empresa comprende también la libertad de elección del mercado en el que actuar (STC 64/1990, fj 4).

libertad de organización⁴¹⁹ (proyección *ad intra*); y en el final, como libertad de cesar en la actividad empresarial⁴²⁰. Bien entendido –apuntamos ya– que la libertad de empresa no comprende, ni el libre acceso a toda actividad económica (STC 83/1986, fj 5) –en lo que al inicio se refiere–, ni el derecho incondicionado a la libre instalación e cualesquiera establecimientos comerciales (STC 227/1993, fj 4) –en lo que al ejercicio se refiere–. La libertad de iniciar y ejercer actividades empresariales puede ser válidamente limitada, e incluso prohibida, siempre que se haga proporcionadamente.

La cuestión estriba en determinar en qué consiste una limitación proporcionada. En este punto, el Tribunal Constitucional se ha mostrado muy poco riguroso. Así, en la sentencia 66/1991⁴²¹ –antes, pues, de la incorporación del test alemán en la STC 66/1995–, el Tribunal proclama que va a emplear el principio de proporcionalidad *mutilado*⁴²² y, en coherencia con ello, lo vierte en el caso concreto, argumentando con riqueza y consistencia por qué la medida limitativa en cuestión es idónea y necesaria y, por tanto, constitucional. Por el contrario, en las sentencias 225/1993⁴²³ (y 264/1993, por

⁴¹⁹ De nuevo STC 112/2006, fj 4. La libertad de organización del empresario tiene diversas manifestaciones: el poder de autoorganización, esto es, de fijación de la estructura interna de la empresa (STC 49/1988); el poder de dirección sobre los empleados (STC 92/1992, fj 3); el poder de disponer libremente de la retribución del trabajador, respetando los límites legales y convencionales (STC 34/1984, fj 2); y el poder disciplinario (STC 125/1995, fj 6). También comprende la libertad de selección de los trabajadores (STC 147/1986, fj 4 b) y de despido, bien que no es una libertad absoluta (STC 192/2003, fj 4).

⁴²⁰ En concreto, la libertad de empresa comprende la libre transmisión de la empresa (STC 109/2003, fj 8). No es inconstitucional necesariamente imponer el cese forzoso de una actividad empresarial, pero sí parece que lo es obligar a alguien a continuar en el ejercicio de una actividad empresarial (CIDONCHA, 2006: 331-332).

⁴²¹ El Tribunal Constitucional se pronuncia sobre una medida prohibitiva del inicio de una actividad empresarial en Castilla y León: en concreto, una Orden de la Consejería de Agricultura de Castilla y León (de 7 de enero de 1988) que prohibía la venta de cangrejos vivos de cualquier especie en el ámbito de la Comunidad autónoma.

⁴²² «para ponderar la constitucionalidad de la prohibición impugnada, tanto en lo que se refiere a la libre circulación de bienes, como en lo que atañe a la libertad de empresa y al derecho de propiedad... es preciso efectuar un juicio de proporcionalidad en el que, además del objetivo que al establecerla se persigue y comprobando la legitimidad del mismo, se verifique también la relación de causalidad y necesidad que con él debe guardar la prohibición, en cuanto medio para hacerlo posible» (ST 66/1991, fj 2).

⁴²³ En relación con la limitación legal de los horarios comerciales, del artículo 38 CE tan sólo se deriva la exigencia de «un régimen de horarios comerciales que permita el inicio y el mantenimiento de la actividad empresarial y esté exento, por tanto, de limitaciones irracionales, desproporcionadas o arbitrarias que puedan impedir o menoscabar gravemente el ejercicio de dicha actividad» (fj 3.B).

remisión a aquélla) y 127/1994, habla de proporcionalidad, pero como sinónimo de razonabilidad. Por último, en las sentencias 109/2003 y 112/2006 –después, por tanto, de la incorporación del test alemán– el Tribunal parte de la STC 66/1991, pero, a diferencia de ésta, no aplica en el caso concreto más que el test de idoneidad, esto es, opera desde la razonabilidad.

Por encima de estas vacilaciones, se puede apreciar en el Tribunal Constitucional una clara tendencia a aplicar un simple test de razonabilidad, aún bajo el manto de la proporcionalidad *mutitada*, cuando se enfrenta a la constitucionalidad de medidas limitativas de la libertad de empresa. La deferencia al legislador es muy amplia y llega hasta el punto de permitir al legislador la invocación de fines no enunciados en la Constitución⁴²⁴: fin constitucionalmente apto para limitar la libertad de empresa es cualquier fin no prohibido expresamente por la Constitución, siempre que responda a un interés general⁴²⁵. En sede de limitaciones a la libertad de empresa, lo único que está proscrito es la arbitrariedad.

Esta laxitud para con el legislador está, por lo demás, en consonancia con las dudas del Tribunal Constitucional acerca de la eficacia como derecho subjetivo de la libertad de empresa: cuando no la califica de garantía institucional⁴²⁶, dice que en ella «predomina, como es patente, el carácter de garantía institucional»⁴²⁷. Y el predominio de lo institucional, identificado con la defensa del interés general económico (las exigencias de la economía general a las que se refiere el artículo 38 CE), explica que la libertad de empresa-derecho subjetivo deba estar plenamente sujeta a toda la «normativa sobre la

⁴²⁴ Véase la STC 83/1984 que, en relación con la limitación legal del número de farmacias y con la prohibición legal de dispensar al público especialidades farmacéuticas en otro sitio que no sean las oficinas de farmacia, dispuso: «el legislador puede legítimamente considerar necesaria esta prohibición o aquella regulación para servir otras finalidades que estima deseables»; finalidades que pueden encontrar su apoyo en la Constitución, aunque no es necesario, pues nada impide que los poderes públicos «se propongan *otras finalidades u objetivos no enunciados allí, aunque tampoco prohibidos*» (fj 3 –la cursiva es mía–).

⁴²⁵ El interés general económico es límite expreso y directo a la libertad de empresa: los poderes públicos protegen la libertad de empresa *de acuerdo con las exigencias de la economía general* (art. 38 CE). El interés general *no* económico hay que entenderlo así como un límite implícito.

⁴²⁶ STC 111/1983, fj 10; 87/1985, fj 8; y 136/1991, fj 1.

⁴²⁷ SSTC 83/1984, fj 3, párr. 3.º; y 225/1993, fj 3 B, párr. 2.º.

ordenación del mercado y de la actividad económica general» (tal como señala la STC 225/1993, fj 3 B, párr. 4). Dicho de otro modo, «la vigencia de la libertad de empresa no resulta constitucionalmente resquebrajada por el hecho de limitaciones derivadas de las reglas que disciplinen, proporcionada y razonablemente el mercado» [STC 127/1994, fj 6.d)].

3.2 EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA *BOLKESTEIN* EN LA GARANTÍA DEL CONTENIDO ESENCIAL DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

■ **3.2.1** El aspecto de la Directiva que más incide en la garantía del contenido esencial de la libertad de empresa es, sin duda, el cambio en el régimen de las autorizaciones administrativas, en puridad el elemento central de esta Directiva. Someter a autorización administrativa previa el ejercicio de una actividad económica es una limitación intensa de la libertad de empresa, tanto más cuanto menos reglada y más discrecional sea. Si la libertad de empresa es una libertad, la regla general debe ser la libertad y la excepción la autorización previa. Este es justamente el criterio rector de la Directiva: la regla general es la prohibición de autorización previa para el ejercicio de la libertad de establecimiento. Bien entendido que el concepto que maneja la Directiva es un concepto amplio, que va más allá de la autorización en sentido estricto: por “régimen de autorización” se entiende «cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios» [artículo 4.6)]⁴²⁸.

Si la excepción a la regla es la autorización previa, debe estar justificada para ser válida. A este respecto, el artículo 9.1 de la Directiva sujeta la validez del establecimiento de un régimen de autorización al cumplimiento de tres condiciones: que el régimen de autorización no sea discriminatorio; que la nece-

⁴²⁸ Con más precisión, la Ley *paraguas* distingue entre “autorización” y “régimen de autorización”: la primera expresión designa «cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio»; la segunda designa «cualquier sistema previsto en el ordenamiento jurídico o en las normas de los colegios profesionales que contenga el procedimiento, los requisitos y autorizaciones necesarios para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios» (artículo 3, apartados 7 y 10).

sidad de un régimen de autorización esté justificada por una razón de imperiosa de interés general y que el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva⁴²⁹. No discriminación y proporcionalidad *mutilada* se erigen en el canon de control de validez de todo régimen de autorización que excepcionalmente se establezca.

■ **3.2.2** Este modo de entender la libertad de establecimiento tiene un impacto evidente sobre la libertad de empresa. En lo que aquí interesa, el impacto principal se proyecta sobre el legislador (estatal o autonómico e incluso el local), al que los Tribunales, empezando por el Tribunal Constitucional, han otorgado una gran libertad para limitar la libertad de empresa: cualquier limitación razonable al amparo de cualquier fin no proscrito por la Constitución es válida. Esto ya no será posible para los servicios incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva. A partir de ahora, cualquier limitación en el inicio de la actividad empresarial que consista en una autorización previa deberá ser, amén de no discriminatoria, proporcionada, en el doble sentido de idónea para conseguir el objetivo propuesto y necesaria, porque no se pueda conseguir ese objetivo mediante una medida menos restrictiva. La Directiva reduce el ámbito de deferencia al legislador que el Tribunal Constitucional ha permitido, al imponer el principio de proporcionalidad *mutilado*, allí donde hasta ahora sólo hacía falta el principio de razonabilidad⁴³⁰.

La Directiva contiene además una serie de preceptos que delimitan el control de proporcionalidad y que refuerzan la regla general (la excepcionalidad de la autorización previa):

- *En primer lugar*, en lo que se refiere al control de *idoneidad*, la Directiva limita la libertad del legislador para establecer razones de interés general aptas para restringir la libertad de empresa. A partir de ahora –siempre, claro está, en el ámbito de aplicación de la Directiva– no bastará cualesquiera razones de interés general para establecer intervenciones autorizatorias previas, ha de tratarse de “razones imperiosas de interés general”, esto es, razones reconocidas como tales en la jurisprudencia del Tribunal de

⁴²⁹ Este test de control coincide, por tanto, con el que emplea el Tribunal de Justicia en relación con las llamadas “medidas indistintamente aplicables”, según se ha visto en el apartado anterior.

⁴³⁰ Esto ya lo había advertido DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, 2007.

Justicia [artículo 4.8) de la Directiva, que incluye algunas de ellas]. Se trata, ciertamente, de un catálogo de razones amplio y no cerrado *a priori*⁴³¹, pero que impide al legislador español (estatal, comunitario o local) invocar razones incompatibles con ellas⁴³². La jurisprudencia del Tribunal de Justicia penetra por esta vía en nuestro ordenamiento y se erige en parámetro, no ya de interpretación, sino de validez de la intervención de nuestros poderes públicos en la actividad económica privada.

- *En segundo lugar*, en lo que se refiere al control de *necesidad*, la Directiva concreta un criterio para justificar cuándo la autorización previa es necesaria: cuando se prevea que un control *a posteriori* sea realmente ineficaz por tardío. La Directiva aboga por un modelo de control *a posteriori* de la actividad empresarial, preferible siempre al control preventivo en tanto sea eficaz. La Ley *paraguas* concreta aún más: prohíbe la autorización en sentido estricto «cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad» [artículo 5.c].

La Ley *paraguas* configura expresamente la comunicación previa y la declaración responsable como técnicas alternativas de control preferibles a la autorización en sentido estricto. Esta es siempre el último recurso, utilizable sólo cuando no haya otro remedio menos restrictivo de la libertad de empresa igualmente eficaz para conseguir el objetivo imperioso de interés general que se pretende. Esta previsión legal general para todo un sector de la actividad como el de servicios, tan importante en nuestra economía, constituye sin duda una novedad sustancial. En este sentido, la Ley *ómnibus* ha incorporado a la LRJAPPAC un artículo (el 71 bis) en el que se definen los conceptos de comunicación previa y declaración responsable y en

⁴³¹ En palabras de Salvador Armendáriz, «Los Estados miembros podrán alegar razones que según su legislación sean imperiosas de interés general y, llegado el caso, ser avalada esa calificación por el Tribunal de Justicia» (SALVADOR ARMENDÁRIZ, 2009: 388).

⁴³² Dice Salvador que en el fondo, el problema es más retórico que real, porque las únicas razones susceptibles de ser rechazadas por el Tribunal de Justicia son aquellas en las que aparece como rasgo común el tratarse de razones de marcado carácter proteccionista desde el punto de vista de un cierto “nacionalismo económico” (SALVADOR ARMENDÁRIZ, 2009: 390). En cualquier caso, la Ley *paraguas* ha hecho suyo el planteamiento de la Directiva (artículo 3.11), cerrando el paso a posibles razones disonantes con las de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

el que se dice que cualquiera de esos actos permitirá, con carácter general, el inicio de una actividad desde el día de su presentación, sin perjuicio –eso sí– de las facultades de comprobación e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas.

En el caso de que se pueda justificar la necesidad de establecer un régimen de autorización, la Directiva establece una serie de reglas que acotan el campo de acción del legislador, entre ellas, la prohibición de limitar la duración de las autorizaciones, salvo excepción justificada (artículo 11) o la exigencia de un procedimiento público de selección de candidatos cuando el número de autorizaciones sea limitado debido a la escasez de los recursos naturales o de las capacidades técnicas (artículo 12). La regla general de la excepción (la autorización) debe ser la autorización ilimitada temporal y cuantitativamente, porque es menos restrictiva para la libertad de establecimiento.

La Directiva también exige que las autorizaciones, con independencia de quien las conceda⁴³³, valgan para ejercer la actividad de que se trate en todo el territorio nacional, salvo que haya una razón imperiosa de interés general que justifique una autorización que se limite a una parte específica del territorio. Esta regla tiene un evidente impacto en un Estado descentralizado como el nuestro, en el que las Comunidades autónomas se reservan la capacidad de intervenir en sectores relevantes para la economía, como el comercio interior. A este respecto, la *Ley paraguas*, yendo más allá que la Directiva, limita las razones imperiosas de interés general que pueden justificar una licencia limitada territorialmente a estas: orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente (artículo 7.3).

- *En tercer y último lugar*, la Directiva establece, por una parte, la prohibición absoluta de algunos requisitos, que se consideran directamente restrictivos de la libertad de establecimiento (artículo 14, incorporado al artículo 10 de la *Ley paraguas*) y, por otro, una relación de requisitos potencialmente restrictivos, pero que pueden establecerse siempre que el Estado miembro acredite, tras someterlos a evaluación, que son proporcionados y

⁴³³ Artículo 10.7: «La Directiva no cuestiona el reparto de competencias locales o regionales de las autoridades del Estado miembro habilitadas para conceder dichas autorizaciones».

no discriminatorios (artículo 15, incorporado al artículo 11 de la Ley *para-guas*). Los primeros forman la llamada “lista negra” y se erigen en una barrera absoluta, que no consiente si quiera el control de proporcionalidad; los segundos forman una “lista gris” de requisitos sospechosos de ser restrictivos de la libertad de establecimiento y, por ello, obligan a los Estados miembros a la carga de comprobar su proporcionalidad.

En particular, en la lista “negra” hay un requisito prohibido que obliga a modificar la regulación relativa a la concesión de licencias específicas para grandes establecimientos comerciales, en manos de las Comunidades autónomas. Se trata del recogido en el artículo 14.5, que prohíbe que se establezca como condición para conceder una licencia de este tipo el que se demuestre la existencia o no de una necesidad económica o de una demanda en el mercado (la llamada prueba económica). El artículo 6 de la actual Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LORCOM), en cuanto otorga a las Comunidades autónomas la posibilidad de que denieguen una licencia con arreglo a criterios económicos, esto es, teniendo en cuenta la oferta comercial existente en la zona o el impacto de la apertura de un gran establecimiento sobre el comercio existente, incurre en la prohibición del artículo 14.5 de la Directiva.

El proyecto de Ley de Reforma de la LORCOM remitido a las Cortes modifica el citado artículo 6 y elimina esa posibilidad, si bien deja abierta la puerta a que las Comunidades autónomas mantengan la licencia específica para establecimientos comerciales amparándose en razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, como la *protección del medioambiente y el entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico*. Esta puerta abierta, no exenta de polémica (la Comisión Nacional de Defensa de la Competencia considera esta previsión contraria a la Directiva) ha sido aprovechada por el Decreto-Ley *ómnibus* castellano-leonés para mantener la licencia comercial específica para grandes establecimientos comerciales⁴³⁴.

⁴³⁴ Sobre esta cuestión, nos remitimos una vez más a otro lugar de esta obra.

En resumen: la Directiva restringe la libertad del legislador para configurar la libertad de empresa en el sector incluido en su ámbito de aplicación, porque los regímenes de autorización preventiva, tan numerosos en nuestro país, están prohibidos con carácter general y sólo son admisibles excepcionalmente si concurren las condiciones que la norma europea prevé.

■ **3.2.3** No se nos oculta también que *Bolkestein* supone una “enmienda” a la interpretación que el Tribunal Constitucional ha hecho de la libertad de empresa. Puede plantearse la hipótesis de que llegue a su conocimiento una ley (estatal o autonómica) que, limitando la libertad de empresa en el sector servicios, no supere el control de proporcionalidad que impone la Directiva. En esta tesitura: ¿Vincula la interpretación “*Bolkestein*” al Tribunal Constitucional? ¿Debería éste seguir el test *Bolkestein*, abandonando el menos riguroso –de razonabilidad– que hasta ahora ha sostenido?

Detrás de estas cuestiones se encuentra el problema de las relaciones entre el Derecho Comunitario y las Constituciones internas, asunto de una endemoniada complejidad y al que se enfrentó nuestro Tribunal en la famosa Declaración 1/2004. De no haber entendido mal (y sintetizando mucho), lo que se desprende de esta Declaración es que la Constitución, siendo la norma suprema, permite que sobre ella prime el Derecho Comunitario (todo él, tanto el originario como el derivado), si se dan dos condiciones: primera, que la norma se haya dictado en el ámbito de competencias de la Unión Europea; segunda, que la norma respete las estructuras básicas del Estado español, así como sus valores, principios y derechos fundamentales. Si, llegado «*el caso difícilmente concebible de que en la ulterior dinámica del Derecho de la Unión Europea llegase a resultar inconciliable este Derecho con la Constitución española, sin que los hipotéticos excesos del Derecho europeo respecto de la propia Constitución europea fueran remediados por los ordinarios cauces previstos en ésta, en última instancia la conservación de la soberanía del pueblo español y de la supremacía de la Constitución que éste se ha dado podrían llevar a este Tribunal a abordar los problemas que en tal caso se suscitaban, que desde la perspectiva actual se consideran inexistentes, a través de los procedimientos constitucionales pertinentes*» (DTC 1/2004, fj 4).

¿Estamos ante uno de esos casos “difícilmente concebibles”? ¿Pone *Bolkestein* en peligro nuestros derechos fundamentales o alguno de nuestros principios básicos? No parece. En lo atinente a los derechos fundamentales,

la libertad de empresa resulta potenciada y los derechos fundamentales de los trabajadores, tras la supresión del principio del país de origen, no parecen estar en peligro⁴³⁵ ¿Y el principio de Estado Social? Tampoco parece que esté en peligro, toda vez que *Bolkestein* no prohíbe la intervención pública en la actividad económica privada, tan sólo la sujeta a un escrutinio más riguroso. Y no existe un principio constitucional de deferencia al legislador en la regulación de la actividad económica privada, que le obligue tan sólo a ser razonable. Esto es sólo una interpretación del Tribunal Constitucional, perfectamente mudable.

Lo que en verdad está en juego es una determinada forma de entender la libertad de empresa, que el Tribunal Constitucional ha considerado que tiene cabida en la Constitución. Es esta interpretación la que viene a cuestionar *Bolkestein*. Una norma, por lo demás, de la que el Estado español es responsable, porque el Gobierno español tiene asiento en el Consejo que la aprobó, en colaboración con el Parlamento Europeo. Lo que es tanto como decir que el Estado español ha consentido en limitar su libertad para regular el ejercicio de la libertad de empresa, al menos en el ámbito de aplicación de la Directiva.

4. La reserva de ley en la regulación del ejercicio de la libertad de empresa y la Directiva *Bolkestein*

4.1. EL OBJETO RESERVADO: LA REGULACIÓN DEL EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA

La Constitución reserva a ley la regulación del ejercicio de la libertad de empresa (artículo 53.1). Lo primero que hay que dilucidar es qué se entiende por regular el ejercicio de la libertad de empresa. Este asunto se ha visto notablemente enturbiado por una sorprendente afirmación del Tribu-

⁴³⁵ La Directiva, se encarga de aclarar, por una parte, que ésta no afecta ni al Derecho laboral (art. 1.6) ni a la legislación nacional en materia de Seguridad Social de los Estados miembros; por otra, que no afecta ni a los derechos fundamentales ni al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones sindicales (art. 1.7).

nal Constitucional. Es la que hizo en la sentencia 83/1984 (fj 3): *la regulación de las distintas actividades empresariales no es una regulación del ejercicio de la libertad de empresa*. El fundamento de tan sorprendente declaración es éste: el artículo 38 no otorga *derecho a acometer cualquier empresa, sino sólo el de iniciar y sostener en libertad la actividad empresarial*, cuyo ejercicio está disciplinado por normas de muy distinto orden; esto es, *no hay un «contenido esencial» constitucionalmente garantizado de cada actividad empresarial concreta*. La consecuencia de todo ello es clara: la regulación de los distintos sectores económicos (y de la actividad empresarial en los mismos) no está sujeta a la reserva general de ley del artículo 53.1 CE. La ley sólo será exigida en la medida en que otros preceptos de la Constitución establezcan reservas específicas (como la del artículo 51.3 –regulación del comercio interior–, que no está sujeta al límite del respeto al contenido esencial) y, en su defecto, siempre es aplicable el principio de legalidad, que impide a la Administración dictar normas sin la suficiente habilitación legal.

La afirmación es sorprendente, porque decir que la regulación del ejercicio de la actividad empresarial en cualquier sector económico no es regular el ejercicio de la libertad de empresa supone dejar sin protección constitucional la libertad de empresa misma, una vez iniciada la actividad empresarial: lo protegido (vía contenido esencial) es sólo la libertad de *iniciar* (y cesar en) una actividad empresarial en un sector de mercado, pero no la de ejercerla, una vez iniciada. Ello es contradictorio con la afirmación –contenida en la misma sentencia– de que el contenido esencial de libertad de empresa comprende *sostener en libertad* la actividad empresarial, porque este contenido queda al albur de la ley (e incluso del reglamento al amparo de una habilitación legal genérica, allí donde no haya una reserva de ley específica). Además, no se compadece con la jurisprudencia posterior del Tribunal Constitucional, que, como sabemos, ha reconocido a la libertad de empresa un contenido esencial *ad intra* y *ad extra* que va más allá del inicio de la actividad empresarial, en tanto se proyecta sobre el desarrollo de la misma.

La posición del Tribunal Constitucional en la sentencia 83/1984 no es concluyente, a la vista de la jurisprudencia posterior. El más elemental sentido común indica que la regulación del ejercicio de la actividad económica en un sector incide necesariamente en las condiciones de ejercicio de la libertad de empresa en ese sector, y todo cuanto incide con carácter general y básico en el ejercicio de la libertad de empresa debe reservarse a ley. Es evidente que

exigir determinados requisitos previos (tanto subjetivos –una determinada cualificación profesional– como objetivos –autorización previa–) para el ejercicio de una actividad empresarial incide en el ejercicio de la *libertad de iniciar una actividad empresarial* (que es ejercicio de la libertad de empresa). Pero también es patente que toda regulación que afecte a la autonomía de organización y planificación del empresario (limitaciones en la fijación de horarios comerciales, en el poder de dirección o de despido del empresario, por ejemplo) o su libertad de contratación (fijación de precios máximos, prohibiciones de determinadas modalidades de venta) está incidiendo en el ejercicio de la libertad de empresa. Y lo mismo cabe decir de todas aquellas regulaciones que imponen el cese forzoso de la actividad económica en determinados supuestos. Existe así todo un terreno común entre el «ejercicio de la actividad empresarial» y el «ejercicio de la libertad de empresa» que no se puede desconocer, a efectos de la reserva de ley del artículo 53.1 CE.

Sea como fuere, el contenido de las normas de los capítulos III y IV de la Directiva está dentro del terreno que, en su transposición interna, ha de quedar reservado a Ley. Esas normas tienen por objeto la regulación de las condiciones de acceso a actividades empresariales en el sector servicios. No son, en puridad, una regulación sobre un sector económico, sino sobre la *libertad de inicio* de la actividad empresarial (normas del capítulo III –libertad de establecimiento–) y sobre el *acceso a la prestación de servicios* en un Estado miembro (Estado de acogida) de prestadores establecidos en otro país miembro (normas del capítulo IV –libertad de prestación de servicios–) en diversos sectores económicos. Incluso admitiendo –que no es admisible– la hipótesis que se desprende de la lectura aislada de la STC 83/1984, estaríamos ante el terreno reservado al legislador.

La reserva de ley se ha cumplido con la *Ley paraguas*, que ha incorporado el contenido de la Directiva en este punto en sus capítulos II y III. De ella se ha dicho con razón que su particularidad «reside precisamente en que propone una regulación general y horizontal que afecta al contenido esencial de la libertad de empresa, en particular cuando recoge la libertad de acceso de los prestadores [...] y contempla la autorización para dicho acceso como una situación excepcional»⁴³⁶. Al margen de las críticas que merezca (en las que

⁴³⁶ SALVADOR ARMENDÁRIZ, 2009: 382.

no vamos a entrar), lo cierto es que, desde la perspectiva de la libertad de empresa, la Ley *paraguas* satisface con coherencia la exigencia de reserva de ley del artículo 53.1 CE: la regulación de los capítulos II y III es una regulación del ejercicio de la libertad de empresa, no una regulación de un sector determinado. Esta es la novedad de la Ley.

Debe apuntarse una cosa más, que tiene que ver con la intensidad de la reserva y, en conexión con ello, con el uso del decreto-ley. No es lo mismo limitar el ejercicio de la libertad de empresa que potenciarlo o, como se dice ahora, maximizarlo. Cuando se limita el ejercicio de la libertad de empresa, la intensidad de la reserva ha de ser mayor y, por tanto, el ámbito de intervención de la ley ha de ser mayor y menor el del reglamento. Por otro lado, el decreto-ley no es norma apta para limitar, esto es, para *afectar negativamente* –mediante una regulación general– el ejercicio de la libertad de empresa ni en toda España ni, en particular, en Castilla y León: ni la Constitución (art. 86) ni el Estatuto (art. 25.4) facultan para ello al Gobierno central y al castellano-leonés.

Sin embargo, las normas de los capítulos III y IV de la Directiva no son normas que limitan el ejercicio de la libertad de empresa, sino que lo maximizan, amplían sus posibilidades. Lo que limitan es la intervención limitadora de los poderes públicos sobre ella, valga la redundancia. Cuando se maximiza la libertad de empresa, la intensidad de la reserva es menor y, por tanto, se amplían las posibilidades del reglamento. Basta que por ley se dicte una regulación “marco” que fije directrices condicionantes y esto es precisamente lo que hace la Ley *paraguas* al transponer la Directiva. El que la instrumentación de estas directrices se haga con posterioridad por ley, en lugar de por reglamento, obedecerá a razones ajenas al mecanismo de la reserva de ley de regulación ejercicio de la libertad de empresa. En este sentido, la Ley *ómnibus* estatal no obedece a la necesidad de satisfacer la reserva de ley en sede de libertad de empresa, para lo que vale la Ley *paraguas*. Obedece a la necesidad de modificar normas *legales* que han de acomodarse a las directrices fijadas por la Directiva y transpuestas en la Ley *paraguas*. La acomodación de las normas reglamentarias se hará, obviamente, mediante reglamento. Ningún reproche constitucional cabe hacer al proceso de transposición interna estatal de la Directiva desde la perspectiva de la libertad de empresa.

Por último, la regulación de los capítulos III y IV de la Directiva supone una afectación *positiva* y *general* de la libertad de empresa, algo que no está

vedado al decreto-ley. De lo contrario, nos encontraríamos con que todos los decretos-leyes de liberalización de la actividad económica privada (y ha habido varios), que son normas maximizadoras de la libertad de empresa, serían inconstitucionales. Desde la perspectiva de la libertad de empresa, el Decreto-ley ómnibus castellano-leonés no es cuestionable. Otra cosa es si dan las circunstancias de extraordinaria y urgente necesidad que lo justifican. Pero esto es asunto ajeno a la libertad de empresa y no corresponde abordarlo aquí. Ha sido abordado por MATÍA PORTILLA en otro lugar de este Informe⁴³⁷. A su trabajo nos remitimos.

4.2 EL SUJETO DE LA RESERVA: ESTADO Y COMUNIDADES AUTÓNOMAS EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA

■ **4.2.1** En relación con esta cuestión, hay que partir de dos premisas. La primera es que la transposición normativa y la ejecución administrativa de la Directiva corresponderá internamente a aquél ente que ostente la competencia al respecto: la integración en Europa no ha alterado la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades autónomas. Esto es jurisprudencia asentada del Tribunal Constitucional, plasmada en el artículo 62.3 del Estatuto de Castilla y León. No se insistirá en ello. La misma Directiva, en su considerando 60 dispone: «La presente Directiva y, en particular, las disposiciones referentes a los regímenes de autorización y al ámbito territorial de una autorización no deben interferir en el reparto de competencias locales o regionales en los Estados miembros». No obstante, el respeto al principio de autonomía institucional no debe hacer olvidar que la Directiva ha de ser traspuesta de manera eficaz: el efecto útil de la Directiva no puede frustrarse, víctima de la descentralización⁴³⁸.

La segunda premisa tiene que ver con la libertad de empresa y va en línea de la antedicho: como dijera muy temprano el Tribunal Constitucional, precisamente al hilo de la libertad de empresa (STC 37/1981, fj 2), la reserva

⁴³⁷ Véanse sus reflexiones sobre la opción de Castilla y León por el decreto-ley en *La transposición de la Directiva de servicios en el Estado Central y en la Comunidad autónoma de Castilla y León (un estudio de fuentes del Derecho)*.

⁴³⁸ Esto es también jurisprudencia asentada del TJCE: vid. MUÑOZ MACHADO, 2009, 7-10.

general de ley en materia de derechos fundamentales no es una reserva de ley estatal. El artículo 53.1 CE no predetermina el sujeto que ha de ejecutar la reserva: será el Estado o las Comunidades autónomas, en función del reparto material de competencias constitucional y estatutariamente establecido.

■ **4.2.2** El problema de qué sujeto es competente para transponer la Directiva es de una enorme complejidad, justamente por su transversalidad, por afectar a múltiples sectores económicos, algunos de los cuales están atribuidos en exclusiva a la Comunidad autónoma de Castilla y León. Del problema general se ocupa DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI en el trabajo que precede a éste⁴³⁹. Aquí procede ocuparse, tan sólo –y someramente– en lo que atinente a la libertad de empresa. Esta nos reconduce a las normas de los capítulos III y IV de la Directiva.

La Comunidad autónoma de Castilla y León tiene competencia sobre diversos sectores económicos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva⁴⁴⁰. Ahora bien, sobre las posibilidades de Castilla y León para regular mediante ley el ejercicio de la libertad de empresa en los sectores atribuidos a su competencia actúan varias tenazas estatales; en lo que aquí interesa, dos: una, común a todos los derechos fundamentales, el art. 149.1.1.^a CE; otra común a toda la regulación económica de las Comunidades autónomas, el art. 149.1.13^a.

La norma del artículo 149.1.1.^a habilita al Estado para dictar normas que establezcan las condiciones básicas que garanticen la igualdad en el ejercicio de la libertad de empresa en los distintos sectores económicos, sean o no de la competencia del Estado. Los capítulos III y IV de la Directiva precisamente contienen normas de este cariz: establecen criterios uniformes a los que deben atenerse todos los poderes públicos a la hora de regular el acceso de los empresarios a la prestación de servicios. Son normas que garantizan

⁴³⁹ *Estado autonómico y transposición de la Directiva de Servicios.*

⁴⁴⁰ La noción de servicios que maneja el actual artículo 57 TFUE (antiguo artículo 50 TCE) es una noción amplia –que engloba, por ejemplo, las actividades industriales–. La Directiva excluye de su ámbito de aplicación actividades muy relevantes (vid. artículo 2). No obstante, quedan en pie numerosas actividades privadas que caen bajo la esfera de intervención de la Comunidad castellano-leonesa, como el comercio o el turismo.

que los empresarios del sector servicios estén sujetos a iguales condiciones básicas en el ejercicio de su libertad de empresa. En consecuencia, caen de lleno dentro del ámbito reservado al Estado y es correcta la reserva a ley estatal. La ley *paraguas*, al transponer los capítulos III y IV de la Directiva, está ejerciendo válidamente la competencia del artículo 149.1.1ª CE⁴⁴¹.

El artículo 149.1.1ª CE es título suficiente para transponer los capítulos III y IV de la Directiva. Pero en favor de la transposición estatal de los mismos habla también el artículo 149.1.13.ª CE, al amparo de la generosa interpretación que de él ha hecho el Tribunal Constitucional. Sin entrar en detalles –que corresponden a otro lugar de esta obra–, lo que, según el Tribunal, otorga al Estado el citado precepto es la competencia para ordenar con carácter general la economía, al menos en sus aspectos básicos, lo que le permite incidir en sectores exclusivos de las Comunidades autónomas, como pueden ser la industria, el comercio o el turismo, todos ellos atribuidos a la competencia exclusiva de ellas (en el caso de Castilla y León, en el artículo 70 del Estatuto de Autonomía)⁴⁴². Allí donde no llega el Estado con sus competencias específicas puede llegar con esta competencia genérica, que el Tribunal Constitucional justifica en la necesidad de asegurar la *unidad económica*⁴⁴³.

⁴⁴¹ En la Disposición Final Primera de la Ley *paraguas* se dice: «Esta Ley, que tiene carácter básico, se dicta al amparo de lo establecido en el artículo 149.1.1.ª, 13.ª y 18.ª de la Constitución española». Desde luego, la regulación de los capítulos II y III de la Ley tiene su fundamento en el artículo 149.1.1.ª. Otra cosa es que la ley tenga a ese respecto carácter básico, porque “condiciones básicas” no es igual a “bases” o “legislación básica”, como advirtiera el Consejo de Estado en su dictamen al Anteproyecto de Ley, con fundamento en la doctrina del Tribunal Constitucional. Sin embargo, este mismo Tribunal, a la postre, ha aproximado ambas nociones. Este asunto se trata en otro lugar de este informe. En lo que se refiere expresamente a la libertad de empresa, vid. CIDONCHA, 2006: 355-357.

⁴⁴² Como dice la STC 225/1993, recogiendo doctrina precedente, «aun existiendo una competencia sobre un subsector económico que una Comunidad Autónoma ha asumido como “exclusiva” en su Estatuto [...]», esta atribución competencial «no excluye la competencia estatal para establecer las bases y la coordinación de ese subsector», de manera que «el ejercicio autonómico de esta competencia exclusiva pueda estar condicionado por medidas estatales» (fj 3 apartado C). En concreto, el Tribunal Constitucional ha admitido la intervención estatal ex art. 149.1.13.ª en sectores tales como agricultura y ganadería (SSTC 95/1986, 186/1988 o 128/1999, entre otras muchas), cultivos marinos (STC 103/1989), industria (STC 29/1986), vivienda (SSTC 152/1988, y 59/1995), turismo (SSTC 75/1989 y 242/1999), transportes terrestres intraautonómicos (STC 118/1996), comercio interior (SSTC 225/1993, 124/2003 y 157/2004), bolsas de valores (STC 133/1997) o retribuciones de los funcionarios públicos autonómicos (por todas, STC 62/2001).

⁴⁴³ Véase, por ejemplo, las SSTC 29/1986 (fj 4) y 133/1997 (fj 4.C).

Los capítulos III y IV de la Directiva contienen normas que ordenan las intervenciones públicas en el sector de los servicios, al objeto de someter esas intervenciones a criterios uniformes. En un Estado descentralizado como el nuestro, con una pluralidad de sujetos con capacidad para intervenir en ese sector, el artículo 149.1.13.^a CE, tal como lo ha interpretado el Tribunal Constitucional, es título apto para que la transposición de esas normas se hagan mediante una Ley estatal. Sólo el Estado está en condiciones de asegurar internamente la unidad de las condiciones básicas de ejercicio de la actividad económica en los servicios. Por eso la Ley *paraguas* se dicta también al amparo del art. 149.1.13.^a CE.

■ **4.2.3** Según se desprende de la exposición de motivos del Decreto-ley *ómnibus* castellano-leonés, este se dicta para aplicar la legislación básica de transposición de la Directiva *Bolkestein*, por lo que introduce las modificaciones legislativas necesarias que exigen tanto la Ley *paraguas* como la Ley *ómnibus* estatal. El Gobierno castellano-leonés no ha cuestionado, por tanto, el carácter básico de la Ley *paraguas*, como tampoco ha cuestionado las previsiones de la Ley *ómnibus* estatal. Admite así que las normas de los capítulos II y III de la Ley *paraguas* son normas básicas que condicionan el ejercicio de las competencias exclusivas que el Estatuto de Autonomía atribuye a Castilla y León.

El Decreto-Ley elimina autorizaciones previas (como las establecidas para las empresas y actividades turísticas) pero mantiene otras. Entre las que mantiene, la licencia comercial específica para grandes establecimientos comerciales, que dice expurgar de requisitos económicos (expresamente prohibidos tanto por la Directiva como por la Ley *paraguas*). En la exposición de motivos se apela a razones imperiosas de interés general: se dice que, a partir de 2.500 metros cuadrados, «los estudios técnicos existentes justifican la existencia de un impacto sobre la ordenación del territorio, el urbanismo y el medio ambiente»; y se asegura que «tanto la licencia comercial como los criterios de los que se hace depender su otorgamiento se ajustan al principio de proporcionalidad, ya que constituyen medios adecuados y necesarios para garantizar la salvaguarda de intereses generales imperiosos e indeclinables y, en concreto, porque un control a posteriori de la compatibilidad del gran establecimiento con esos intereses generales, una vez realizadas las inversiones, no sería realmente eficaz para la protección de esos intereses generales».

Castilla y León, al igual que otras Comunidades autónomas, se ha aprestado a defender la licencia comercial específica, pero aportando argumentos con la intención de sortear los obstáculos que pone la Directiva, argumentos extraídos del todavía Proyecto de Ordenación del Comercio Minorista. Está por ver si estos argumentos valen o si, a la postre, en el sector del comercio interior, se están cambiando las normas para que, en el fondo, no cambien las cosas.

El escrutinio de las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley *ómnibus* no corresponde aquí. Importa recalcar que todo él se plantea como un desarrollo o aplicación de las bases estatales, no como una transposición directa de la Directiva. Esto significa que un eventual conflicto entre el contenido de los capítulos II y III de la Directiva y la legislación autonómica podría reconducirse a un conflicto interno, de índole constitucional, esto es, a un conflicto entre la Ley *paraguas* –Ley básica que transpone el contenido de la Directiva– y la Ley autonómica –de desarrollo–. En este conflicto puede entrar el Tribunal Constitucional, que podría además recurrir a la Directiva para interpretar las leyes en conflicto⁴⁴⁴. Si el conflicto es sólo entre Directiva y ley interna, el Tribunal Constitucional no entra en juego, como es sabido.

5. Otras consideraciones

5.1 LOS SUJETOS DE LA ECONOMÍA DE MERCADO Y LA DIRECTIVA *BOLKESTEIN*

Una “economía de mercado” pone en relación a empresarios y consumidores, en el mercado (final) de bienes y servicios; y a empresarios y trabajadores, en el mercado (intermedio) de trabajo. La Directiva impacta sobre empresarios y consumidores, pero no sobre los trabajadores. Al menos eso es lo que resulta de la eliminación del “principio del país de origen” conte-

⁴⁴⁴ El Derecho Comunitario no es canon de control de constitucionalidad de las leyes, pero sí canon hermenéutico en la interpretación de los títulos competenciales (STC 12/1998).

nido en la propuesta inicial de la Comisión⁴⁴⁵. Por supuesto, el empresario comunitario que desee instalarse en España se someterá a la legislación laboral española, pero también el que, establecido en otro Estado miembro, se traslade temporalmente a España para prestar un servicio⁴⁴⁶. La Directiva, se encarga de aclarar, por una parte, que ésta no afecta ni al Derecho laboral (art. 1.6)⁴⁴⁷ ni a la legislación nacional en materia de Seguridad Social de los Estados miembros; por otra, que no afecta ni a los derechos fundamentales ni al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones sindicales (art. 1.7). La posición jurídica de los trabajadores españoles (entre ellos los castellanos y leoneses) no tiene por qué verse afectada por la Directiva.

Los empresarios españoles (entre ellos los castellanos y leoneses) salen beneficiados con la Directiva. De su implementación debe resultar la eliminación de trabas al ejercicio de su libertad de empresa. En particular, el cambio en los regímenes de autorización dignifica la libertad de empresa, la ubica como una libertad y no como una concesión del poder. Ahora bien, los empresarios ya no tendrán el salvoconducto que proporcionaba la concesión de la autorización administrativa, que, de hecho o de derecho, les libraba en la mayoría de las ocasiones de controles *a posteriori*. Tendrán libre acceso a la actividad de que se trate, pero deberán verificar por sí mismos que cumplen los requisitos exigidos para ejercerla, ante el riesgo de ser sancionados, especialmente si deben formular una declaración responsable o una comunicación previa a la Administración. El precio de la libertad es un mayor grado de responsabilidad⁴⁴⁸.

⁴⁴⁵ Conforme a este principio, el prestador de servicios quedaba sometido únicamente al régimen jurídico de su país de procedencia. En consecuencia, el desplazamiento temporal para la prestación de un servicio no requería estar sometido al Derecho del país de destino, sino únicamente al de procedencia.

⁴⁴⁶ El desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios se rige por la Directiva 96/71/CEE.

⁴⁴⁷ «es decir, 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, que los Estados miembros apliquen de acuerdo con la legislación nacional conforme al Derecho comunitario» (art. 1.6).

⁴⁴⁸ En este sentido, LINDE PANIAGUA, 2008: 89.

Los consumidores, por último, podrían ser los grandes paganos de la Directiva. Uno de los principales desafíos que plantea la Directiva es «evitar que la supresión de controles previos produzca como resultado [...] la desprotección de los derechos de los usuarios de los servicios, al desaparecer la intervención administrativa [previa] sobre las actividades»⁴⁴⁹. Para evitar este efecto indeseado, la Directiva dedica un capítulo (el V: Calidad de los servicios) a fijar directrices encaminadas a proteger a los usuarios de los servicios. Estas directrices se han incorporado a la Ley *paraguas* (capítulo V: Política de calidad de los Servicios), que se erige así en norma básica sobre la materia.

Debe repararse en que la protección de los consumidores es una de las razones imperiosas de interés general enumeradas expresamente por la Directiva [artículo 4.8)] que podrían justificar el mantenimiento de un régimen autorizatorio. A ellas se aferra el Decreto-Ley *ómnibus* castellano-leonés para justificar –entre otras razones– el mantenimiento de determinados regímenes de autorización previa: para el establecimiento en Castilla y León de los laboratorios y centros para la realización de análisis y pruebas de calidad sobre productos y bienes de consumo; en materia de espectáculos públicos y espectáculos taurinos; el previsto para los centros deportivos que imparten enseñanzas de titulaciones deportivas oficiales; y el establecido para las entidades, centros y servicios privados no integrados en el Sistema de Acción Social de Castilla y León.

5.2 LA ADMINISTRACIÓN, LA LIBERTAD DE EMPRESA Y LA DIRECTIVA *BOLKESTEIN*

Para facilitar la libertad de establecimiento y la libertad de prestación de servicios, en el capítulo II de la Directiva (Simplificación administrativa) se exigen diversas reformas en los procedimientos de actuación de las Administraciones Públicas. La Ley *paraguas* ha traspuesto esas normas en el capítulo IV (Simplificación administrativa). Esas reformas consisten en la simplificación de los procedimientos administrativos, en la instauración de una ventanilla única, en la mejora de la información de los prestadores y destinatarios y en la

⁴⁴⁹ RIVERO ORTEGA, 2009.

utilización de la vía electrónica. Las repercusiones administrativas de la Directiva son objeto de análisis en otro lugar. Aquí simplemente se deja constancia de esas normas, que han de contribuir a facilitar el ejercicio de la libertad de empresa.

Importa sobre todo recalcar el impacto del cambio en el sistema autorizatorio que diseña la Directiva sobre las Administraciones públicas: estas, «preparadas sobre todo para el control preventivo de la actividad económica de las empresas y sujetos privados», se verán obligadas «a orientar la preservación de los intereses públicos mediante un sistema de controles a posteriori»⁴⁵⁰. Todo un proceso de reforma de la organización y actividad de las Administraciones públicas, fundamentalmente las autonómicas y locales (y muy especialmente estas últimas) se atisba aquí. Este proceso pasa necesariamente «por situar efectivos (medios personales y materiales), hasta ahora dedicados a la tramitación de procedimientos autorizatorios, en las tareas de comprobación documental y realización de controles ex post, traducidos sobre todo en inspecciones administrativas»⁴⁵¹. También pasa por reforzar el régimen sancionador, para evitar el riesgo de que la facilidad de entrada en el mercado incentive el incumplimiento de exigencias antes comprobadas previamente por la Administración en los procedimientos autorizatorios.

La pregunta es si «con un simple chasquido de dedos, consumado por el legislador al transponerla [la Directiva], se puede llevar a cabo tan formidable transformación de estructuras, prácticas y formas de acción administrativas seculares»⁴⁵². Con chasquido o sin él, no queda más remedio que llamar a la responsabilidad de todas las Administraciones Públicas. Estas deben hacer los esfuerzos organizativos necesarios para evitar que, a la postre, en el sector servicios impere una suerte de *ley de la selva*. Nos jugamos algo más que el efecto útil de una Directiva comunitaria.

⁴⁵⁰ MUÑOZ MACHADO, 2009: 3. Añade el autor: «No es que estos últimos sean desconocidos, hasta ahora, en la práctica ordinaria de las Administraciones públicas, pero es bien visible en los ordenamientos de los Estados miembros la preferencia por los mecanismos preventivos de control y de contraste entre la adecuación de la actividad privada y los intereses generales».

⁴⁵¹ RIVERO ORTEGA, 2009.

⁴⁵² MUÑOZ MACHADO, 2009: 3

6. Conclusiones

Nuestros poderes públicos se han movido tradicionalmente desde el prejuicio de que la iniciativa económica privada, más que una libertad, es una concesión del poder (una regalía). Acaso también desde el prejuicio de que las actividades económicas privadas, guiadas por el interés particular, son actividades sospechosas, potencialmente lesivas para el interés general (sea lo que sea esto y sea quien sea el que lo defina). La aprobación de la Constitución, que incorporó la libertad de empresa al cuadro de derechos fundamentales, no supuso un gran cambio de esta mentalidad. Lo que surgió de la Constitución fue una pluralidad de entes con capacidad de intervenir en la actividad económica privada (Estado Central, Comunidades autónomas, entidades locales).

Esta mentalidad está cambiando como consecuencia de nuestra integración en la Unión Europea, pero aún subsisten importantes resabios. Uno de esos resabios es la calidad y cantidad de las autorizaciones previas que se exigen para ejercer la iniciativa privada en nuestro país. Someter a autorización previa (llámese como se llame) el ejercicio de una actividad económica supone, en la práctica, dejar al particular que quiere ejercerla en manos de la autoridad administrativa de turno, que es quien decide sobre el ejercicio de su libertad económica.

El sistema tradicional de autorización administrativa previa va a sufrir un cambio radical con la Directiva *Bolkestein*. No desaparece, pero se convierte en excepción que habrá de justificarse desde algo más que simples parámetros de racionalidad. Esta es su principal aportación a la libertad de empresa. Hemos visto que tiene trascendencia constitucional, porque obliga a someter al escrutinio de la proporcionalidad (la proporcionalidad *mutilada*) todas las intervenciones autorizatorias previas. *Bolkestein* acaba con la tradicional deferencia al legislador para configurar la libertad de empresa en los sectores incluidos dentro de su ámbito de aplicación.

Bolkestein acarrea el riesgo de que la libertad acabemos pagándola los consumidores, si los controles previos no son sustituidos por controles *posteriori* eficaces. Tiene también evidentes dificultades de implementación, por su carácter transversal (afecta a numerosos sectores económicos) y porque, en un Estado descentralizado como el nuestro, su ejecución normativa y administrativa involucra al Estado, a las Comunidades autónomas y a los

municipios. La coordinación entre Administraciones se antoja una necesidad imperiosa. Es también obvio que generará (y está generando) resistencias (especialmente visibles en el sector del comercio) que pueden acabar frustrando la consecución de sus objetivos.

Sin embargo, *Bolkestein* plantea también la oportunidad de un cambio de mentalidad en nuestros poderes públicos, empezando por el Tribunal Constitucional. La libertad de empresa es, junto con el derecho de propiedad, uno de los parientes pobres de la gran familia de los derechos fundamentales. Pero es un derecho fundamental como los demás, sólo que a su manera. A *su manera*, porque las razones para limitarla son mayores que para limitar otros derechos fundamentales. Nadie sensato puede desconocer que existen otros derechos fundamentales y numerosos y variados intereses generales (exigencias imperiosas de interés general) aptos para limitarla. Pero *como los demás*, porque, siendo un derecho fundamental, el control que la garantía de su contenido esencial impone no puede ser más laxo que el que se emplea para el resto de derechos fundamentales.

La diferencia entre la libertad de empresa y otros derechos fundamentales no es cualitativa sino cuantitativa: las razones que pueden alegar los poderes públicos para limitarla son muy amplias, todas las que caben en las exigencias de la economía general y en las tareas propias del Estado Social. Ahora bien, invocar esas razones no basta, no debe bastar para sacrificar la libertad de empresa. Eso no es respetar el contenido esencial de la libertad de empresa. Es necesario algo más, como ocurre –o debiera ocurrir– con los demás derechos fundamentales. La Directiva impone algo más: la proporcionalidad. La libertad de empresa debe ser tomada en serio: esta es la oportunidad que *Bolkestein* proporciona⁴⁵³.

⁴⁵³ La bibliografía citada en este trabajo está incluida en la selección bibliográfica al final del texto.



Parte tercera

**Aspectos
administrativos
generales
y económicos**



Capítulo VI

La transposición de
la Directiva de Servicios
en Castilla y León:
valoración crítica
de la estrategia
de transposición
y las medidas adoptadas

SUMARIO

- 1. Introducción:** El Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre (Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León) es sólo un primer paso.
 - 2. El proceso seguido en la Comunidad Autónoma de Castilla y León.**
 - 3. Una cuestión de formas: ¿Es aceptable el recurso al Decreto-Ley autonómico?**
 - 4. Grado de cumplimiento de las exigencias de la Directiva.**
 - 4.1** Medidas adoptadas.
 - 4.2** Grado de cumplimiento de cada uno de los epígrafes de la Directiva.
 - 5. Comparativa autonómica.**
 - 6. Conclusión. Una perspectiva del impacto de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Castilla y León**
-

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN CASTILLA Y LEÓN: VALORACIÓN CRÍTICA DE LA ESTRATEGIA DE TRANSPOSICIÓN Y LAS MEDIDAS ADOPTADAS

Ricardo Rivero Ortega
Catedrático (Acreditado) de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

1. Introducción. El Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre (Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León) es sólo un primer paso

La Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, está produciendo en el Ordenamiento español un impacto parangonable al que tuvo lugar hace aproximadamente un cuarto de siglo, con motivo del ingreso de España en la Comunidad Europea, hecho histórico que obligó a la recepción del acervo comunitario mediante la modificación de numerosas normas y prácticas administrativas.

Para darse cuenta de la envergadura de esta nueva oleada de transposición del Derecho europeo, basta con estar al tanto de las leyes aprobadas con este fin en los últimos días de 2009 y los primeros de 2010, fechas que han sido particularmente intensas para los boletines oficiales.

El del Estado publicó el 23 de diciembre la llamada Ley Ómnibus, Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (Ley 17/2009, de 23 de noviembre, publicada en el BOE el 24 de noviembre), norma que reforma cerca de medio centenar de disposiciones con rango de ley.

Los diarios y boletines oficiales de las Comunidades Autónomas también han publicado varias leyes de transposición en los últimos días de 2009, como después veremos, aunque todavía son muchas las disposiciones que tendrán que ser aprobadas para cumplir formalmente todas las exigencias de la norma europea. Faltan aún leyes y sobre todo reglamentos que traduzcan al Derecho interno lo previsto en este texto, que determina cambios más que considerables. Si es verdad que se está avanzando en esta línea, como muestra la puesta en marcha de la Ventanilla Única Electrónica y el Sistema de Información del Mercado Interior, todavía es mucho lo que queda por hacer.

Porque aunque el artículo 44 de la Directiva establecía la obligación de los Estados miembros de poner en vigor las “disposiciones legales, reglamentarias y administrativas” necesarias para la transposición a más tardar el 28 de diciembre de 2009, superada esta fecha sólo disponemos de parte del primer sumando de esa tríada –las disposiciones legales– estando pendientes la mayoría de las reformas reglamentarias y administrativas requeridas para cumplir con la Directiva.

Como veremos en las páginas siguientes, ésta es la situación también en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en cuya realidad y Ordenamiento se centrará nuestro estudio. Las reformas de las leyes autonómicas necesarias para cumplir con lo establecido en la Directiva de Servicios se hacen esperar hasta la aprobación del Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León. Y sólo después vendrán las medidas reglamentarias, organizativas y procedimentales.

Puede sin embargo que algunas medidas ya en marcha, como la descarga burocrática, sirvan para garantizar el cumplimiento de los principios de la Directiva, pero todavía queda mucha tarea pendiente en nuestra Comunidad Autónoma para poner a la altura de las circunstancias tanto los marcos reguladores de los servicios como la Administración autonómica interventora de la iniciativa empresarial.

Este estudio, que no será sólo expositivo, pretende contribuir al mejor aprovechamiento de las oportunidades que considero presenta la transposición de la Directiva de Servicios, desde la convicción de que esta norma ofrece un equilibrio idóneo entre las tendencias liberalizadoras de la economía y las exigencias colectivas de nuestro modelo europeo de sociedad. Armonización entre la economía liberal y los imperativos sociales que no pueden enten-

derse a mi modo de ver como una opción política, sino que representan una exigencia constitucional y estatutaria en nuestra Comunidad Autónoma.

No en vano el primer artículo del Estatuto de Autonomía de Castilla y León proclama nuestra adscripción a los valores de la Unión Europea, en cuyo Tratado encontramos hoy una referencia explícita a la Economía Social de Mercado. La integración de las medidas de transposición de la Directiva de Servicios en este esquema de Economía de Mercado respetuosa de principios de la política social debiera estar presente en cada uno de los pasos dados por los responsables públicos de Castilla y León para cumplir con las exigencias económicas (y también sociales) de Europa.

Vamos a ver a continuación los pasos que se han dado hasta ahora.

2. El proceso seguido en la Comunidad Autónoma de Castilla y León

Los trabajos para la transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Castilla y León se inician años antes del dictado del reciente Decreto-Ley. No debe olvidarse el dato de la entrada en vigor de la norma europea el 28 de diciembre de 2006, según su artículo 45, esto es, tres años antes de la finalización del plazo concedido a los Estados miembros para llevar a cabo la transposición a sus ordenamientos. Debe recordarse también que originalmente estaba previsto un plazo de dos años, pero se consideró necesario ampliarlo a tres años por el volumen y la profundidad de las reformas requeridas.

Tres largos años durante los cuales se han avanzado proyectos a nivel estatal, pero quizás no se han divulgado lo suficiente entre los responsables públicos de los niveles autonómico y local (probablemente tampoco lo suficiente entre los de la Administración del Estado) las repercusiones que estaba llamada a tener la Directiva de Servicios. El grado de desconocimiento de la norma europea entre muchos cargos relevantes de los municipios españoles (y también de altos funcionarios autonómicos) era alto aún en los primeros meses del año 2009, circunstancia que explica algunos de los problemas de la transposición de la Directiva de Servicios en nuestro país.

Un indicador de esta falta de difusión nos lo daría la fecha de organización de foros, jornadas, publicaciones y/o cursos sobre la Directiva, que no proliferan hasta la segunda mitad del año pasado.

A nivel del Estado, ha sido el Ministerio de Economía el encargado de coordinar todo este proceso, que afecta sin embargo a otros muchos departamentos ministeriales, como tan claramente nos muestra la Ley Ómnibus estatal (Ley 25/2009). En la Comunidad Autónoma de Castilla y León, en cambio, la coordinación no ha correspondido a la Consejería de Economía (no al menos en su última fase), sino a la Consejería de Presidencia, que la ha dejado en manos de su Dirección General de Relaciones Institucionales y Acción Exterior.

La localización de las funciones coordinadoras en esta Dirección General ha obedecido probablemente a la necesidad de señalar un interlocutor a efectos de implementación del Sistema de Información del Mercado Interior. Tiene cierto sentido también que una única instancia se ocupara de recibir todos los resultados del diagnóstico de reformas requeridas, impulsándolas en un proyecto único y común. Pero también debe señalarse desde ahora el inconveniente de la disgregación de responsabilidades afectadas de lleno por la transposición de la Directiva, resultado inevitable de la compleja estructura organizativa regional.

Así, la Consejería de Economía ostentaría muchas de las competencias sectoriales afectadas, pero también otras (Justicia e Interior, por ejemplo) presentan proyecciones sobre su normativa. La Consejería de Administración autonómica debiera tener el protagonismo en todo lo relativo a las reformas administrativas, pero junto a ella también debe recordarse la ubicación de competencias sobre Administración local en la Consejería de Justicia e Interior, en la que también se integra la Agencia de Protección Civil y Consumo, instancia sobre la que habrían de proyectarse como después diré considerables repercusiones normativas y procedimentales tras la transposición de la Directiva.

Durante los años 2007 y 2008 los trabajos para la transposición de la Directiva de Servicios pueden resumirse en la recopilación de información, los análisis de las normas afectadas y la creación de órganos con representación de los distintos departamentos. El grado de conocimiento de las reformas requeridas por la norma europea en este período, sin embargo, puede carac-

terizarse como escaso, pues apenas se hace referencia a las mismas en modificaciones normativas o administrativas conectadas a las mismas. A pesar de estar ya en vigor la norma europea, no encontramos menciones a sus implicaciones en normas sectoriales que ahora han tenido que ser reformadas (a pesar de aprobarse durante este período).

Por la información que nos suministró la Dirección General competente en julio de 2009, meses antes se había realizado la identificación de las leyes (entre 15 y 20), decretos y procedimientos afectados (alrededor de 400). Aunque el número final podría variar (sobre todo de los últimos), el Gobierno regional sabía a mediados de 2009 cuáles eran los sectores afectados y disponía ya de un plan de reforma (dentro de los plazos máximos, antes del 28 de diciembre de 2009). Reforma diseñada sólo para las normas legales, pues no encontramos concatenada inmediatamente las adaptaciones reglamentarias o procedimentales, lo que puede dar lugar a dificultades prácticas en el cumplimiento efectivo de las exigencias de la Directiva.

Meses antes también se creó un grupo de trabajo, integrado por un representante por cada Consejería. Este grupo de trabajo habría servido para coordinar la identificación de las normas y procedimientos. En el Ejecutivo regional, sin embargo, las principales responsabilidades, como ya hemos dicho, se localizaron en la Dirección General de Relaciones Institucionales y Acción Exterior (Consejería de Presidencia).

Otras direcciones generales, sin embargo, han asumido también cierto protagonismo en el proceso de transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León. Así la Dirección General de Calidad de los Servicios (Consejería de Administración autonómica), en lo relativo a las medidas de descarga burocrática; o la Dirección General de Comercio (Consejería de Economía y Empleo), para todo lo relativo a la modificación de la normativa comercial; o la Dirección General de Turismo (Consejería de Cultura y Turismo), para la modificación de la normativa turística.

En el verano de 2009 se manejaba un Borrador (previo al formato de Anteproyecto de Ley, que no llegó a ser tramitado como tal) que por su carácter provisional no era aún público, pero que podría haberlo sido hacia los meses de septiembre u octubre de 2009. De haberse hecho público entonces, se hubiera podido seguir la vía al parecer diseñada como "Plan A" de tramitar un Proyecto de Ley en las Cortes de Castilla y León, sin necesidad de pasar

a lo que podemos calificar de “Plan B”: La aprobación final de un Decreto-Ley autonómico.

De acuerdo con la primera estrategia al parecer diseñada por la Junta de Castilla y León, la reforma normativa se realizaría en dos tiempos. Primero se aprobaría la reforma legal, en un único texto que serviría para adaptar las leyes de la Comunidad Autónoma tanto a la Ley de Libre Acceso y Ejercicio como a la Ómnibus del Estado. Después se reformarían los decretos y los procedimientos administrativos. Las premuras temporales, por lo visto, no permitirían definitivamente seguir el primer plan.

La Ley Ómnibus autonómica, como ya he dicho, sería una única Ley, al menos en este sentido se pronunció el Presidente Herrera en el último debate de política general en las Cortes de Castilla y León. Esto querría decir que la modificación de la Ley de Comercio autonómica se incorporaría también al texto de la Ley Ómnibus, a diferencia de la estrategia de otras Comunidades Autónomas que planteaban entonces (como el Estado), la reforma del sector comercial en una modificación aislada de su propia norma.

Por fin el primer paso formal de la transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Castilla y León se traduciría en la aprobación del Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León, publicado (publicado en el BOCyL el 26 de diciembre de 2009, aunque no accesible en su edición electrónica ese mismo día, quizás por problemas técnicos no pudimos consultarlo hasta dos días después). Este Decreto-Ley autonómico sería convalidado sin votos en contra en las Cortes de Castilla y León el lunes 25 de enero de 2009, rechazándose la petición del Grupo Socialista, que solicitó su tramitación como proyecto de Ley, siquiera por el procedimiento de urgencia.

Aunque puede considerarse este Decreto-Ley la primera gran medida de adaptación del Ordenamiento castellano y leonés a la Directiva europea de Servicios, debe advertirse de la existencia de un bloque de reformas normativas que se han anticipado a este paquete, por ser también desarrollo de otra política de la Junta de Castilla y León, cual es la modernización administrativa. Algunas de las exigencias administrativas de la Directiva se reflejan ya en una norma aprobada (el Decreto 23/2009, de simplificación documental) y otra avanzada como Proyecto (Ley de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración).

Sobre la primera norma, el Decreto 23/2009, de 26 de marzo, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos, hay que decir que incluye tanto aspectos de simplificación administrativa (pretende eliminar el 30% de los trámites, de conformidad con los compromisos contraídos por nuestro país en Europa para la descarga burocrática), como referencias a las “declaraciones responsables”. Aunque no menciona la Directiva de Servicios, claramente pueden asociarse muchas de sus previsiones a las exigencias de la norma europea, trascendiendo por supuesto su ámbito de aplicación.

Sí hace referencia a la Directiva el Proyecto de Ley de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de gestión pública (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León de 18 de diciembre de 2009) desde su Exposición de Motivos, que señala las conexiones entre buena administración y competitividad económica, así como en varios de sus artículos, como el dedicado a la Ventanilla Única Electrónica, que se pueden leer con la clave de la transposición de la Directiva. También la Disposición Adicional tercera, en sintonía con el nuevo régimen del silencio administrativo avanzado por la Ley Ómnibus del Estado.

Más allá de estas medidas publicadas en los boletines oficiales de Castilla y León y las Cortes de Castilla y León, en la exposición de todo el proceso seguido en la Comunidad Autónoma para la transposición de la Directiva de Servicios, no puede pasarse por alto la polémica generada con motivo de las autorizaciones de instalación de nuevas superficies comerciales en el entorno de Valladolid (especialmente, el caso de Ikea). En los últimos meses, se han sucedido las declaraciones de responsables públicos y representantes de los grupos de presión del sector comercial a favor y en contra de la reforma normativa anticipada para, derogando las limitaciones de metros para superficies comerciales, permitir la concesión de la licencia a estas iniciativas.

Una vez se aprueba la reforma de la Ley de Comercio, comenzarán a concederse nuevas autorizaciones de establecimiento de superficies comerciales, sin las limitaciones de número de metros establecidas anteriormente en la Comunidad Autónoma. Pero probablemente estas licencias den lugar a nuevas controversias, ora de carácter urbanístico, ora por su efecto sobre los competidores establecidos. Para calibrar el impacto de la transposición de la Directiva de Servicios será preciso seguir las decisiones administrativas que se

adopten en ejecución del Decreto-Ley 3/2009 y las acciones judiciales que eventualmente se interpongan contra las mismas.

Al fin y al cabo, que este proceso no concluye con este Decreto-Ley se pone de manifiesto a la vista de su Disposición Final Segunda, que habilita a la Junta de Castilla y León para dictar las disposiciones reglamentarias que sean precisas en el desarrollo y ejecución de estas reformas legales. Y son muchas como he advertido las pendientes, aunque a finales del mes de enero de 2010 no tengamos noticia de borradores del futuro ¿Decreto-Ómnibus? que eventualmente deben estar preparando las Consejerías afectadas por las reformas legales para adecuar reglamentos y procedimientos al nuevo marco regulador resultante de la transposición.

3. Una cuestión de formas: ¿Es aceptable el recurso al Decreto-Ley autonómico?

Acabo de incluir en el relato del proceso seguido para la transposición en nuestra Comunidad Autónoma la referencia al debate parlamentario sobre la conveniencia o no de tramitar como Proyecto de Ley (por el procedimiento de urgencia) el Decreto-Ley 3/2009, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León. Me parece importante analizar monográficamente esta controversia, que trasciende la transposición en sí, pudiendo sentar un precedente problemático en lo relativo a la transposición del Derecho europeo y las reformas estructurales de alcance no sólo económico.

En cualquier caso, este análisis de la estrategia adoptada para llevar a cabo la transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León debe entrar necesariamente en la opción normativa seguida por el Gobierno regional para aprobar las reformas –el Decreto-Ley–, más teniendo en cuenta la citada polémica habida en las Cortes de Castilla y León entre el Grupo Popular y el Grupo Socialista en torno a la disyuntiva de la mera convalidación o su tramitación como Proyecto de Ley. Si sobre el fondo de las medidas adoptadas no parece existir gran controversia (a la vista de la falta de votos en contra de las mismas), sí se ha planteado en torno a las consecuencias de la utilización del Decreto-Ley desde el punto de vista de las dinámicas democráticas y la toma de decisiones en un régimen parlamentario.

Para valorar si el recurso al Decreto-Ley es jurídicamente adecuado y legítimo, hemos de recordar en primer lugar su previsión en el Estatuto de Autonomía de Castilla y León, detenernos después en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la utilización de decretos-leyes para adoptar reformas regulatorias y, por fin, ponderar si los argumentos esgrimidos por los defensores de esta herramienta (el retraso en la adopción de las medidas del Estado y el riesgo de condenas por incumplimiento de los plazos de transposición de la Directiva) son efectivamente plausibles o no.

La última reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, aprobada mediante Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, incorporó al precepto sobre la potestad legislativa (artículo 25) un apartado cuarto con el siguiente tenor: “En caso de extraordinaria y urgente necesidad, la Junta podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar a la reforma del Estatuto, a la regulación y fijación de la sede o sedes de las instituciones básicas de la Comunidad, al régimen electoral, al presupuestario, al tributario y al de los derechos previstos en el presente Estatuto. Tampoco podrá utilizarse el Decreto-Ley para la regulación de materias para las que el presente Estatuto exija expresamente la aprobación de una ley de Cortes”.

Al igual que en el texto de la Constitución Española, el precepto de nuestro Estatuto de Autonomía parece plantear numerosas reservas y limitaciones al recurso al Decreto-Ley. Tiene que concurrir un presupuesto de hecho habilitante extraordinario y urgente y, además, no pueden afectarse materias especialmente sensibles mediante esta norma. Se intenta evitar el “Gobierno por Decreto” pues en nuestro sistema político el papel predominante ha de corresponder necesariamente a las Cortes, lo que tiene su traducción también en las fuentes del Derecho con la posición predominante que ocupa naturalmente la Ley.

Un Decreto-Ley, como es bien sabido, no presenta las garantías de mayor calidad y legitimidad que ofrece (al menos en teoría) el procedimiento legislativo. Un Decreto-Ley se prepara y presenta sin apenas participación de todas las instancias que podrían aportar considerables observaciones a su contenido, mejorándolo técnicamente y apuntado los inconveniente de tales o cuales soluciones regulatorias.

Estas objeciones, sin embargo, afectan más a la legitimidad que a la juridicidad del instrumento normativo utilizado. Juridicidad que no puede discutirse

en este caso tanto con argumentos sobre la reserva de Ley como por la falta de concurrencia del presupuesto de hecho habilitante (la extraordinaria y urgente necesidad).

Desde luego, el problema en la utilización de esta herramienta normativa de urgencia no radica en este caso en las materias reguladas, pues evidentemente no estamos ante ninguna de las expresamente vedadas al Decreto-Ley por el apartado cuarto del artículo 25 del Estatuto de Autonomía, salvo recurriendo a una interpretación expansiva del régimen de los derechos contemplados en el Estatuto.

Pero sí no puede objetarse en razón a las materias reguladas la juridicidad de este Decreto-Ley, la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante –la “extraordinaria y urgente necesidad”– sí resulta cuestionable a mi juicio, máxime teniendo en cuenta el amplísimo plazo concedido para la transposición de la Directiva (¡tres años!) y partiendo de la jurisprudencia constitucional que asocia las responsabilidades de transposición al reparto de competencias entre Estado y Comunidades Autónomas.

Es claro que la estrategia “en cascada” que se ha seguido en nuestro país no ha favorecido precisamente el cumplimiento de los plazos. Aunque no todas las Comunidades Autónomas han esperado a la aprobación de las reformas del Estado, la mayoría sí ha puesto sus ojos en los anteproyectos y proyectos de Ley impulsados por el Gobierno de España antes de aprobar sus propias reformas, con el resultado de descartar (salvo en casos excepcionales, como el aragonés en parte) una transposición anticipada con el fin de aprovechar algunas de las potenciales ventajas económicas del nuevo marco regulatorio, traducidas en la creación de puestos de trabajo precisamente en un momento de crisis económica.

Se ha esgrimido incluso en las Cortes de Castilla y León el argumento de la tardanza del Estado como razón para el recurso al Decreto-Ley, pero esta idea es aceptable sólo en parte, pues si bien es cierto que el BOE no publica la Ley Ómnibus estatal hasta la víspera de Nochebuena, también lo es que sus contenidos eran bien conocidos en casi todas sus posibles repercusiones sobre la normativa autonómica mucho antes. La tardanza en la aprobación de las reformas estatales, por otro lado, no ha evitado la aprobación de la modificación de la Ley de Comercio, cuyo texto final aún no ha sido publicado en el Boletín Oficial del Estado, aunque probablemente no

situará a la modificación castellano-leonesa en contradicción sobrevenida porque pueden vaticinarse sus soluciones en puntos clave como el posible mantenimiento de la exigencia de autorización para las grandes superficies comerciales.

Por otro lado –y éste sería un fundamento sólido del cuestionamiento de la constitucionalidad del Decreto-ley– la Comunidad Autónoma podía haber impulsado la inmensa mayoría de las reformas de su propia normativa al margen de las modificaciones concretas de las leyes del Estado, porque la apreciación de la concurrencia de las razones imperiosas de interés general para el mantenimiento de los regímenes autorizatorios o el silencio negativo debe y puede realizarla cada poder legislativo dentro de sus competencias. Salvo quizás la reforma de la Ley de Comercio, que por su carácter básico condicionaba en cierta medida decisiones del legislador autonómico, los poderes normativos de la Comunidad Autónoma de Castilla y León disponían de toda la información que necesitaban para aprobar sus reformas muchos meses antes de la finalización del plazo.

Desde mi punto de vista, pues, no concurría el presupuesto de hecho habilitante de extraordinaria y urgente necesidad, salvo que aceptemos que se puede invocar las propias dilaciones como explicación factual de la urgencia, como a mi juicio se ha producido. Desde mi punto de vista, el planteamiento del plazo de transposición no sólo a modo de límite, sino como término que debía ser agotado en todo caso, explica el resultado de premura temporal que probablemente ha hecho imposible el recurso a la Ley, mientras si se hubiera entendido la transposición de la Directiva de Servicios como una real oportunidad de reacción frente a la crisis económica y la pérdida de puestos de trabajo, seguramente no se hubiera interpretado el plazo llevándolo hasta el extremo.

¿Puede tildarse de inconstitucional, por las razones expuestas, el Decreto-Ley 3/2009? Es cierto que el Tribunal Constitucional ha podido contribuir a una relativización del presupuesto de hecho habilitante de los decretos-leyes, matizando su carácter extraordinario, pero también lo es que ha remarcado en varias ocasiones que no estamos ante “una cláusula o expresión vacía de significado dentro de la cual el lógico margen de apreciación política del Gobierno se mueva sin restricción alguna, sino, por el contrario, la constatación de un límite jurídico a la actuación mediante decretos-leyes” (STC 137/2003, reiterando otras anteriores). Afirmaciones que, por supuesto, son

perfectamente predicables de las previsiones de los Estatutos de Autonomía sobre los decretos-leyes autonómicos.

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre la utilización del Decreto-Ley como herramienta para llevar a cabo reformas económicas presenta un hito de gran relevancia en su Sentencia de 28 de marzo de 2007, que resolvió los recursos de inconstitucionalidad presentados contra el Real Decreto-Ley 5/2002, de 24 de mayo, de medidas urgentes para la reforma del sistema de protección por desempleo y mejora de la ocupabilidad.

En esta Sentencia el Tribunal Constitucional estableció que “aún habiéndose descartado que la utilización por el Gobierno de su potestad legislativa extraordinaria deba circunscribirse a situaciones de fuerza mayor o de emergencia, es lo cierto que hemos exigido la concurrencia de ciertas notas de excepcionalidad, gravedad, relevancia e imprevisibilidad que determinen la necesidad de una acción normativa inmediata en un plazo más breve que el requerido para la tramitación parlamentaria de las leyes, bien sea por el procedimiento ordinario o por el de urgencia”.

El Decreto-Ley es una herramienta perfectamente apta para llevar a cabo reacciones regulatorias o de intervención pública económica ante coyunturas problemáticas, como son claramente las situaciones de crisis. Pero si la razón para recurrir al Decreto-Ley es la crisis económica o la recesión, entonces la reacción ha de ser rápida y acompasada a la evolución de esas circunstancias. A mi modo de ver, hubiera sido perfectamente aceptable la utilización de esta herramienta para llevar a cabo una transposición anticipada de la Directiva de Servicios dentro de las competencias propias de la Comunidad Autónoma de Castilla y León. No así cuando a todas luces se ha superado el ecuador de la recesión económica (se ha tocado fondo, al parecer) y la recuperación se vislumbra en un escenario más próximo o más lejano.

Resulta particularmente censurable en mi opinión el recurso al Decreto-Ley si tenemos en cuenta que las modificaciones normativas a realizar para la transposición de la Directiva de Servicios de Castilla y León no eran precisamente difíciles de prever. La Comunidad Autónoma ha dispuesto, como el Estado, de tres años para llevar a cabo sus adaptaciones. Ninguna norma ni principio establece que los plazos deban llevarse al límite.

¿Qué dice la Exposición de Motivos del Decreto-Ley 3/2009, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León, para justificar su

dictado? Pues muy poco: se limita a decir que “La aprobación del presente Decreto-Ley está justificada en la necesidad urgente y extraordinaria de modificar, antes del 26 de diciembre de 2009, la legislación dictada por la Comunidad de Castilla y León en las materias afectadas por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su ejercicio, y por la Ley de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, con el fin de efectuar su comunicación en plazo a la Administración General del Estado; y de ponerlas en vigor antes del día 28 de diciembre de 2009 con el fin de evitar un posible incumplimiento imputable a la Comunidad de Castilla y León y la correlativa asunción de las responsabilidades en los términos establecidos en la Disposición Final cuarta de la Ley 17/2009 citada”.

Es cierto que el Derecho europeo y la Ley de Libre Acceso a las Actividades y Servicios y su ejercicio contemplan la posibilidad de exigir responsabilidades por incumplimiento de sus previsiones, pero en este caso puede decirse que quien parece haberse visto sobrepasado por el transcurso del tiempo esgrime el retraso ajeno para justificar la utilización de potestades extraordinarias. En mi opinión, la dilación en la aprobación de las reformas del Estado podría justificar una exención o atenuación de la responsabilidad de las autoridades autonómicas o locales en el momento de señalar las instancias responsables, o cuando menos la apreciación de una responsabilidad concurrente que también implicaría la del Estado, pero no es razón suficiente para el recurso al Decreto-Ley.

Que el retraso del Estado no es razón suficiente queda de manifiesto por el dato de que otras Comunidades Autónomas han tramitado sus leyes de adaptación de la Directiva en tiempo y forma, lo que demostraría que no era en modo alguno imposible recurrir al procedimiento legislativo. El hecho de que también la Comunidad Autónoma de Castilla y León pensara hacerlo resulta elocuente, porque cuando se anunciaron las reformas legales podía ya vaticinarse el calendario de aprobación de las reformas del Estado. Y el rechazo a la tramitación como Ley por el procedimiento de urgencia, desde mi punto de vista, no encuentra razón alguna salvo la de sustraer al debate el fondo de muchas de las reformas adoptadas.

Son muchos los inconvenientes de la utilización del Decreto-Ley, comenzando por el déficit participativo y la pérdida de calidad de las normas adoptadas, al no poder ser contrastadas en las Cortes, cuyo papel en la

mejora de las propuestas normativas tiene cierto sentido, no lo olvidemos. La elusión del Dictamen del CES también me parece una pérdida relevante cuando afecta a un conjunto de reformas llamadas a tener un impacto relevante sobre la economía regional, la creación de puestos de trabajo y los derechos de consumidores y usuarios.

Es indudable que el Gobierno regional ha de tener un protagonismo de impulso de la transposición en la Comunidad Autónoma, pero el esquema de la división de poderes que consagra nuestro Estatuto no queda bien parado cuando las Cortes de Castilla y León se mantienen al margen de este proceso, salvo en la posterior convalidación del Decreto-Ley. El recurso a otras vías intermedias, con la delegación legislativa prevista en el apartado tercero del mismo artículo 25 en el que ahora se contemplan los decretos-leyes, hubiera permitido un debate previo en Cortes, sin necesidad de precisar todos los detalles de cada una de las reformas, concediendo al Ejecutivo autonómico margen suficiente para adaptar sus normas a las reformas en el nivel del Estado.

Hasta aquí el análisis de la herramienta formal empleada para dar el primer y fundamental paso de transposición de la Directiva de Servicios al Ordenamiento autonómico de Castilla y León. A continuación ofreceré un análisis de fondo de las medidas incluidas en el Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León, para comprobar el grado de cumplimiento material de las exigencias de la norma europea.

No me detendré en todas ellas porque muchas son objeto de un tratamiento monográfico en este informe, en trabajos específicos sobre el sector comercio, el medio ambiente, o las actividades sujetas a colegiación.

4. Grado de cumplimiento de las exigencias de la Directiva

4.1 MEDIDAS ADOPTADAS

El Decreto-Ley se estructura en un Título I, sobre medidas generales (Administración pública, consumidores y usuarios, servicios profesionales); un Título II, sobre servicios comerciales; un Título III, sobre servicios turísticos; un Título IV, sobre servicios medioambientales; un Título V, sobre

espectáculos y juego; un Título VI, dedicado a otras medidas (carreteras, centros educativos, mediación familiar, sanidad animal, salud pública, seguridad industrial, servicios sociales, otras); más seis disposiciones adicionales, tres transitorias, una derogatoria y tres finales.

En el Capítulo I del Título I se exponen las medidas generales sobre Administración Pública. Se contempla la posible creación de “Centros de Gestión Unificada”, modificándose para ello la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. Se trata de órganos administrativos encargados de la gestión de “procesos” de cierta complejidad. El concepto de proceso que se introduce en el nuevo artículo 35bis de la Ley de Gobierno y Administración coincide con la clásica definición de procedimiento administrativo, si bien recurriendo a una jerga aparentemente extraída de los discursos sobre calidad.

En todo caso estos centros de gestión unificada deben ser creados por Decreto, norma reglamentaria que debe determinar tanto su organización como normas de funcionamiento, de manera que su posible aportación a la agilización y simplificación de los procedimientos, en la que radicarían las conexiones con la Directiva de Servicios, queda subordinada a la aprobación de tales decretos, que constituirán al tiempo normas de traslado de funciones materiales (de gestión) a tales órganos, a los que en principio no se atribuyen competencias decisorias ni finalizadoras de tales procesos.

Además de contemplar la posible creación de los centros de gestión unificada, se reforma también la Ley de Gobierno y Administración para incluir entre las reglas de actuación de la Administración autonómica la puesta a disposición de los interesados de los modelos de declaración responsable y comunicación previa, para poder presentarse por vía electrónica y a distancia, en la línea de lo establecido en la Directiva. Una previsión que tendría mejor acomodo en el Proyecto de Ley de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración autonómica, aunque quizás una solución codificadora idónea pasaría por integrar ambas, o separar una Ley de Gobierno de la Ley de derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad Autónoma.

Un tercer cambio de la Ley de Gobierno y Administración de Castilla y León se proyecta sobre la lista de documentos y estudios que deben acompañar a las memorias de los proyectos de Ley (artículo 75.3). A los ya previstos, se

suman dos nuevos apartados e) y f) que exigen respectivamente incluir informe motivado de las razones de interés general que determinan el efecto desestimatorio del silencio administrativo (no sólo por cierto respecto de las actividades incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva, sino con carácter general) y motivación de los regímenes autorizatorios (en este caso, sólo para las actividades de servicios, pero sin explicitar las exclusiones de la Directiva), particularmente de la concurrencia de las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

A las medidas previstas en el Capítulo I hay que sumar las previstas en las Disposiciones adicionales segunda y tercera, en materia de procedimientos administrativos. La Disposición Adicional Segunda, sobre el sentido del silencio administrativo, contiene una previsión similar a la que también encontramos en la Ley Ómnibus del Estado dando por supuesta la concurrencia de razones imperiosas de interés general allí donde las normas contemplan (antes de la transposición de la Directiva) un silencio negativo. Y la Disposición Adicional Tercera también generaliza y da por supuesto el carácter preceptivo y determinante del sentido de la resolución de todos los informes de la misma Administración u de otra. Esto con independencia de que estemos ante procedimientos relacionados con actividades de servicios o no.

Se trata de dos previsiones de procedimiento administrativo que pueden ser objeto de una intensa crítica por su carácter indiscriminado y en contra del principio de celeridad y de respeto de los plazos y la obligación de resolver que corresponde a la Administración Pública. El incumplimiento de los tiempos en los trámites administrativos se carga a los interesados, que son los que sufren la demora de un informe, al paralizar en todo caso el procedimiento, o reciben el no por respuesta cuando un órgano administrativo desatiende su deber de contestar antes del límite temporal establecido por las normas. Estamos, pues, al menos desde mi punto de vista, ante reformas contrarias a lo exigido por la Directiva.

El Capítulo II del Título Primero recoge las medidas en materia de Consumidores y Usuarios. Sorprende la escasa atención dedicada a esta materia, traducida en una muy escueta reforma de la Ley 11/1998, de 5 de diciembre, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla y León. Apenas una transcripción de los derechos de los consumidores a que se contesten sus demandas y no ser objeto de discriminaciones por parte de los prestadores, y el

mantenimiento de la exigencia de autorización para los laboratorios y centros de realización de pruebas de calidad sobre productos y bienes de consumo.

No hay referencias en esta reforma al papel fundamental que ha de desarrollar en adelante la inspección de consumo, que tiene que convertirse en un nodo intercomunicado de la unión administrativa europea de entidades controladoras de la actividad de los prestadores, que a partir de ahora se establecerán más libremente. Exigencias como las relativas al intercambio recíproco de información sobre la honorabilidad de los prestadores habrían de ser expresamente previstas en la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla y León, habiendo sido obviadas por este Decreto-Ley.

La necesidad de reformar la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla y León para habilitar los intercambios de información y la colaboración recíproca entre las autoridades encargadas de llevar a cabo los controles, me parece aún más necesaria teniendo en cuenta el posible flujo de prestadores en zonas transfronterizas, en una región tan próxima a Portugal y en la que se han presentado recientemente las iniciativas del Gobierno autonómico en el sentido de propulsar el establecimiento de empresas portuguesas en Castilla y León, y empresas castellanas y leonesas en Portugal.

No entraré en el fondo de las reformas recogidas en el Capítulo III, sobre Servicios Profesionales (Modificación de la Ley de Colegios Profesionales de Castilla y León), ni en las del Título II sobre Servicios Comerciales, pues forman parte del objeto de otros trabajos presentados en este estudio. Tampoco analizaré las relativas a servicios medioambientales, por encontrarse en otro capítulo.

El Título III, sobre Servicios turísticos, recoge numerosas modificaciones de la Ley 10/1997, de 19 de diciembre, de Turismo de Castilla y León. La modificación de las letras b) y c) del artículo 2.2. incorpora al ámbito de aplicación "los establecimientos físicos en los que las empresas turísticas lleven a cabo las actividades dirigidas a la prestación de servicios de alojamiento turístico y restauración" (letra b) y todos los usuarios que contraten o reciban los servicios turísticos regulados en la Ley.

Se suprime la letra d) del artículo 9, que es el dedicado a las competencias de los Ayuntamientos. En este caso, se elimina la competencia de otorgamiento de las licencias que la legislación les atribuye en relación a las empresas y establecimientos turísticos. Directamente se elimina esta competencia, el

procedimiento autorizatorio y (no debe olvidarse), la correspondiente tasa, lo que supone que el poder público autonómico ha considerado que no subsisten razones imperiosas de interés general que justifiquen el mantenimiento de tales licencias, y lo ha hecho por encima de los municipios hasta ahora competentes.

Creo que la supresión de estas licencias municipales (sin tener en cuenta, en cambio, la licencia de primera ocupación) producirá un impacto considerable e inmediato sobre oficinas públicas hasta ahora acostumbradas a tramitar autorizaciones. Habrá que ver si los municipios están preparados para reaccionar organizativa y procedimentalmente, reorganizando sus efectivos y reciclando funcionarios acostumbrados a recibir toda la documentación propia de un régimen autorizatorio en receptores y comprobadores de comunicaciones previas y declaraciones responsables.

El artículo 14 de la Ley de Turismo, relativo a las obligaciones de las empresas turísticas, es reformado en su primer párrafo y apartados 1 y 3. La modificación del primer párrafo se limita a sustituir los términos “establecimiento y desarrollo de su actividad” por “acceso y ejercicio de su actividad”, en la línea de lo contemplado por el nuevo marco de transposición de la Directiva de Servicios. Las modificaciones de fondo se introducen en los apartados 1 y 3, en los que se sustituyen las obligaciones de obtener autorizaciones y clasificaciones por la presentación de declaraciones responsables. Sobre publicidad de precios, sólo se elimina la palabra “declaración”.

El Título IV, dedicado a otros servicios, recoge modificaciones de la Ley 10/1998, de 9 de diciembre, de Carreteras de Castilla y León; 2/2003, de 28 de marzo, del Deporte de Castilla y León; 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar, de 6 de abril; 6/1994, de 19 de mayo, de Sanidad Animal de Castilla y León; 5/1997, de 24 de abril, de Protección de Animales de Compañía de Castilla y León; 1/1993, de 3 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario; 3/1990, de 16 de marzo, de Seguridad Industrial de Castilla y León; 18/1988, de 28 de diciembre, de Acción Social y Servicios Sociales y 14/2001, de 22 de diciembre, de Medidas económicas, fiscales y administrativas.

La modificación de la Ley de Carreteras repercute sobre su artículo 27, dedicado a la publicidad en las carreteras. En concreto, el apartado cuarto de este precepto, que contempla excepcionalmente la colocación de rótulos o marcas comerciales en el edificio o finca en el que se desarrolle tal actividad, se

sustituye la autorización administrativa antes prevista por una comunicación previa a la Administración, fijando también un plazo preclusivo de un mes para denegar la actuación comunicada, sin perjuicio de las potestades de control y sancionadoras que se mantienen por supuesto a su alcance, incluyendo la posibilidad de adoptar medidas cautelares.

A la modificación del artículo 27 en su apartado cuarto se le suma necesariamente la del artículo 39, dedicado a las infracciones, en su apartado tercero que contiene la lista de infracciones graves. Entre ellas se encontraba la del apartado g), tipificando la colocación de carteles informativos sin autorización administrativa, que pasa ahora a describirse como la colocación de estos mismos carteles, ora careciendo de autorización, ora sin la preceptiva comunicación, en el caso contemplado en la nueva redacción del 27.4.

Estas reformas de la Ley de Carreteras, una norma tan próxima en el tiempo y en todo caso dictada estando ya en vigor (aunque aún no transpuesta) la Directiva de Servicios, demuestra la falta de diagnóstico simultáneo de las normas aprobadas desde 2006 en el Derecho de nuestra Comunidad Autónoma, hasta fechas recientes, para analizar su compatibilidad o no con la Directiva de Servicios, pues es bien sabido que desde su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea la Directiva proscibía la aprobación de normas contrarias a sus previsiones, proscrición independiente de la transposición, para la que se daba un plazo largo como también sabemos.

La modificación de la Ley del Deporte se proyecta sobre el apartado 2 de su artículo 48, dedicado al reconocimiento y autorización de los centros privados de formación deportiva. En este ámbito se mantiene la exigencia de autorización, así como el silencio negativo en el caso de no recibir respuesta su solicitud. El cambio en el texto del artículo se centra sobre todo en explicitar las "razones imperiosas de interés general" para mantener estos regímenes autorizatorios y el sentido del silencio: "Con el objeto de garantizar la protección de los derechos de los destinatarios de los servicios", una razón imperiosa excesivamente abierta, desde mi punto de vista (habrá de justificarse en la salud pública, o en potenciales agresiones a los derechos de los consumidores, por ejemplo), que por otro lado difícilmente permite pasar el test de proporcionalidad si pensamos que esta protección de los derechos de los destinatarios puede ser igual o mejor realizada mediante técnicas de control *a posteriori* o concomitantes. La valoración de este artículo 14 del Decreto-Ley ha de ser, pues, muy crítica.

La Ley de Mediación Familiar se reforma en su artículo 8, que regula los requisitos para el ejercicio de la mediación. Se suprimen las exigencias autorizatorias y la inscripción en el Registro de mediadores familiares de Castilla y León, sustituyendo estos controles previos por la presentación de una declaración responsable a este mismo Registro de Mediadores. En el régimen de estas declaraciones responsables se contemplan cautelas para el caso de falsedades y/o inexactitudes. En una línea muy similar, pero en este caso optando por lo que parece una comunicación previa, se modifica el artículo 12 en su apartado tercero, que elimina al parecer la inscripción en el Registro de Mediadores a cambio de una comunicación a la persona encargada del mismo, con una redacción un tanto vaga que permite dudar sobre la forma y naturaleza de tal comunicación.

Estos cambios se concretan después en la reforma del artículo 18 de la Ley de Mediación Familiar, que es el precepto dedicado al Registro de Mediadores. En el mismo se establece que las inscripciones se practicarán de oficio, luego no desaparecen. En realidad lo que cambia es la naturaleza de la inscripción, que deja de ser un presupuesto para el ejercicio lícito de la actividad, pues se precisa que tanto la comunicación como la declaración responsables habilitan para el ejercicio de la actividad desde el momento de su presentación, con una duración indefinida, sin perjuicio del cumplimiento de las demás obligaciones exigidas.

Por supuesto, como en las anteriores reformas que hemos visto, también se modifican las descripciones de los tipos sancionadores de esta Ley para adaptarla a las nuevas técnicas de control, modificaciones que se plasman sobre sus artículos 23, 24 y 26, reformas sancionadoras que llaman más aún la atención teniendo en cuenta que no en todas las reformas sectoriales que recoge este Decreto-Ley se observa el mismo cuidado en la alteración de las infracciones y/o sus sanciones correspondientes.

4.2 GRADO DE CUMPLIMIENTO DE CADA UNO DE LOS EPÍGRAFES DE LA DIRECTIVA

En el anterior apartado me he limitado a ofrecer una muestra de muchas de las reformas de fondo incorporadas al Decreto-Ley autonómico. En otros capítulos de este libro se estudian en detalle y con mayor profundidad las

que han tenido lugar en el sector comercio y otros. Mi análisis se dirige, sobre todo, a valorar si las medidas adoptadas en la Comunidad Autónoma de Castilla y León respetan los objetivos y principios de la Directiva en líneas generales, o se apartan de los mismos.

En lo que se refiere a las libertades de establecimiento y prestación, hay que decir que las medidas autonómicas en general resultan satisfactorias al llevar a cabo una eliminación de procedimientos autorizatorios, sustituyéndolos por declaraciones responsables en la mayor parte de los casos. Se observa cierto automatismo en este cambio, y en algunos casos una desviación del criterio general al mantener autorizaciones sin razones especialmente fundadas (caso deportes), pero puede decirse que hay un afán de respetar las libertades, aunque como se expondrá en el capítulo de comercio se mantienen las muy controvertidas licencias de apertura de grandes superficies comerciales.

Por lo que se refiere a la simplificación procedimental, hay que decir que parece fiarse casi todo al desarrollo reglamentario, más allá del 28 de diciembre de 2009. Quizás alguna referencia explícita al Decreto de descarga documental que hemos comentado al principio de estas páginas hubiera ayudado a integrar en las reformas sectoriales sus repercusiones procedimentales, sintonizando las reformas impulsadas desde las distintas instancias de la Junta de Castilla y León, en la misma línea.

Merece una crítica en mi opinión la solución normativa que se da al punto crucial del silencio administrativo, manteniendo regímenes del pasado con el mismo criterio indiscriminado del Estado. Hacia el futuro, como el Estado, parece que se quiere sujetar a una prueba mucho más dura el silencio negativo, proyectando la exigencia de razones imperiosas de interés general mucho más allá de las actividades incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios, con un resultado previsible (que ya puede atisbarse) de trivialización de las susodichas razones imperiosas de interés general.

En varios capítulos de esta obra se analizarán las implicaciones de la Directiva de Servicios sobre el desarrollo de la Administración Electrónica en Castilla y León. En el Decreto-Ley, se prevé como hemos visto la puesta a disposición de los modelos de declaraciones responsables y comunicaciones previas, en el nuevo apartado segundo del artículo 59 de la Ley de Gobierno y Administración. Pero queda pendiente todo lo relativo a la ventanilla única

electrónica, que ya es accesible pero no dispone de toda la información requerida.

Poco énfasis se ha hecho también en lo relativo a la cooperación interadministrativa, destacadamente en la orientada a la protección de consumidores: no hay casi reformas de la Ley de Protección del Consumidor de Castilla y León, lo que merece una crítica particularmente intensa. Teniendo en cuenta las previsiones al respecto de la Ley Ómnibus, y lo que han hecho otras Comunidades Autónomas, parece que estas reformas podrían haberse incorporado (y convendría plantearlas en el futuro).

Concluyendo, puede decirse que estamos ante una transposición de mínimos, bastante aunque no del todo satisfactoria en sus aspectos liberalizadores y mucho menos satisfactoria en lo relativo al diseño de los nuevos controles alternativos a las autorizaciones (apenas se regulan ni seguros ni controles concomitantes del desarrollo de las actividades).

Estas conclusiones refuerzan la idea de que las medidas del Decreto-Ley podrían haberse aprobado sin necesidad de esperar a las reformas del Estado, pues apenas se han tenido en cuenta las opciones de la Ley Ómnibus, que en ocasiones van mucho más allá de lo que la Directiva exige (transportes, servicios profesionales...), y que aunque no terminan de construir un régimen completo de los controles concomitantes, sí introducen más previsiones en lo relativo a las potestades inspectoras y sancionadoras. Muchos de las cautelas que sectorialmente se introducen en la normativa del Estado, faltan en las reformas de las leyes de Castilla y León.

Esta valoración de las medidas adoptadas mediante el Decreto-Ley 3/2009 merece sin embargo cierto contraste con las que han adoptado otras Comunidades Autónomas, pues debe reconocerse que Castilla y León se ha situado entre las primeras en aprobar sus disposiciones de transposición de la Directiva, mientras otras Comunidades todavía las están tramitando. Pero como veremos, aunque la Comunidad Autónoma esté en ese grupo de cabeza, en buena medida por la utilización de la figura del Decreto-Ley, que ha permitido una transposición rápida, sus medidas no se encuentran entre las más elaboradas desde el punto de vista de la transposición armónica y equilibrada de las previsiones de la Directiva, aprovechando sus oportunidades y (al tiempo), intentando prevenir algunos riesgos que también plantea.

5. Comparativa autonómica

Una sucinta exposición de la estrategia y resultados de otras Comunidades Autónomas en la transposición de la Directiva de Servicios puede servirnos para contextualizar las medidas adoptadas por la Comunidad Autónoma de Castilla y León. Más allá de las valoraciones críticas que puedan hacerse a las medidas adoptadas en nuestra región, con un afán constructivo, es preciso tener presente si en comparación con el resto de las Comunidades se ha quedado corta o ha ido demasiado lejos en el cumplimiento de las exigencias de la norma europea.

En cuanto a la utilización del Decreto-Ley como medio formal para transponer, no puede decirse que Castilla y León sea un caso aislado o excepcional. Otras Comunidades, como Andalucía, también han recurrido al Decreto-Ley. El andaluz se publica en su Boletín Oficial de 24 de diciembre de 2009 el 3/2009, de 22 de diciembre, por el que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, con unos contenidos similares por los sectores afectados al de nuestra Comunidad Autónoma, aunque sus soluciones materiales en algunos casos sean más elaboradas, como muestra por ejemplo el Anexo que relaciona las actividades de servicios cuyo ejercicio requerirá seguro.

En Cataluña, la modificación de la Ley de Comercio también se ha llevado a cabo recurriendo a la figura del Decreto-Ley, el 1/2009, de Ordenación de los Equipamientos Comerciales. Pero la mayoría de las Comunidades Autónomas que han reformado sus leyes comerciales lo han hecho recurriendo al clásico instrumento legislativo. Por ejemplo, Galicia aprobó la modificación de su Ley de Comercio mediante Ley 7/2009, de 22 de diciembre.

Madrid aprobó la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña, modificando la Ley de Ordenación del Turismo, la de Comercio Interior, la de Venta Ambulante, la del Juego, y otras varias textos. La iniciativa madrileña, presentada como paquete de medidas anticrisis, demuestra la perfecta viabilidad de una tramitación en paralelo a las reformas del Estado, por cierto además desde una comprensión de los principios de la Directiva no siempre coincidente con las soluciones que pueden derivarse de algunas reformas en el nivel superior, optando por ejemplo por la supresión de las autorizaciones para grandes superficies comerciales.

Valencia aprovechó su ley de acompañamiento de los presupuestos para incorporar muchas de las reformas requeridas por la Directiva de Servicios. Así, la Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat, recoge en su Capítulo V modificaciones de la Ley de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales, en su Capítulo VI cambios en la Ley de Protección de los Animales de Compañía; en el VIII los de la Ley de Turismo; en el XII la Ley de espectáculos públicos y actividades recreativas. En líneas generales, estamos ante una reforma coincidente en contenidos con la habida en Castilla y León, si bien en forma de Ley (aprovechando la tramitación de la Ley anual de presupuestos), en lugar de recurrir a la figura del Decreto-Ley autonómico que también contempla el Estatuto de Autonomía de Valencia.

Navarra publicó en su Boletín Oficial de 18 de diciembre la Ley Foral 15/2009, de 9 de diciembre, de medidas de simplificación administrativa para la puesta en marcha de actividades empresariales o profesionales. Esta Ley se ocupa de cuestiones que trascienden la Directiva de Servicios, como la descarga burocrática, pero también se conecta estrechamente con la norma europea al regular en sus artículos 11 y 12 la declaración responsable y la comunicación previa, respectivamente.

El régimen navarro de la declaración responsable muestra algunas peculiaridades respecto del contenido en la Ley Ómnibus del Estado. Así, por ejemplo, la previsión del requisito de no haber presentado previamente una declaración de este tipo que haya sido declarada nula. O, y esto puede ser más problemático, la afirmación de que “la presentación de toda la documentación que se requiera conllevará automáticamente la concesión de la licencia de actividad, que estará condicionada a la efectiva verificación del ajuste a la normativa vigente”, afirmación que pone en duda el carácter alternativo de declaración responsable y autorización, así como su distinta naturaleza.

Tal régimen sí diferencia plenamente las declaraciones responsables de las comunicaciones previas, que son en principio mecanismos más livianos para el inicio de las actividades empresariales, aunque por supuesto tanto unas como otras pueden dar lugar a la activación de las potestades inspectora y sancionadora, como establece el artículo 13 de la Ley (Presentación y control por la Administración de la declaración responsable y de la comunicación previa), un precepto que también contempla la nulidad de unas y otras para

los casos de falsedades o inexactitudes, por cierto dos supuestos diferenciales por su distinta gravedad.

En todo momento se contempla el posterior desarrollo reglamentario de estas figuras, concreción normativa necesaria para afinar este incipiente régimen. Pero al menos debe destacarse la preocupación del legislador navarro por perfilar las nuevas técnicas de control administrativo: declaraciones responsables, comunicaciones previas y licencias condicionadas, previstas en el artículo 14 de la Ley, aunque sin precisar entre las condiciones posibles las expresamente previstas en la Directiva de Servicios (exigencias de afianzamiento de riesgos).

6. Conclusión. Una prospectiva del impacto de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Castilla y León

A la vista de todo lo expuesto, en la comparación con otras comunidades autónomas, ¿qué impacto puede tener el Decreto-Ley de transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León? ¿Efectivamente puede mejorar la dinámica empresarial, favorecer la creación de puestos de trabajo y mejorar al tiempo la calidad de los servicios?

En la presentación de las primeras medidas de transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma (Decreto-Ley 3/2009) se exponen previsiones de creación de alrededor de nueve mil puestos de trabajo en toda la región. En algunas provincias, los medios de comunicación (se supone que informados por los delegados territoriales u otras instancias autonómicas) han precisado el número de puestos previsto en concreto.

No dispongo de datos sobre las fuentes o los métodos utilizados para elaborar este tipo de pronósticos, salvo los estudios económicos publicados en su día por el Ministerio de Economía del Gobierno de España, fundamentados en estudios de grupos de investigación de economistas que no han podido tener en cuenta ni la estrategia de transposición desarrollada (por ser anteriores a la aprobación de las medidas) ni su traducción concreta en términos normativos, procedimentales u organizativos.

Por ello parece un tanto aventurado avanzar este impacto de la transposición de la Directiva, máxime a la vista de todo el trabajo que aún está por

hacer. No me cabe ninguna duda de que la integración de los mercados de servicios de la Comunidad Autónoma de Castilla y León en esta nueva estrategia regulatoria de la Unión Europea presenta la oportunidad de activar la iniciativa y las inversiones, más aún en zonas transfronterizas como es el caso de nuestra región. Pero el aprovechamiento de estas oportunidades requiere un cumplimiento eficiente de los principios y mecanismos concretos de la Directiva, un trabajo que en buena medida aún está por hacer.

Al menos, la transposición de la Directiva ha servido para desbloquear inversiones e iniciativas paralizadas o descartadas durante meses o años en un escenario menos proclive a la liberalización del comercio u otras empresas. Es verdad que hay grandes superficies esperando para su apertura, pero también se producirá un impacto sobre el pequeño comercio que puede producir de entrada la pérdida de puestos de trabajo. En el resto de servicios, la mera eliminación de autorizaciones puede agilizar la inversión y con ella la creación de puestos de trabajo, pero la lógica de las declaraciones responsables y comunicaciones previas tardará algún tiempo en imponerse porque requiere hacer una labor de formación de empleados públicos que todavía está pendiente (amén por supuesto de la reforma reglamentaria a la que nos hemos referido varias veces a lo largo del trabajo).

Cabe formularse la pregunta siguiente: ¿Si estas medidas van a crear puestos de trabajo, ¿Por qué se ha esperado hasta el último día para implementarlas? Una mezcla de intereses creados y ritmos lentos administrativos es, en mi opinión, la respuesta. Muchas de las razones que explican la relativa falta de competitividad de la economía española pueden también estar en el fondo de las resistencias (activas o pasivas) a la transposición anticipada de la Directiva de Servicios, o cuando menos a la falta de interés real en aprovechar sus oportunidades dentro del plazo de transposición, y no en el límite de un término.

En mi opinión, casi todo lo que hace el Decreto-Ley 3/2009 podía haberse hecho un año antes, o al menos a mediados de 2009, sin necesidad de esperar a las reformas del Estado, sin agotar los plazos. Pero además de las circunstancias temporales, en las que ya no tiene mucho sentido recrearse, la principal observación que desde mi punto de vista puede hacerse a la estrategia de transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Castilla y León, cuyo balance provisional se ha expuesto en este trabajo, se refiere a la necesidad de compensar el impacto potencialmente

desregulador que puede producir una incorporación sólo parcial de las previsiones de la norma europea, en detrimento de la protección de valores sociales y ambientales.

Me parece necesario recordar al poner fin a estas reflexiones el espíritu y los principios que dimanan de nuestro Estatuto de Autonomía, incluyendo los de la política económica: "La política económica de la Comunidad de Castilla y León se orientará al progreso económico y social, a la mejora de la calidad de vida y a la consecución de los derechos y principios básicos de la Comunidad establecidos en el Título I del presente Estatuto".

Sinceramente creo que las medidas de transposición de la Directiva de Servicios, recogidas en el Decreto-Ley 3/2009 y el resto de normas aprobadas o pendientes de aprobación, pueden contribuir a la realización de estos principios. La realización de la libertad de establecimiento, la descarga burocrática, la información a los consumidores o la simplificación administrativa son presupuestos del progreso económico y la competitividad, sin duda.

Pero la Directiva de Servicios no se limita a contener un paquete de medidas de signo liberalizador. También incluye previsiones destinadas a que el incremento de competencia resultante de la mayores facilidades al establecimiento redunden en beneficio de las personas, sintonizando pues con la idea de calidad de vida tan cara al modelo europeo de sociedad. Para lograr este objetivo, es preciso adoptar las medidas organizativas que impidan que el nuevo escenario regulatorio favorezca comportamientos inadecuados de prestadores poco escrupulosos.

¿Qué medidas? Pues básicamente reformas tendentes a reforzar el sistema de controles de realización de las actividades de prestación de servicios mediante mecanismos de signo informativo, basados en el intercambio de información y el funcionamiento de una buena Administración europea en red, poniendo a la altura de las exigencias de la Unión Europea las organizaciones administrativas de nuestra Comunidad Autónoma. Una tarea que ya se está realizando en Castilla y León, pero necesitada de perseverancia.



Capítulo VII

Controles administrativos
para el acceso al mercado:
autorizaciones,
declaraciones responsables
y comunicaciones previas

SUMARIO

1. Deber de la Comunidad Autónoma de eliminar los obstáculos innecesarios que restrinjan la libre prestación de servicios. **2. Actividades sujetas a autorización administrativa.** **2.1** Exigencias para su establecimiento. **2.2** Su escasa incidencia en la legislación sectorial autonómica. **3. Actividades sujetas a declaración responsable o comunicación previa.** **3.1** Su regulación. **3.2** Incidencia en la legislación sectorial. **4. Actividades sujetas a colegiación obligatoria**

CONTROLES ADMINISTRATIVOS PARA EL ACCESO AL MERCADO: AUTORIZACIONES, DECLARACIONES RESPONSABLES Y COMUNICACIONES PREVIAS

José Carlos Laguna de Paz
Catedrático (Acreditado) de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

1. Deber de la Comunidad Autónoma de eliminar los obstáculos innecesarios que restrinjan la libre prestación de servicios

El Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios, tiene por objeto adaptar la legislación autonómica a la normativa comunitaria. En concreto, se trata de incorporar la Directiva 123/2006/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DS).

El Estado transpuso esta norma mediante la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios, cuyos preceptos tienen carácter básico (disposición final 1ª)⁴⁵⁴. Adicionalmente, aprobó la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, a través de la que se adecuan diversas normas estatales a la DS (*Ley omnibus*), con carácter exclusivo o básico (disposición final 1ª). No obstante, el carácter horizontal de la Directiva explica que la incorporación de la normativa comunitaria deba continuar también a nivel

⁴⁵⁴ RIVERO ORTEGA, R., La transposición de la Directiva de Servicios en España, Civitas, Madrid, 2009.

autonómico y local, dentro del límite de sus respectivas competencias⁴⁵⁵. Como decimos, esta es precisamente la función del Decreto-Ley 3/2009, mediante el cual la Comunidad traslada al ordenamiento regional las exigencias que plantea la DS y –en su aplicación– la normativa estatal.

El propósito de la Directiva es facilitar la prestación de servicios, al tiempo que se protegen los intereses de los consumidores (art. 1.1). La armonización normativa que se lleva a cabo, en lo sustancial, persigue la eliminación de todas las restricciones para la realización de la actividad que no resulten necesarias o proporcionadas.

Con ello, la DS no hace sino ahondar en los principios y exigencias que se desprenden de la propia Constitución Española (CE). A este respecto, hay que destacar que *el modelo económico europeo no está más volcado a la preservación de la libertad que la propia CE*⁴⁵⁶. No es cierto que nuestro texto constitucional mantenga una neutralidad en materia económica, por más que bajo su paraguas quepa la aplicación de políticas diferenciadas. La clave está en que la iniciativa privada y la intervención pública económica no están en el mismo plano⁴⁵⁷:

En el marco de la economía de mercado, la libertad de empresa es un derecho fundamental (art. 38 CE), aunque sujeto a límites, que –en caso necesario– pueden llevar incluso a su supresión, respecto de bienes y servicios concretos (art. 128.2 CE). En consecuencia, la preservación del derecho a emprender es un fin en sí mismo, que no solo no requiere justificación, sino

⁴⁵⁵ Art. 62.3 del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en su versión de la Ley Orgánica 14/2007, de 30.11.

⁴⁵⁶ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., La ayuda “estatal” a las empresas en el Derecho comunitario europeo, *pro manuscrito*, diciembre de 1987, pp. 25-26.

⁴⁵⁷ Mientras “el artículo 38 reconoce la iniciativa y libertad económica de los particulares, siendo indiferentes para el orden constitucional, dentro del ámbito de lo lícito, las motivaciones y los objetivos perseguidos, para los sujetos públicos todas las actuaciones, tanto las que se ejercen por vía de autoridad como empresarialmente, deben estar justificadas en función de los intereses públicos concurrentes (art. 103 de la Constitución).” [BASSOLS COMA, M., Constitución y sistema económico, Tecnos, Madrid, 1985, pp. 171-172]. En esta misma línea, S. MARTÍN-RETORTILLO destaca la esencial distinción entre la iniciativa privada y la pública. La primera es expresión de un derecho, el de libertad; no necesitaría de su explícito reconocimiento formal; se basa en la autonomía negocial. En cambio, la segunda, no es expresión de derecho alguno: el art. 128.2 CE, respondiendo al más elemental esquema del principio de legalidad, lo que hace es procurar el necesario apoderamiento de la Administración para actuar [Derecho Administrativo Económico, La Ley, Madrid, 1988, p. 96].

que se beneficia del principio general de libertad, que es fundamento de nuestro texto constitucional (art. 1.1 CE).

En cambio, la intervención pública económica tiene carácter instrumental, por lo que solo será legítima en la medida en que sea necesaria y proporcionada para alcanzar fines de interés general.

En este contexto, lo que hace la normativa comunitaria es aportar una serie de eficaces medidas que contribuyen a la efectiva garantía del propio sistema constitucional español⁴⁵⁸. En particular, la normativa europea pone el acento en asegurar que los *controles administrativos previos para el ejercicio de la actividad no constituyan obstáculos indebidos para el acceso al mercado*.

2. Actividades sujetas a autorización administrativa

La DS no tiene por objeto la liberalización de actividades (artículos 1.2 y 3)⁴⁵⁹. De ahí que sus preceptos no afecten al ejercicio de derechos exclusivos, que –en general– se instrumentan a través de concesiones administrativas. En los demás casos, la norma encomienda a los Estados la verificación de los *procedimientos y trámites que se exigen para el acceso y ejercicio de una actividad de servicios*, con la finalidad de simplificarlos⁴⁶⁰, en la medida de lo posible (art. 5.1 DS)⁴⁶¹.

⁴⁵⁸ En este sentido, T.R. FERNÁNDEZ expresa que: “Nuestra jurisprudencia, constitucional y contencioso-administrativa, no se tomó, sin embargo, tan en serio el artículo 38 de la Constitución como realmente merecía y ha habido que esperar por ello a que el Tribunal Europeo de Justicia extrajera de las libertades básicas, que el Tratado de la Comunidad consagra las conclusiones que era perfectamente posible deducir, si se hubiera puesto algún interés en ello, del citado precepto de nuestra Norma Fundamental”. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *La larga marcha por la libertad de empresa*, Libro Marrón del Círculo de Empresarios, 2009, p. 166.

⁴⁵⁹ LAGUNA DE PAZ, J.C., *Servicios de Interés Económico General*, Civitas-Thomson-Reuters, Madrid, 2009.

⁴⁶⁰ MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S., de la simplificación de la Administración pública, RAP, núm. 147, 1998.

⁴⁶¹ Es lo mismo que impone a la Administración pública el art. 103.1 CE, así como otras normas de rango inferior. Así, por ejemplo, entre las funciones tradicionales de las autoridades de defensa de la competencia se encuentra promover las reformas necesarias para eliminar las restricciones innecesarias a la libre iniciativa (*competition advocacy*) (art. 26.1 de la Ley 15/2007). Están en la mente de todos algunos de los informes que publicara el fenecido Tribunal de Defensa de la Competencia, o los que elabora ahora con buen ritmo la *Comisión Nacional de la Competencia* (CNC).

2.1 EXIGENCIAS PARA SU ESTABLECIMIENTO

La DS dedica una particular atención a las *autorizaciones administrativas*, cuyo régimen jurídico se encuentra entre las piezas clave de la reforma⁴⁶². Sin embargo –como vamos a ver– una vez más, *los mandatos de la Directiva son también exigencias que se desprenden de nuestro ordenamiento jurídico*.

En *primer lugar*, los Estados miembros *solo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios a la previa obtención de una autorización*, siempre que se considere una medida (art. 9.1 DS):

- (i) necesaria (que exista una “razón imperiosa de interés general”),
- (ii) proporcionada (“la finalidad perseguida no pueda conseguirse con medidas menos restrictivas, como los controles *a posteriori*”),
- (iii) y no contemple discriminaciones por razón de la nacionalidad.

Como puede verse, se trata de exigencias elementales, que se desprenden de la libertad de empresa (art. 38 CE) y del principio de buena administración que recoge nuestra Constitución (art. 103.1 CE). Cuestión distinta es que el legislador no siempre se haya dejado iluminar por los principios constitucionales. De ahí la oportunidad de la norma comunitaria, que viene a reforzar la exigencia de su aplicación.

A este respecto, el art. 1.3 del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009 introduce una letra f) en el art. 75.3 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración, en la que prevé que –de establecerse un régimen de autorización para el acceso o ejercicio de una actividad de servicios– se exigirá:

“motivación suficiente sobre la concurrencia de las condiciones de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, así como, en su caso, de la concurrencia de estas mismas condiciones en relación con los requisitos previstos en el artículo 11.1 o en el artículo 12.2 ambos de la Ley sobre el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.»

⁴⁶² LAGUNA DE PAZ, J.C., La autorización administrativa, Thomson-Civitas, Madrid, 2006 y “La autorización administrativa: entre la *Escila* del dogmatismo y el *Caribdis* del relativismo”, en FERNÁNDEZ, T.R., LAGUNA DE PAZ, J.C., PIÑAR MAÑAS, J.L., GÓMEZ PUENTE, M., MARTÍN REBOLLO, L., “La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho Administrativo hoy”, Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 25 y ss.

En *segundo lugar*, se diseña un régimen jurídico de la autorización favorable a la libertad, en la línea de las exigencias que también son propias del ordenamiento español⁴⁶³:

- (i) En lo posible, la normativa debe introducir criterios que contribuyan a *reglar* la discrecionalidad administrativa en su otorgamiento (art. 10.1 DS). Entre ellos, los de no discriminación, proporcionalidad, objetividad y transparencia (art. 10.2 DS). Como puede verse, se trata de exigencias ligadas al carácter instrumental de la Administración pública. De ahí que, no solo son reclamadas por la doctrina desde mucho antes de la aprobación de la Directiva⁴⁶⁴, sino que están presentes en no pocas normas españolas. A este respecto, basta con pasar la vista por los sectores eléctrico⁴⁶⁵, postal⁴⁶⁶ o de hidrocarburos⁴⁶⁷.
- (ii) *No podrá limitarse la duración temporal de la autorización*, salvo que ello sea necesario por razones de interés general (art. 11 DS).

Esta misma regla ya podía inferirse de nuestro ordenamiento jurídico, especialmente, si se parte del carácter declarativo de la autorización⁴⁶⁸. El art.

⁴⁶³ LAGUNA DE PAZ, J.C., La autorización..., cit., pp. 105 y ss.

⁴⁶⁴ MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., La regulación económica en España, en ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUETARA MARTÍNEZ, J.M., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., "El nuevo servicio público", Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 238.

⁴⁶⁵ En este sentido, el art. 21.1 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, somete a autorización administrativa la construcción, explotación y cierre de instalaciones de producción de energía eléctrica, que "tendrá carácter reglado y se regirá por los principios de objetividad, transparencia y no discriminación". Los *comercializadores* habrán de contar con autorización administrativa previa, que se otorgará de manera reglada, previa acreditación de la suficiente capacidad legal, técnica y económica del solicitante (art. 44.3 de la Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico).

⁴⁶⁶ En el *sector postal*, los servicios incluidos dentro del servicio universal se supeditan a la previa obtención de una autorización administrativa (autorización singular), que se otorgará con carácter *reglado*, previa acreditación del cumplimiento por el solicitante de los requisitos exigibles para la prestación del servicio postal y la asunción de las condiciones a que se sujeta el ejercicio de la actividad (art. 12 Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de liberalización de los Servicios Postales).

⁴⁶⁷ En el sector de los *hidrocarburos*, las autorizaciones para la construcción, puesta en explotación o cierre de las instalaciones de refino tendrán carácter reglado y serán otorgadas por el Ministerio de Industria y Energía, de acuerdo con los principios de objetividad, transparencia y no discriminación (art. 39.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos). El mismo régimen se aplica a las autorizaciones de transporte y almacenamiento (art. 40.3 de la Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Sector de Hidrocarburos).

⁴⁶⁸ LAGUNA DE PAZ, J.C., La autorización administrativa, Civitas-Thomson, Madrid, 2006.

15.2 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1995, dispone que las autorizaciones “referentes a actividades personales podrán limitarse a plazo determinado”. Ahora bien, este precepto debe ser interpretado en clave teleológica. La gestión empresarial no puede improvisarse, sino que exige continuidad y razonables expectativas de futuro, por lo que –si no hay razones técnicas que impongan una restricción al número de autorizaciones–, no deben sujetarse a *plazo*. Si las hay, éste debe ser suficiente para poder desarrollar convenientemente la actividad. Con ello, se asegura una inversión continuada, lo que es garantía de que en todo momento se va a prestar un servicio de calidad⁴⁶⁹. Debe tenerse en cuenta que, en las autorizaciones de funcionamiento, el empresario se sujeta a la normativa en cada momento vigente, lo que asegura la permanente adecuación de la actividad al interés general. Por otra parte, cuando el número de autorizaciones sea limitado, puede entenderse que el título administrativo genera para el interesado, no sólo un derecho, sino también un deber de realizar la actividad.

- (iii) La *limitación del número de títulos habilitantes* exige la aplicación de un procedimiento basado en los principios de publicidad, transparencia, adecuación, concurrencia e igualdad (arts. 12 y 13 DS).

Una vez más, estamos ante exigencias propias del Derecho español. En la medida en que operen limitaciones técnicas, que impidan el acceso a todos aquellos que pudieran estar interesados en el desarrollo de la actividad, se hace necesaria la convocatoria de un procedimiento competitivo de selección. Como exigencia del principio de igualdad y del mejor servicio al interés general, es preciso arbitrar unos procedimientos que garanticen la transparencia administrativa y el otorgamiento de las autorizaciones de acuerdo con criterios objetivos, proporcionados y razonables, asegurando la selección del más apto para realizar la actividad. Este es el criterio que refleja el art. 92.1 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, que dispone que:

⁴⁶⁹ ARIÑO ORTIZ, G., Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico. (Hacia un nuevo modelo de regulación), en ARIÑO ORTIZ, G., DE LA CUETARA MARTÍNEZ, J.M., MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L., “El nuevo servicio público”, Marcial Pons, Madrid, 1997, p. 48.

“Las autorizaciones se otorgarán directamente a los peticionarios que reúnan las condiciones requeridas, salvo si, por cualquier circunstancia, se encontrase limitado su número, en cuyo caso lo serán en régimen de concurrencia y si ello no fuere procedente, por no tener que valorarse condiciones especiales en los solicitantes, mediante sorteo, si otra cosa no se hubiese establecido en las condiciones por las que se rigen”.

En este caso, conviene la *limitación temporal* de estas autorizaciones. La razón está en que su periódico sometimiento a pública licitación permite garantizar la igualdad de todos ante los privilegios y cargas públicas. En este sentido, el art. 46 de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León (redacción del art. 4. Quince del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009) dispone que:

“(…) puesto que el número de autorizaciones [venta ambulante] disponibles es limitado debido a la escasez de suelo público habilitado a tal efecto, la duración de las mismas no podrá ser por tiempo indefinido, debiendo permitir, en todo caso, la amortización de las inversiones y una remuneración equitativa de los capitales invertidos.

El procedimiento para la selección entre los posibles candidatos habrá de garantizar la transparencia y la imparcialidad y, en concreto, la publicidad adecuada del inicio, desarrollo y fin del proceso.

La autorización que se otorgue no dará lugar a un procedimiento de renovación automática ni conllevará ningún otro tipo de ventaja para el prestador cesante o las personas que estén especialmente vinculadas con él”.

Finalmente, la Directiva establece algunas reglas llamadas a *garantizar la prestación de la actividad en el ámbito territorial más amplio posible*, lo que resulta muy conveniente en el ordenamiento jurídico español:

- (i) La autorización para un nuevo establecimiento *no debe imponer controles o requisitos que resulten redundantes* respecto de los que ya esté sometido el prestador, en el mismo, o en otro Estado miembro (art. 10.3 DS).
- (ii) La Directiva no cuestiona el reparto de competencias entre las autoridades nacionales, locales o regionales (art. 10.7 DS). No obstante –como regla–, la autorización debe permitir al prestador acceder a la actividad de servicios o ejercerla en la *totalidad del territorio nacional*, salvo que haya una razón imperiosa de interés general que justifique una autorización para cada establecimiento o que se limite a una parte específica del territorio (art. 10.4 DS).

Con todo, no hay que olvidar que –en algunos casos– también nuestras normas reconocen una *eficacia territorial* de las autorizaciones superior al ámbito de competencia de la Administración otorgante⁴⁷⁰.

2.2 SU ESCASA INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL AUTONÓMICA

Las autorizaciones podrían ser sustituidas por declaraciones responsables o comunicaciones previas. Sin embargo –en el fondo–, ello tendría menos ventajas de lo que, a simple vista, podría parecer. A este respecto, deben tomarse en cuenta los siguientes aspectos:

- (i) Si se quiere que estas técnicas sean instrumentos de control preventivo, es preciso que no pueda realizarse la actividad inmediatamente, sino que ha de concederse a la Administración un plazo razonable para que pueda fiscalizar la iniciativa. En otro caso, no se podrá evitar la inmediata puesta en práctica de actividades que pueden ser dañosas para el interés general.

Como veremos, no es éste el sentido con el que se regulan ambas técnicas en el nuevo art. 71 *bis* LRJPAC, aunque sí en algunas normas sectoriales (art. 35.1 de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León).

- (ii) Estas técnicas son *adecuadas* en los casos en que el desarrollo de la actividad sin cumplir los requisitos establecidos comporte un riesgo mínimo para el interés general⁴⁷¹. En cambio, *no deben utilizarse*, cuando la Administración: ejerza potestades discrecionales de control; deba hacer juicios de valor, o calificaciones jurídicas complejas. En estos casos, se requiere un procedimiento más completo, como medio para clarificar los intereses en juego y fundamentar la propia actuación administrativa.

⁴⁷⁰ En relación con los servicios funerarios, el art. 22 del Real Decreto-ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica, dispone que los Ayuntamientos podrán someter a autorización la prestación de dichos servicios, pero precisando que los operadores que obtengan de cualquier Ayuntamiento la autorización *podrán realizar en todo el territorio español la actividad asociada a sus funciones principales*, consistente en el traslado de cadáveres, cumpliendo en cada caso los requisitos establecidos en las normas de policía sanitaria mortuoria aplicables.

⁴⁷¹ NÚÑEZ LOZANO, M.C., Las actividades comunicadas a la Administración. La potestad administrativa de veto sujeta a plazo, Marcial Pons, Madrid, 2001, pp. 70 y 207.

- (iii) Aunque se trate de un aspecto secundario, no hay que minusvalorar la *contribución del acto administrativo a la seguridad jurídica*⁴⁷². La complejidad del ordenamiento hace que no siempre sea fácil saber si una iniciativa reúne todos los requisitos (es prácticamente imposible)⁴⁷³. La sustitución de la autorización por comunicaciones previas –o declaraciones responsables– priva al interesado de una resolución administrativa que formalmente declare su derecho a realizar la actividad.
- (iv) La eliminación de los controles previos podría exigir un reforzamiento de la *función inspectora* y, consiguientemente, de la *responsabilidad patrimonial* de las Administraciones públicas, precisamente, por culpa *in vigilando*.

Desde esta perspectiva, llama la atención que los documentos oficiales, de manera apodíctica, declaren que la mera sustitución de las autorizaciones administrativas por comunicaciones previas, o declaraciones responsables, dará lugar a “una nueva relación entre administrador y administrado, que supone un control más eficiente de la calidad y seguridad de los servicios al tiempo que se reducen las barreras y los costes de entrada a la actividad económica”⁴⁷⁴. A las consideraciones anteriores cabría añadir otras dos:

- (i) La mayor parte de las autorizaciones que se eliminan son de otorgamiento reglado, cuya sustitución por comunicaciones previas o declaraciones responsables representa una pequeña disminución de barreras legales de entrada.
- (ii) Los títulos habilitantes para la prestación de un servicio representan solo una parte (pequeña) de la carga administrativa. La puesta en práctica de una iniciativa requiere también autorizaciones urbanísticas,

⁴⁷² La autorización consolida también la posición jurídica de su titular. Es función propia del acto administrativo la “salvaguardia de la estabilidad de las relaciones jurídicas entre la Administración y los ciudadanos”. BOCANEGRA SIERRA, R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, Madrid, 2002, p. 25.

⁴⁷³ “...con la intervención administrativa no hay programación posible, dado que las licencias y las inspecciones... se retrasan indefinidamente. La experiencia demuestra que no hay forma de calcular cuándo se va a obtener el último papel; como también se sabe que es técnicamente imposible cumplir con todos los requisitos legalmente exigidos; por cuya razón un inspector celoso puede paralizar, con un reglamento en la mano, cualquier proceso”. NIETO, A., *La “nueva” organización del desgo-bierno*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 219.

⁴⁷⁴ *Ley ómnibus. Presentación*, p. 2.

ambientales y demaniales⁴⁷⁵, que –en cuanto tales– no se ven afectadas por la Directiva.

Sin duda, será necesario *eliminar* de nuestro ordenamiento jurídico autorizaciones innecesarias, que pueden mantenerse por inercia o por razones distintas de las específicas funciones de control que las justifican. Sin embargo, no es difícil pronosticar que se mantendrán la mayor parte de ellas, que pueden ser necesarias para evitar que se pongan en marcha actividades potencialmente dañosas⁴⁷⁶:

- (i) Es significativo que la Ley 25/2009 elimina poco más de una docena de autorizaciones⁴⁷⁷.

⁴⁷⁵ “La presente Directiva solo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio. Así, no se aplica a requisitos tales como normas de tráfico rodado, normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción, ni a las sanciones administrativas impuestas por no cumplir dichas normas, que no regulan específicamente o no afectan específicamente a la actividad del servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores en el ejercicio de su actividad económica al igual que por los particulares en su capacidad privada” (Exposición de Motivos DS, marginal 9).

⁴⁷⁶ Es también significativo que el proyecto de Ley *Ómnibus* del Estado, al regular distintos aspectos de la actividad, se refiera a más de una docena de autorizaciones que se mantienen: instalaciones de distribución de energía eléctrica; actividades aéreas (art. 151, primer párrafo, Ley 48/1960, de 21 de julio, sobre Navegación Aérea); centros de formación práctica de conductores (art. 5.c) Real Decreto Legislativo 339/1990, de 2 de marzo, por el que se aprueba el Texto Articulado de la Ley sobre Tráfico, Circulación de Vehículos a Motor y Seguridad Vial); servicios en puertos de interés general (art. 89.3 Ley 48/2003, de 26 de noviembre, de Régimen Económico y de Prestación de Servicios de los Puertos de Interés General); actividad de valorización o eliminación de residuos (art. 13.1 Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos); actividades de servicios en Parques Nacionales (art. 13 bis Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales); actividades sanitarias (art. 25 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad); gestión de derechos de propiedad intelectual (art. 147 Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual); instalaciones de suministro de productos petrolíferos en establecimientos comerciales (disposición transitoria 1 Real Decreto-Ley 6/2000, de 23 de junio, de Medidas Urgentes de Investigación de la Competencia en Mercados de Bienes y Servicios); publicidad de medicamentos (art. 78.1 Ley 29/2006, de 26 de julio, de Garantías y Uso Nacional de los Medicamentos y Productos Sanitarios).

⁴⁷⁷ En concreto, se elimina el control preventivo en las siguientes actividades: gestión de residuos no peligrosos distintos de su valorización o eliminación (art. 25 Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos); vehículos o instalaciones vinculados a actividades de servicios pecuarios (arts. 26.1 y 17.2 Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias); entidades y laboratorios de control de la calidad de la edificación; comercializadores de energía eléctrica; operadores al por mayor en la comercialización de productos petrolíferos (art. 42.2 Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Rector de Hidrocarburos), así como comercializadores al por mayor de GLP (art. 45.2 Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Rector de Hidrocarburos); comercializadores al por menor de GLP a granel (art. 46.2 Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Rector de Hidrocarburos); comercializadores de gas natural (art. 80 Ley 34/1998, de 7 de octubre, del Rector de Hidrocarburos); operadores de servicios postales no incluidos en el ámbito del servicio postal universal (art. 24.1 Ley 24/1998, de 13 de julio, del Servicio Postal Universal y de Liberalización de los Servicios Postales); prestación a terceros de servicios de instalación o mantenimiento de equipos o sis-

- (ii) No son tampoco muchas las autorizaciones que han sido suprimidas por el Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009. Más aún, esta norma justifica la sujeción a autorización de las siguientes actividades:
- > Establecimiento de laboratorios y centros para la realización de análisis y pruebas de calidad sobre productos y bienes de consumo⁴⁷⁸.
 - > Implantación de *grandes establecimientos comerciales* "que ejerzan una actividad de comercio minorista capaces de producir efectos relevantes, con incidencia supramunicipal, sobre la sostenibilidad del desarrollo urbano, rural y medio ambiental con el fin de salvaguardar las siguientes razones imperiosas de interés general: la protección del medioambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico, así como, en su caso, la protección de los derechos de los consumidores y destinatarios de los servicios"⁴⁷⁹.
 - > Venta ambulante⁴⁸⁰.
 - > Actividades de espectáculos públicos y actividades recreativas⁴⁸¹ y, entre ellas, actividades de juego y apuestas⁴⁸² y espectáculos taurinos⁴⁸³.

temas de telecomunicación (art. 42.2 Ley 32/2003, de 3 de noviembre, General de Telecomunicaciones); usos comunes especiales del agua (art. 51 Real Decreto-Legislativo 1/2001, de 20 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Aguas); comercialización de productos zoonos, con excepción de los reactivos de diagnóstico de enfermedades (art. 65.1 Ley 8/2003, de 24 de abril, de Sanidad Animal); pesca recreativa desde embarcaciones (art. 37 Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado); establecimiento de nuevos fabricantes de tabaco (art. 1.2 Ley 13/1998, de 4 de mayo, de Ordenación del Mercado de Tabacos y Normativa Tributaria).

⁴⁷⁸ El art. 2.Dos del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009 da una nueva redacción a la Disposición Adicional quinta de la Ley 11/1998, de 5 de diciembre, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Castilla y León.

⁴⁷⁹ Art. 14.1 de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León, en la redacción del art. 4 del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009.

⁴⁸⁰ Art. 46 de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León, en redacción del art. 4.Quince del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009.

⁴⁸¹ Art. 1.3 de la Ley 7/2006, de 2 de octubre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, en en redacción del art. 10.Uno del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009.

⁴⁸² Art. 4.4 de la Ley 7/2006, de 2 de octubre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, en en redacción del art. 10.Ocho del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009.

⁴⁸³ Art. 11 de la Ley 7/2006, de 2 de octubre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas, en en redacción del art. 10.Ocho del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009.

- > Publicidad en las carreteras⁴⁸⁴.
- > Centros privados que impartan enseñanzas conducentes a la obtención de titulaciones deportivas oficiales⁴⁸⁵.
- > Actividades sanitarias⁴⁸⁶.
- > Entidades, centros y servicios privados no integrados en el Sistema de Acción Social de Castilla y León⁴⁸⁷.

3. Actividades sujetas a declaración responsable o comunicación previa

3.1 SU REGULACIÓN

En el marco de la adaptación de nuestro ordenamiento a la DS, la Ley “Ómnibus” 25/2009 regula dos técnicas, que se ofrecen como alternativas a la autorización:

- 1) La *declaración responsable*, como documento suscrito por un interesado, en el que manifiesta que: (i) cumple con los requisitos establecidos en la normativa para acceder al reconocimiento de un derecho o para su ejercicio; (ii) dispone de la documentación que así lo acredita; (iii) y se compromete a mantener su cumplimiento durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio (en la modificación del art. 71 bis.1 LRJPAC).
- 2) La *comunicación previa*, como documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad (en la modificación del art. 71 bis.2 LRJPAC).

La Ley no establece un régimen jurídico completo de ambas técnicas, sino que remite a la legislación sectorial la concreción de sus efectos (art. 71 bis.3 LRJPAC). No obstante, pueden destacarse los siguientes aspectos:

⁴⁸⁴ Art. 27.3 de la Ley 10/2008, de 9 de diciembre, de Carreteras, en redacción del art. 13.Uno del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009.

⁴⁸⁵ Art. 14.2 de la Ley 2/2003, de 28 de marzo, del Deporte, en redacción del art. 14 del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009.

⁴⁸⁶ Art. 33.3 de la Ley 1/1993, de 6 de abril, de Ordenación del Sistema Sanitario, en redacción del art. 18.Uno del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009.

⁴⁸⁷ Art. 26 bis de la Ley 18/1988, de 28 de diciembre, de Acción Social y Servicios Sociales, en redacción del art. 20 del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009.

- (i) Estas técnicas *no se configuran como medios de control previo del ejercicio de la actividad*, sino más bien como expedientes informativos. Hay que tener en cuenta a este respecto que ambas permiten el inicio de la actividad desde el día de su presentación (art. 71 bis.3 LRJPAC). Más aún –si la legislación sectorial así lo prevé–, la comunicación podrá presentarse dentro de un plazo posterior al inicio de la actividad.

En este sentido, es de destacar que el legislador regional –en algún caso– ha decidido preservar la configuración de la comunicación previa como una técnica de control preventivo, al no permitir la realización inmediata de la actividad comunicada. En concreto, el art. 35.1 de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León, dispone que:

“Las actividades sujetas a autorización ambiental no podrán iniciar su actividad productiva hasta que la Administración Pública competente, una vez comunicada la puesta en marcha, compruebe que las instalaciones realizadas se ajustan al proyecto aprobado y a las medidas correctoras impuestas, y todo ello en el plazo de un mes desde la comunicación.

No obstante, transcurrido dicho plazo sin haberse notificado resolución expresa, el titular podrá iniciar la actividad, todo ello sin perjuicio de que por parte de la Administración Pública competente se realicen las comprobaciones posteriores tendentes a verificar el cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos”⁴⁸⁸.

En cambio –en el caso de actividades sujetas a licencia ambiental–, la presentación de la documentación prevista en el artículo anterior habilita para el ejercicio de la actividad y supone la inscripción de oficio en los correspondientes registros ambientales (art. 35.2)⁴⁸⁹.

- (ii) Como es natural, la Administración conserva las facultades de *comprobación, control e inspección* de la actividad (art. 71 bis.3 LRJPAC).
- (iii) La inexactitud, falsedad u omisión de datos o documentos esenciales –o la no presentación de la declaración responsable o comunicación previa–, determinará la imposibilidad de continuar la actividad, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a

⁴⁸⁸ En su redacción del art. 8.Cinco del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009, de 23 de diciembre.

⁴⁸⁹ En su redacción del art. 8.Cinco del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009, de 23 de diciembre.

que hubiera lugar (art. 71 *bis.4* LRJPAC). La Administración podrá declarar el deber de restituir la situación jurídica al momento previo al reconocimiento del derecho o al inicio de la actividad, así como la imposibilidad de instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un periodo de tiempo determinado.

- (iii) Las Administraciones tendrán a disposición de los interesados modelos de declaración responsable y de comunicación previa, que se podrán presentar a distancia y por vía electrónica (art. 71 *bis.5* LRJPAC).

En cumplimiento de esta exigencia, el art. 1.Dos del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009 introduce un apartado 2 en el art. 59 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración, en el que impone a la Comunidad el deber de poner a disposición de los interesados modelos de comunicación responsable y declaración previa.

3.2 INCIDENCIA EN LA LEGISLACIÓN SECTORIAL

Es posible que las declaraciones responsables y comunicaciones previas tengan una mayor aplicación en el futuro. Sin embargo, por el momento, el legislador autonómico ha recurrido a ellas de manera casi testimonial.

Así, pasan a someterse al régimen de *declaración responsable* las siguientes actividades:

- > Empresas y actividades turísticas, prestadores de servicios de alojamiento turístico y de restauración⁴⁹⁰.
- > Granjas cinegéticas, seguida de la correspondiente inscripción en el Registro correspondiente, que realizará de oficio la Administración⁴⁹¹.

⁴⁹⁰ Art. 20 de la Ley 10/1997, de 19 de diciembre, de Turismo, en su redacción del art. 6.Seis del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009, de 23 de diciembre.

⁴⁹¹ Art. 54.3 de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de Caza, en su redacción del art. 7.Uno del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009, de 23 de diciembre.

- > Entidades de Evaluación Acústica⁴⁹², seguida de su inscripción de oficio por la Administración en el correspondiente Registro⁴⁹³.
- > Actividad de mediación familiar⁴⁹⁴.

Por su parte, se sujetan al régimen de *comunicación previa* las siguientes actividades:

- > Expedición de piezas de caza viva, para su suelta en el medio natural o para su estancia o recría en una explotación cinegética industrial⁴⁹⁵.
- > Puesta en marcha de actividades sujetas a autorización y licencia ambiental⁴⁹⁶. El titular de la actividad acompañará a la comunicación la documentación que garantice que la instalación se ajusta al proyecto aprobado, así como –en su caso– a las medidas correctoras adicionales impuestas en la autorización o licencia ambiental⁴⁹⁷.

4. Actividades sujetas a colegiación obligatoria

La Directiva considera que la colegiación obligatoria se incluye entre los "*regímenes de autorización*", por lo que se sujeta al triple test que prevé el art. 9.1 DS⁴⁹⁸.

⁴⁹² Art. 18.2 de la Ley 5/2009, de 4 de junio, del Ruido, en su redacción del art. 9.Dos del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009, de 23 de diciembre.

⁴⁹³ Art. 18.4 de la Ley 5/2009, de 4 de junio, del Ruido, en su redacción del art. 9.Dos del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009, de 23 de diciembre.

⁴⁹⁴ Arts. 8.2 y 12.3 de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar, en su redacción de los arts. 15.Uno y Dos del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009, de 23 de diciembre.

⁴⁹⁵ Art. 60 de la Ley 4/1996, de 12 de julio, en su redacción del art. 7.Cuatro del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009, de 23 de diciembre.

⁴⁹⁶ Art. 33 de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental, en su redacción del art. 8.Tres del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009, de 23 de diciembre.

⁴⁹⁷ Art. 34.1 de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental, en su redacción del art. 8.Tres del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009, de 23 de diciembre.

⁴⁹⁸ Exposición de Motivos DS, marginal 39.

A este respecto, el art. 5.3 de la Ley 25/2009 (Ómnibus) da una nueva redacción al art. 3.2 de la Ley 2/1974, de 13 de febrero, de Colegios profesionales, disponiendo que el ejercicio de las profesiones solo se supeditará a la obligación de la colegiación previa, cuando una ley estatal así lo disponga. Adicionalmente, se prevé que el Gobierno determinará las profesiones:

- (i) sujetas a colegiación obligatoria, en el plazo máximo de doce meses desde la entrada en vigor de la Ley (disposición transitoria 4ª Ley 25/2009);
- (ii) en las que el visado tendrá carácter preceptivo, en el plazo máximo de cuatro meses (disposición transitoria 3ª Ley 25/2009).

En este contexto, el art. 16.2 de la Ley 8/1997, de 8.7, de Colegios Profesionales de Castilla y León⁴⁹⁹, prevé que: "Para el ejercicio en Castilla y León de cualquier profesión colegiada será necesario pertenecer al Colegio correspondiente en los términos previstos en la normativa básica estatal".

Como se ve, *depende del Gobierno de la Nación el que la DS pueda tener una mayor o menor incidencia en los Colegios profesionales*. Su decisión marcará el futuro de una institución que hace frontera entre lo público y lo privado y que –por eso mismo–, no está exenta de discusión. Además, sería deseable recomponer jurídicamente una categoría que en los últimos años se ha visto desdibujada por el legislador, que ha aceptado corporaciones públicas de adscripción voluntaria.

⁴⁹⁹ En su redacción del art. 3.Dos del Decreto-Ley de Castilla y León 3/2009, de 23.12.



Capítulo VIII

La reforma de
la Ley 16/2002,
de 19 de diciembre, de
Comercio de Castilla y León

SUMARIO

1. Introducción. 2. Consideraciones previas. 2.1 Finalidad de la reforma: transposición de la Directiva de Servicios. *A. La Directiva de Servicios y sus repercusiones en el sector comercial. a. La llamada a la simplificación administrativa. b. La revisión de los regímenes de autorización. B. La necesidad de adaptar la normativa comercial estatal y regional a la norma comunitaria.* **2.2** El proceso de transposición de la Directiva de Servicios en el ámbito estatal. *A. La Ley Paraguas. B. La Ley Ómnibus. C. El Proyecto de Ley de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista.* **3. Consideraciones generales. 3.1** Un apunte sobre la oportunidad del método elegido para transponer. **3.2** Sobre la adecuación al Derecho comunitario. *A. La reforma de la Ley de Comercio de Castilla y León y la Directiva de Servicios. B. La reforma de la Ley de Comercio de Castilla y León y la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales.* **3.3** Sobre la adecuación a la Constitución en general y, en particular, al régimen de distribución de competencias. **3.4** Sobre la adecuación al Proyecto de Ley de Ordenación del Comercio Minorista. *A. El concepto de gran establecimiento comercial. B. ¿Han de coincidir las "razones imperiosas de interés general" estatales con las autonómicas? C. ¿Qué implica la integración en el procedimiento de autorización comercial de todos los trámites necesarios para la instalación?* **4. Consideraciones particulares. 4.1** Determinación del supuesto de hecho sometido a licencia comercial. **4.2** La imprescindible justificación de la intervención autonómica: la incidencia supramunicipal del establecimiento proyectado. **4.3** La necesidad de profundizar en la simplificación administrativa. **4.4** El procedimiento para la tramitación de la licencia comercial. *A. Exigencias en la fase de iniciación del procedimiento: simplificación administrativa, acuse de recibo, tasa por tramitación. B. Exigencias en la fase de instrucción del procedimiento. C. Exigencias en la fase de resolución del procedimiento. a. Plazo para resolver. b. Silencio administrativo: la regla general del silencio positivo y sus excepciones. c. Contenido de la resolución.* **4.5** Sobre los criterios materiales en los que se fundamenta la resolución: las razones imperiosas de interés general y la Norma Técnica Urbanística

LA REFORMA DE LA LEY 16/2002, DE 19 DE DICIEMBRE, DE COMERCIO DE CASTILLA Y LEÓN

Helena Villarejo Galende
*Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho Público
Universidad de Valladolid*

1. Introducción

La reforma de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León, es, qué duda cabe, uno de los aspectos más relevantes del Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León. Es cierto que este denominado “Decreto-ley ómnibus” modifica otra veintena de normas, pero no puede soslayarse que una de las cuestiones más polémicas –si no la más– de las reformas derivadas de la transposición de la Directiva de Servicios (en adelante, DS) es la referida al denominado urbanismo comercial, ese conjunto de normas que regulan la implantación de los grandes establecimientos comerciales.

A pesar de que la DS pueda tener importantes consecuencias sobre diversos sectores de la economía española y regional, lo cierto es que las que se proyectan sobre el sector comercial han protagonizado, en buena medida, el debate sobre la transposición de la norma comunitaria en España⁵⁰⁰. En nuestra Comunidad Autónoma, basta con un breve recorrido por las hemeotecas para comprender que el comercio ha monopolizado toda controversia que pudiera darse en torno a las reformas derivadas de la DS.

⁵⁰⁰ En honor a la verdad, ha de señalarse que sólo en los últimos tiempos otros asuntos vinculados también a la transposición de la Directiva en España, como el nuevo marco regulatorio de los Colegios Profesionales o los cambios que la Ley Ómnibus pretendía introducir en el sector del taxi, han acaparado la atención de los medios de comunicación.

A mi juicio, las razones del interés que despierta esta reforma de la legislación comercial estriban, por una parte, en la importancia del sector, dado el gran peso del comercio dentro de las actividades terciarias. Por otra, en razones de tipo político que derivan de ese complejo encaje de bolillos que exige conjugar los intereses enfrentados de los distintos formatos de la distribución comercial, los derechos de los consumidores y los delicados equilibrios competenciales de las tres Administraciones implicadas: Estado, Comunidades Autónomas y Municipios. Y, finalmente, en una cuestión de fondo, de naturaleza jurídica. Entre sus diversas consecuencias, la DS exige que los Estados reconsideren sus regímenes de autorización. La DS no prohíbe las autorizaciones, pero las somete a una “presunción de culpabilidad”, obligando a los Estados miembros a probar su inocencia. Pues bien, si en el ordenamiento jurídico español había unas autorizaciones “especialmente sospechosas”, esas eran las autorizaciones exigidas para la implantación de los grandes establecimientos comerciales. Sospechosas, antes incluso de que se aprobara la DS, puesto que la Comisión Europea había abierto dos procedimientos de infracción contra el Reino de España por vulneración del artículo 43 del TCE, porque consideraba que tanto la legislación catalana como la andaluza restringen y obstaculizan el establecimiento de hipermercados.

Evitar la condena de la Comisión y transponer el contenido de la DS en el sector comercial exigía ineludiblemente demostrar la inocencia de estos regímenes autorizatorios. Por tanto, en el caso de que se decidiera seguir manteniendo las autorizaciones comerciales para determinados formatos, había que verificar: 1) que no eran discriminatorias, 2) que cumplían con el principio de proporcionalidad y 3) que, además, eran necesarias, o lo que es lo mismo, justificadas en ese concepto con el que no hemos tenido más remedio que familiarizarnos: “las razones imperiosas de interés general”.

Todo esto implicaba un cambio del modelo que conocíamos hasta ahora. Cambio que exigía reformar la Ley estatal de Ordenación del Comercio Minorista y, también, las legislaciones de comercio de todas las Comunidades Autónomas.

Para examinar las claves de la nueva regulación comercial en Castilla y León, este trabajo se ha estructurado en tres partes. En la primera de ellas (**consideraciones previas**) se realiza un análisis del contenido y de las novedades que presenta la DS, con el objeto de extraer las consecuencias jurídicas que la norma comunitaria ha tenido para la legislación básica estatal y para el caso concreto de la regulación relativa a los grandes establecimientos comerciales en Castilla y León. Al tiempo, se lleva a cabo un somero estudio del complejo

proceso de transposición de la DS en el ámbito estatal, en el que se destaca la particularidad de que la norma básica en materia de comercio a día de hoy todavía no ha sido aprobada (*).

En la segunda, se pergeñan **consideraciones de carácter general** sobre la adecuación de la reforma comercial emprendida en Castilla y León con respecto al Derecho Comunitario, a nuestra Constitución y a la futura legislación básica estatal.

Finalmente, se desciende al análisis pormenorizado de la reforma comercial y se efectúan una serie de **consideraciones de carácter particular** sobre los que hemos considerado los aspectos más significativos de la modificación de la Ley de Comercio de Castilla y León.

2. Consideraciones previas

2.1 FINALIDAD DE LA REFORMA: TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

A. La Directiva de Servicios y sus repercusiones en el sector comercial

Hace ya más de tres años, el 28 de diciembre de 2006, se aprobó la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Los Estados miembros disponían de un plazo de tres años, que finalizó el 28 de diciembre de 2009, para adaptar sus legislaciones a esta importante Directiva, cuyo objetivo principal es crear un marco jurídico general que suprima los obstáculos que se oponen a las libertades económicas de los prestadores de servicios y mejorar la calidad de los servicios⁵⁰¹.

(*) Durante la fase de corrección de pruebas de este capítulo, se produjo la aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados del Proyecto de Ley de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (DSCD, núm. 141, de 18 de febrero de 2010).
NOTA DEL EDITOR: El día de cierre de esta edición, se publicó en el BOE núm. 53, de 2 de marzo de 2010.

⁵⁰¹ La norma comunitaria ha sido objeto de gran atención por la doctrina española. Sin ánimo de exhaustividad, nos remitimos aquí a tres obras de carácter colectivo: DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2009; VV.AA., *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios, XXV Edición del Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2009 y RIVERO ORTEGA, R., (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Cizur Menor (Navarra), Civitas, 2009. Son destacables también tres Revistas de carácter monográfico: *Revista de Derecho de la Unión Europea: La Directiva relativa a los servicios en el Mercado Interior (La Directiva Bolkestein)*, núm.14, UNED y Colex, Madrid, 2008; *Revista APD: Asociación para el Progreso de la Dirección*, núm. 231, 2008 (Ejemplar dedicado a: La Directiva Bolkestein: Liberalización al servicio del consumidor) y *Revista de Estudios Locales*, Cosital, núm. extraordinario, julio-agosto, 2009.

Como es sabido, la DS ha originado una fuerte polémica por sus repercusiones en varios sectores. En el sector de la distribución comercial, la Directiva afecta especialmente a las normativas proteccionistas de distintos Estados miembros que, como España, desde hace años, han establecido una autorización específica para la apertura de grandes establecimientos comerciales, con la que se pretenden limitar las consecuencias económicas de las nuevas implantaciones sobre la red comercial preexistente⁵⁰².

De entre las diferentes cuestiones que aborda la norma comunitaria, hay dos aspectos que tienen un fuerte impacto sobre la regulación de los equipamientos comerciales: la simplificación administrativa y la revisión de los regímenes de autorización. Por su importancia, se examinan a continuación por separado.

a. La llamada a la simplificación administrativa

La DS pretende facilitar el acceso a las actividades de servicio y su ejercicio en el mercado interior y para ello considera necesario eliminar las trabas administrativas que ahora encuentran las empresas cuando pretenden instalarse. A tal fin, los Estados miembros tendrán la obligación de simplificar sus procedimientos y formalidades, cuando, sometidos a examen, éstos no sean «lo suficientemente simples» (art. 5). La ausencia de medidas coercitivas –el procedimiento del art. 39 DS no se le aplica a este precepto⁵⁰³– otorga a este precepto “efectos fundamentalmente psicológicos”⁵⁰⁴. Que no es poco. La Directiva anuncia una “limpieza general” y somete a las autoridades nacionales a un enorme ejercicio de *screening* (chequeo, escrutinio) de cientos de normas⁵⁰⁵. La Directiva obliga a que los Estados miembros, durante el plazo de adaptación del Derecho interno, efectúen un cribado previo de su legis-

⁵⁰² Sobre las consecuencias de la DS en las regulaciones comerciales europeas, véase VILLAREJO GALENDE, H. (dir.), *La Directiva de Servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Comares, Granada, 2009.

⁵⁰³ El informe de evaluación que los Estados miembros habrán de remitir a la Comisión antes del 28 de diciembre de 2009 se refiere a los regímenes de autorización (art. 9), requisitos sujetos a evaluación (art. 15), requisitos sobre la libre prestación de servicios (art. 16) y actividades multidisciplinares (art. 25.3).

⁵⁰⁴ Así, HATZOPOULOS, V., “Que reste-t-il de la directive sur les services?”, *Cahiers de droit européen*, Vol. 43, Nº 3-4, 2007, p. 354.

⁵⁰⁵ En esta línea, BARNARD, C., “Unravelling the Services Directive”, *Common Market Law Review*, 45, 2008, p. 387.

lación para determinar si existen en su ordenamiento jurídico requisitos contrarios a la norma comunitaria.

También se apuesta por el establecimiento de ventanillas únicas para simplificar los trámites y para que el prestador pueda resolver todas las gestiones a través de un único punto de contacto (art. 6); se garantiza el derecho a la información (art. 7), junto con la posibilidad de realizar los procedimientos por vía electrónica (art. 8)⁵⁰⁶.

Conforme al artículo 6, los Estados miembros garantizarán que los prestadores puedan llevar a cabo a través de ventanillas únicas todos los procedimientos y trámites necesarios para acceder a sus actividades de servicios, en especial, las declaraciones, notificaciones o solicitudes necesarias para la autorización por parte de las autoridades competentes, incluidas las solicitudes de inscripción en registros, listas oficiales, bases de datos o colegios o asociaciones profesionales. Igualmente, garantizarán que también las solicitudes de autorización necesarias para el ejercicio de sus actividades de servicios puedan presentarse a través de ventanillas únicas⁵⁰⁷. De acuerdo con las explicaciones de la Comisión en su *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios*, las ventanillas habrán de ser "interlocutores institucionales únicos" para el prestador de los servicios, de manera que éste no tenga que ponerse en contacto con varias autoridades competentes para recabar la información que precisa y contemplar los trámites necesarios para ejercer sus actividades⁵⁰⁸. Siguiendo este modelo, en España se ha creado la Ventanilla Única de la Directiva de Servicios, un portal nacional denominado EUGO, con información gubernamental para la prestación de servicios⁵⁰⁹.

⁵⁰⁶ En nuestro país, algunos de estos preceptos fueron objeto de una transposición parcial –e incompleta– por parte de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos, véase VILLAREJO GALENDE, H., "La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la Administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14, UNED y Colex, Madrid, 2008, pp. 47-82.

⁵⁰⁷ Sobre el significado y repercusiones de la ventanilla única, vid. GAMERO CASADO, E., "Los municipios y la ventanilla única de la Directiva de Servicios", en *Revista de Estudios Locales*, Cosital, núm. extraordinario, julio-agosto, 2009, pp. 138 y ss.

⁵⁰⁸ http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_es.htm

⁵⁰⁹ El portal puede visitarse en la URL: <http://www.eugo.es>. Desde esta otra dirección: http://ec.europa.eu/internal_market/eu-go/ puede accederse a las ventanillas únicas de otros Estados miembros.

Para la Directiva, la creación de ventanillas únicas no implica una interferencia en el reparto de funciones o competencias entre las autoridades competentes dentro de cada sistema nacional (artículo 6, párrafo 2).

Las ventanillas únicas son también tomadas en consideración desde la perspectiva de los usuarios de los servicios. Aquéllas habrán de representar para éstos el principal punto de contacto, respecto de las informaciones que pretendan conseguir sobre un prestador de servicio y/o sobre las condiciones en las que un servicio se ofrece. La información sobre los prestadores y sus servicios es una de las garantías de la calidad de los servicios (artículo 22).

El apartado 1 del artículo 7 DS preceptúa que los Estados miembros «harán lo necesario» para que los prestadores y los destinatarios puedan acceder fácilmente a la siguiente información por medio de ventanillas únicas: los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicios y ejercerlas; los datos de las autoridades competentes que permitan ponerse directamente en contacto con ellas; los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a los prestadores y a los servicios; las vías de recurso y los datos de las asociaciones u organizaciones a las que puedan dirigirse para obtener ayuda práctica⁵¹⁰.

Además, los prestadores y destinatarios podrán recibir asesoramiento de las autoridades competentes, que consistirá en información sobre la forma en que se interpretan y aplican generalmente los requisitos de acceso y ejercicio a las actividades de servicios. De nuevo, los Estados miembros «harán lo necesario» (artículo 7.2). Para ello, elaborarán una guía simple y detallada, que contenga la información de forma clara e inteligible y debidamente actualizada. Será accesible a distancia y por vía electrónica. El apartado 4 del artículo 7 plasma el principio de celeridad: los Estados miembros se asegurarán de que las ventanillas únicas y las autoridades den respuesta lo antes posible a toda solicitud de información o de ayuda. Por otra parte, los Estados miembros, y también la Comisión, fomentarán que toda la información

⁵¹⁰ En el portal de la ventanilla única española (www.eugo.es) los destinatarios pueden encontrar información sobre vías de reclamación y sobre organizaciones de asistencia, disponibles en España.

a la que se viene haciendo referencia sea accesible en otras lenguas comunitarias (art. 7.5)⁵¹¹.

Recurriendo una vez más a la vaga expresión de «harán lo necesario», la Directiva, en su artículo 8, interpela a los Estados miembros 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». Sin duda, y así lo pone de manifiesto el considerando 52 de la norma, la creación, en un plazo de tiempo razonablemente corto, de un sistema de procedimientos y trámites efectuados por vía electrónica es fundamental para lograr la simplificación administrativa en materia de actividades de servicios, en beneficio de prestadores, destinatarios y autoridades competentes. Es claro también que la observancia de esta obligación requerirá la adaptación de las legislaciones nacionales y de otras normas aplicables a los servicios. Todo esto exigirá importantes inversiones en las tecnologías de la información y la comunicación (TIC) y obligará a los Estados miembros a generalizar el uso del *e-government* o administración electrónica⁵¹². Éste está llamado a ser, a mi juicio, uno de los mayores efectos de la DS.

En definitiva, la simplificación administrativa es contemplada por la DS como la acción de modernización que, además de garantizar los requisitos de transparencia y actualización de los datos relativos a los operadores, elimina los retrasos, costes y efectos disuasorios que ocasionan, por ejemplo, “los trámites innecesarios o excesivamente complejos y costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, plazos indeterminados o excesivamente largos, autorizaciones concedidas con un período de vigencia limitado o gastos y sanciones desproporcionados” (considerando

⁵¹¹ En cualquier caso, esta obligación de prestar asesoramiento no alcanza al asesoramiento jurídico en casos particulares, se refiere únicamente a información general sobre la forma en que suelen interpretarse o aplicarse los requisitos para acceder y prestar un servicio (art. 7.6).

⁵¹² Al respecto puede verse SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z., “Administración electrónica y Directiva de Servicios”, en *Mercado europeo y reformas administrativas*, R. Rivero Ortega (dir.), Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 189 y ss. En materia de Administración electrónica se están produciendo grandes avances. En el ámbito de Castilla y León es de destacar la reciente creación del portal TRAMITACASTILLAYLEÓN, alojado en la siguiente URL: <http://www.tramitacastillayleon.jcyl.es/>

43). Además, la simplificación administrativa ha de ponerse en relación con la necesidad de mejorar la calidad del marco regulatorio actual⁵¹³.

Aunque la mayoría de estas previsiones sean de “soft law”⁵¹⁴ –se construyen sobre la base del concepto indeterminado de perfiles tan difusos como “hacer lo necesario”– compartimos con autores como DAVIES la opinión de que aquí reside la verdadera importancia de la DS. Se divisa una armonización y modernización de la Administración pública europea y, en tal sentido, el capítulo sobre la simplificación administrativa puede resultar revolucionario⁵¹⁵.

b. La revisión de los regímenes de autorización

La DS pretende eliminar trabas burocráticas al libre establecimiento de empresas de servicios y mejorar el marco regulatorio del sector. La necesidad de suprimir los obstáculos jurídicos que impiden el desarrollo de un auténtico mercado interior hace que la Directiva preste especial atención a los *regímenes de autorización*⁵¹⁶ establecidos por los Estados miembros para el acceso a la prestación de servicios, que habrán de ser la excepción y no la regla. En este contexto, las previsiones del capítulo III de la DS (arts. 9 a 15) están dirigidas a suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos, que obstaculizan la libertad de establecimiento

⁵¹³ Vid. VILLAREJO GALENDE, H., “Simplificación administrativa al servicio del Mercado Interior Europeo”, *Libro Marrón del Círculo de Empresarios*, Madrid, 2009, pp. 433 y ss.

⁵¹⁴ “Soft law” –cuya mejor traducción al castellano resulta la de “derecho indicativo”– es una expresión utilizada con frecuencia en ámbitos anglosajones y también comunitarios con el siguiente sentido «normas de conducta enunciadas en instrumentos a los cuales no se ha conferido fuerza obligatoria en cuanto tal y que, no obstante, pueden surtir algunos efectos jurídicos –indirectos– y cuyo objeto es potencialmente producir efectos prácticos». Cfr. SENDEN, L., “Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?”, *European Journal of Comparative Law*, Vol. 9.1, January 2005, disponible en <http://www.ejcl.org>. El plan de acción de la UE «Simplificar y mejorar el marco regulador» se refiere ampliamente a los sistemas de gobernanza de carácter no vinculante [COM (2002) 278 final].

⁵¹⁵ Vid. DAVIES, G., “The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration”, *European Law Review*, 32, 2007, pp. 239-240.

⁵¹⁶ El concepto de «régimen de autorización» que maneja la DS es amplísimo, pues según se señala en el considerando 39: «debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional».

y la creación de nuevas empresas de servicios que éstos comportan⁵¹⁷. Digamos que, aunque la Directiva no prohíbe las autorizaciones, las somete a una “presunción de culpabilidad”, que obliga a los Estados miembros a probar su inocencia. De tal manera que el sometimiento de una actividad a un régimen de autorización previo solamente será legítimo cuando supere el que hemos denominado *triple test*⁵¹⁸. Esto es, de acuerdo con el art. 9.1 DS:

- i) que *no sea discriminatorio*,
- ii) que sea *necesario* (motivación de los requisitos que limiten el ejercicio de una actividad en la protección de *razones imperiosas de interés general*⁵¹⁹) y
- iii) que cumpla con el principio de proporcionalidad (adecuación a los fines que se persiguen y elección de la medida menos restrictiva).

Una vez superado este triple condicionamiento, si los Estados miembros consideran oportuno seguir manteniendo un régimen autorizador, habrán de respetar, en todo caso, una serie de principios, con los que se pretende que el establecimiento de los prestadores de servicios sea lo más fácil posible. En primer término, para evitar la arbitrariedad, las facultades de apreciación de la Administración habrán de estar delimitadas mediante criterios que reúnan las siguientes características: no serán discriminatorios, habrán de estar justificados por una *razón imperiosa de interés general*, serán proporcionados al objetivo que se pretende de interés general, serán claros e inequívocos, objetivos, transparentes y accesibles y hechos públicos con antelación (art. 10).

⁵¹⁷ Para Tomás-Ramón FERNÁNDEZ, el marco general que la DS establece para el régimen de autorizaciones supone una “verdadera revolución” (“Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, junio, 2007, p. 192). MUÑOZ MACHADO matiza el carácter revolucionario de la norma comunitaria en tanto que en buena medida la Directiva es un compendio de la jurisprudencia comunitaria sobre las libertades económicas. Vid. “Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios”, *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 21, 2009, p. 5. Y todavía mucho más comedido sobre los efectos de la DS se muestra LAGUNA DE PAZ, J.C., “La Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, junio, 2009, pp. 42 y ss.

⁵¹⁸ Cfr. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 44, Gobierno de Navarra, Pamplona, 2007, p. 59.

⁵¹⁹ Cuáles sean las razones imperiosas de interés general se convierte en la clave de arco del modelo regulatorio que está contemplando la DS. Sobre este concepto volveremos más adelante.

A la vista de estos criterios, parece claro que la DS está pensando en instrumentos de ordenación en los que la discrecionalidad tiene escasa cabida⁵²⁰ y que permitan al prestador del servicio conocer de antemano, con un gran grado de certeza, si es posible obtener la correspondiente autorización.

En segundo término, se establecen una serie de condicionamientos relativos a los procedimientos de autorización: habrán de ser claros, darse a conocer con antelación y ser adecuados para garantizar a los solicitantes que su solicitud reciba un trato objetivo e imparcial (art. 13.1 DS). Legalidad, vinculación positiva de la Administración a la Ley, objetividad e imparcialidad... principios todos ellos que están en nuestra Constitución y en nuestro ordenamiento administrativo⁵²¹. Y, finalmente, se introduce el principio de autorización tácita de las autoridades competentes una vez vencido un plazo determinado. De acuerdo con el art. 13.4 DS, que contiene la regla del silencio, “a falta de respuesta”, “se considerará que la autorización está concedida”, salvo que una razón imperiosa de interés general justifique otra solución.

Además, la norma comunitaria precisa los requisitos que, por ser considerados especialmente restrictivos, estarán prohibidos. Entre otros, la “lista negra” del art. 14 está integrada por dos de gran relevancia a efectos del contenido de este trabajo.

En primer lugar, la prohibición de que los Estados miembros condicionen el acceso a una actividad de servicios a la exigencia de una *prueba económica*, que consiste en “*supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posible o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los*

⁵²⁰ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios...”, cit., p. 59.

⁵²¹ El art. 13.2 DS establece que los procedimientos y trámites “no deberán tener carácter disuasorio ni complicar o retrasar indebidamente la prestación del servicio”. Sigue diciendo que “se deberá poder acceder fácilmente a ellos” y, además, “los gastos que ocasionen a los solicitantes deberán ser razonables y proporcionales a los costes de los procedimientos” y no excederlos”. LINDE PANIAGUA señala la conveniencia de introducir estos principios en nuestro ordenamiento, puesto que, hoy por hoy, no se contemplan, vid. “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm.14, 2008, pp. 96-97.

objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente” (art. 14.5 DS). Esto afecta a los criterios económicos que hasta ahora predominaban en la regulación española de equipamientos comerciales. La legislación de las Comunidades Autónomas y sus “Planes de equipamientos comerciales” están plagados de criterios discriminatorios de índole puramente económica; criterios tales como: el “equilibrio oferta-demanda esperada”; los déficit y superávit en equipamiento comercial; los “cupos” por área, establecidos conforme a relación pequeño comercio/gran superficie; las “áreas saturadas” de acuerdo con el plan, etc.

Pero no se trata de algo nuevo. Reiteradamente, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se ha pronunciado sobre la imposibilidad de establecer restricciones sobre la base de criterios de protección de determinados operadores o de mantenimiento de una determinada estructura del mercado, por ser criterios contrarios al artículo 43 del Tratado. De hecho, como ya se indicado, dos procedimientos de infracción pesaban sobre el Reino de España por la supuesta vulneración del artículo 43 del Tratado en que incurrieron las legislaciones catalana y andaluza sobre equipamientos comerciales⁵²².

En segundo lugar, la DS califica como requisito prohibido la participación *“directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones”* (art. 14.6 DS). Con ello la norma comunitaria se opone frontalmente a que los Estados miembros creen *“comisiones de equipamientos comerciales”*, participadas por representantes de los sectores comerciales enfrentados, a las que se otorga la competencia para informar o resolver el procedimiento de otorgamiento o denegación de licencias.

Finalmente, otra serie de requisitos –potencialmente restrictivos– estarán permitidos (“lista gris” del art. 15), siempre que el Estado miembro acredite, tras someterlos a evaluación, que son necesarios, proporcionales y no discriminatorios. Entre este tipo de requisitos “sospechosos” figuran, por ejemplo, la imposición de límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites

⁵²² Respectivamente, la Ley catalana 18/2005, de equipamientos comerciales, Decreto 378/2006, de desarrollo de la misma, y Decreto 379/2006; la Ley andaluza 1/1996, de 10 de enero, del Comercio Interior de Andalucía, modificada por la Ley 6/2002 y desarrollada por el Decreto 209/2007 que aprueba el Plan Andaluz de Orientación Comercial y regula los criterios de evaluación para el otorgamiento de la licencia.

fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores; requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una forma jurídica particular; prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional; requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados; o tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar⁵²³.

La identificación y evaluación de los regímenes de autorización y de sus requisitos es contemplada en la DS como un proceso, para el que se habilita un calendario (art. 39.1.b) DS) y se concretan las correspondientes obligaciones de información (art. 15.5 DS) a favor de la Comisión y que recaen sobre los Estado miembros. Es más, en un futuro, los Estados miembros quedarán obligados a notificar, de forma motivada, a la Comisión “cualquier nueva disposición legal, reglamentaria o administrativa” en la que se prevean requisitos susceptibles de ser considerados como incompatibles⁵²⁴.

B. La necesidad de adaptar la normativa comercial estatal y regional a la norma comunitaria

El comercio interior, como actividad de servicios, entra dentro del ámbito de aplicación de la norma comunitaria. De hecho, bajo la denominación “distribución” se encuentra incluido en la lista de servicios a los que resulta aplicable la Directiva de acuerdo con el considerando 33. Es sabido que la afectación de la legislación comercial ha protagonizado en nuestro país el debate en torno a la transposición de la norma, aun cuando evidentemente la Directiva de Servicios no es la Directiva de Comercio, puesto que es una norma de carácter transversal u horizontal que afecta a otros muchos sec-

⁵²³ Para un mayor desarrollo de estas previsiones, vid. LINDE PANIAGUA, E., “Libertad de establecimiento...”, cit., pp. 83-101 y FORTES MARTÍN, A., “La libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en el mercado interior bajo el nuevo régimen de la Directiva 206/123 de 12 de diciembre”, en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior* (dir. T. de la Quadra-Salcedo), Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 130 y ss.

⁵²⁴ Como ya pusimos en su día de relieve, se trata de una obligación de difícil y complejo cumplimiento para un Estado miembro con un poder político tan descentralizado como es el nuestro. Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios...”, cit., p. 65.

tores⁵²⁵. Los efectos de la Directiva sobre la ordenación de la distribución comercial se centran en el régimen de autorizaciones administrativas a las que se someten las actividades comerciales, que van desde la licencia comercial específica para los grandes establecimientos comerciales hasta las licencias para la apertura de establecimientos medianos o de descuento duro, pasando, entre otros, por los registros de comerciantes y las autorizaciones municipales para el ejercicio de la venta ambulante o las homologaciones de máquinas expendedoras. En principio, la DS no interfiere otros aspectos de la política comercial como los horarios comerciales o la promoción de ventas.

Entre los aspectos de la legislación comercial afectados por la DS destaca la normativa que regula la implantación de los grandes establecimientos comerciales. Las limitaciones a la apertura de centros comerciales podrán mantenerse, siempre que sean no discriminatorias, resulten proporcionales y estén justificadas⁵²⁶. A tenor de la Directiva, los requisitos que se establezcan en el análisis previo de las autorizaciones de nuevos establecimientos comerciales deberán estar objetivamente justificados en una “razón imperiosa de interés general”. En este contexto, resulta discutible que las razones de política comercial, como la protección del pequeño comercio frente a la gran distribución, que los Estados miembros han venido aduciendo para exigir la obtención de una autorización administrativa especial a los grandes formatos comerciales puedan enmarcarse en el concepto de “razón imperiosa de interés general”.

En el ámbito estatal, la autorización comercial para la instalación de grandes superficies que introdujo la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM) en 1996 con carácter básico, es una autorización de naturaleza económica, que pretende conseguir el mantenimiento de la competencia, el equilibrio entre las distintas formas comerciales⁵²⁷. Ello se deduce de los criterios

⁵²⁵ Como tantas veces se ha repetido durante el proceso de transposición desde la Dirección General de Comercio, vid. SÁNCHEZ ARMAS, T., “La Directiva 2006/123/CE de servicios en el mercado interior y la innovación en el comercio”, en *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo* (dir. H. Villarejo), Comares-Instituto de Estudios Europeos, 2009.

⁵²⁶ De hecho, en el considerando 47 de la Directiva se mencionan las autorizaciones para grandes establecimientos comerciales, lo cual indica que la norma comunitaria contempla expresamente este supuesto.

⁵²⁷ Así, en la Exposición de Motivos, el legislador declara: “La Ley aspira a ser la base de la modernización de las estructuras comerciales españolas, contribuyendo a corregir los desequilibrios entre las grandes y las pequeñas empresas comerciales y, sobre todo, al mantenimiento de la libre y leal competencia”.

a los que la norma alude para decidir la autorización o, en su caso, denegación. En concreto, la LOCM establece que los Poderes públicos competentes –las Comunidades Autónomas (art. 7)– ponderarán *la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en la zona afectada por el nuevo emplazamiento y los efectos que éste pudiera ejercer sobre la estructura comercial de aquélla* (art. 6.2)⁵²⁸. Ninguno de estos dos criterios se encuentra entre las denominadas “razones imperiosas de interés general” susceptibles, según la DS, de justificar los regímenes de autorización y sus requisitos. De la clara incompatibilidad con la norma comunitaria se deriva, pues, la necesidad de proceder a una reforma de la legislación básica estatal⁵²⁹.

En el ámbito autonómico, tanto la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León, como el Decreto 104/2005, de 29 de diciembre, por el que se aprueba el Plan Regional de Ámbito Sectorial de Equipamientos Comerciales (PRASEC) y el Decreto 82/2006, de 16 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la ley, presentaban claros puntos de fricción con la norma comunitaria⁵³⁰. Así, y sin ánimo de ser ahora exhaustivos, pueden indicarse algunos aspectos especialmente conflictivos. En cuanto al procedimiento administrativo para el otorgamiento de las licencias comerciales, cabe señalar que, en términos generales, la regulación contenida en la Ley y en el PRASEC era ciertamente compleja, por lo que se veía indudablemente afectada por el mandato de simplificación administrativa de la norma comunitaria. En particular, hay aspectos concretos del procedi-

⁵²⁸ Ambos criterios habrán de ser ponderados “especialmente”, según señala el artículo 6.2 LOCM, lo que no excluye la incorporación de otros criterios complementarios en la legislación autonómica. Vid. REBOLLO PUIG, M., “La licencia específica para la implantación de grandes establecimientos comerciales”, *Estudios sobre Consumo*, núm. 51, 1999, p. 42 y CASES PALLARES, L. y PONS CÁNOVAS, F., *La implantación de grandes establecimientos comerciales*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 120.

⁵²⁹ Para un análisis más detallado de las repercusiones de la norma comunitaria en la ordenación comercial, vid. DEL PINO, A., “La nueva Directiva de Servicios y sus repercusiones en la ordenación de la distribución comercial”, *Distribución y Consumo*, julio-agosto, 2007; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “La ordenación del comercio interior y la Directiva de servicios 2006/123”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, núm. 38, 2008, pp. 499-518; y del mismo autor, “De criterios económicos a urbanísticos y ambientales”, *Revista APD: Asociación para el Progreso de la Dirección*, (ejemplar dedicado a: La Directiva Bolkestein: Liberalización al servicio del consumidor), núm. 231, 2008, pp. 33-35; SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H. “La Directiva de Servicios...”, cit.; TORNOS MAS, J., “La licencia comercial específica y el régimen de autorizaciones en la Directiva de Servicios”, en *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo* (dir. H. Villarejo), Comares-Instituto de Estudios Europeos, 2009.

⁵³⁰ Como pusimos de relieve en PEÑAS MOYANO, B. Y VILLAREJO GALENDE, H., “Comercio interior y consumo”, en VV.AA., *Derecho Público de Castilla y León*, Lex Nova, 2008, pp. 835 y ss.

miento que debían de ser revisados. En la *fase de iniciación*, se hacía necesario facilitar el acceso a los trámites y a la información preferentemente por vías electrónicas, a través del establecimiento de ventanillas únicas para simplificar los trámites y para que el prestador pueda resolver todas las gestiones a través de un único punto de contacto. Deberían, además, ser tomados en consideración el derecho a la información o el deber de acuse de recibo, revisarse la tasa por tramitación o la extensa documentación que ha de acompañar a la solicitud. En el procedimiento se contemplaba, durante la *fase de instrucción*, la participación del Consejo Castellano y Leonés de Comercio mediante la emisión de un informe de carácter preceptivo y no vinculante. La participación del Consejo (cuya composición y funciones se regulan en el Decreto 126/2003, de 30 de octubre) entraba en colisión con el artículo 14.6 DS que prohíbe la intervención directa o indirecta de los competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones. En la *fase de terminación de procedimiento* era necesario examinar los plazos para resolver y el sentido del silencio administrativo.

Pero, quizás, el punto más controvertido de la normativa autonómica era el referido a los criterios materiales en los que se fundamentaba la resolución. Como hemos expuesto en repetidas ocasiones a lo largo de este trabajo, a tenor de la Directiva, los requisitos que se establezcan en el análisis previo de las autorizaciones de nuevos establecimientos comerciales deberán estar objetivamente justificados por «razones imperiosas de interés general» y se prohíbe la aplicación, caso por caso, de una «prueba económica» consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de la necesidad económica o de una demanda de 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 objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente. En este contexto, algunos de los criterios de evaluación previstos en la legislación autonómica (art. 21 LCCYL y arts. 47-49 PRASEC) tenían que ser revisados para dar cumplimiento a la norma comunitaria. Igualmente, era necesario cuestionar las condiciones de equilibrio que establece el PRASEC, a partir de las cuales, mediante una fórmula, se determinaba el impacto socioeconómico (leve, moderado o grave) que el proyecto podía producir en la zona básica en la que se instala. O, también, pruebas económicas como las que se exigían que los prestadores de servicios realizasen estudios económicos gravosos en tiempo y dinero y cuyo resultado suele ser incierto.

Puesto que las autorizaciones de las implantaciones comerciales ya no podrán descansar en criterios de naturaleza económica, había de ser evaluada la posibilidad de que, caso de considerarse necesario mantener una legislación específica de urbanismo comercial, puedan encontrarse otros criterios que sí puedan enmarcarse en el concepto de "*razón imperiosa de interés general*", como el mantenimiento de una competencia efectiva, que evite los abusos de posición dominante; la ordenación del territorio, que favorezca el comercio de proximidad y fomente el equilibrio social y urbano entre el centro y la periferia, entre zonas urbanas y rurales; la protección del medio ambiente, el desarrollo sostenible y la calidad del urbanismo desde el punto de vista estético y paisajístico; o la satisfacción de las necesidades de los consumidores, garantizando una oferta diversificada⁵³¹.

2.2 EL PROCESO DE TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN EL ÁMBITO ESTATAL

Durante el proceso de transposición de la DS, cuyo plazo expiraba el 28 de diciembre de 2009, se ha puesto de manifiesto que esta norma puede suponer una revolución en el panorama del Derecho administrativo de muchos países comunitarios y, desde luego, en el nuestro, en la medida en que conduzca a profundos cambios en los regímenes autorizatorios susceptibles de limitar o condicionar el ejercicio de la libertad de establecimiento. La compleja tarea que se ha puesto en marcha para la transposición de esta Directiva⁵³², ha generado un profundo proceso de reflexión sobre muchas de las regulaciones sectoriales, entre ellas, naturalmente, la normativa comercial.

⁵³¹ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., "La Directiva de Servicios...", cit., p. 86 y VILLAREJO GALENDE, H., "Sostenibilidad y revitalización urbana: nuevas propuestas para la regulación de la implantación de los grandes establecimientos comerciales", *Ciudad y Territorio, Estudios Territoriales*, núm. 156, 2008, pp. 273 y ss.

⁵³² Vid. VILLAREJO GALENDE, H. y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A., "El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios", en *Informe de Comunidades Autónomas 2008*, Instituto de Derecho Público, Barcelona, 2009, pp. 81-122 y RIVERO ORTEGA, R., "La transposición de la Directiva de Servicios en España", en Rivero Ortega, R., (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, 2009, Cizur Menor (Navarra), pp. 59-86.

Tendrán que simplificarse los procedimientos y facilitarse el acceso a los trámites y a la información preferentemente por vías electrónicas y deberán eliminarse o reducirse determinadas barreras de entrada. En este sentido, ya se ha aprobado la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, que transpone parcialmente algunos aspectos de la DS en materia de simplificación administrativa⁵³³.

Es bien sabido que la transposición que está llevando a cabo el Estado español se ha traducido fundamentalmente en la aprobación de tres leyes, cuyo contenido, de forma sumaria, se expone a continuación.

A. La Ley Paraguas

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, más conocida como *Ley Paraguas* (BOE, núm. 283, de 24 de noviembre de 2009), es una norma de carácter transversal u horizontal que incorpora formalmente, sin grandes diferencias, mediante el sistema de transposición por transcripción, el contenido de la DS. La ley "horizontal" prevé un marco más flexible y transparente para el acceso y ejercicio de las actividades de servicios, de manera que deben de eliminarse todos aquellos regímenes de autorización que no estén justificados por una razón imperiosa de interés general de las establecidas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y, en caso de que exista alguna razón, entonces debe considerarse si ese mecanismo de intervención es el más adecuado para conseguir el fin que se persigue. Para facilitar el uso de instrumentos más proporcionados, la *Ley Paraguas* exige que se utilicen alternativas menos restrictivas como las comunicaciones o declaraciones responsables a la autoridad competente (artículo 5)⁵³⁴.

Por otra parte, el capítulo IV de la Ley trata de la simplificación administrativa, trasladando el contenido del capítulo II de la Directiva. Lo integran tres preceptos, dedicados, respectivamente, a la "simplificación de procedimientos"

⁵³³ Sobre esta norma, vid. VILLAREJO GALENDE, H., "Simplificación administrativa al servicio del Mercado Interior Europeo", *Libro Marrón del Círculo de Empresarios*, Madrid, 2009.

⁵³⁴ Vid. RIVERO YSERN, E., "Autorizaciones de intervención en la Directiva de Servicios: Autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas", en Rivero Ortega, R., (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp.151-165.

(artículo 17), “ventanilla única” (artículo 18) y a las “garantías de información a través de la ventanilla única” (artículo 19), cuyo tenor literal coincide en lo fundamental con el de los artículos 5, 6, 7, 8 y 21 de la norma comunitaria. Así, las Administraciones Públicas tendrán que revisar los procedimientos y trámites aplicables al establecimiento y la prestación de servicios, a fin de impulsar su simplificación, y posibilitarán que todos los trámites puedan realizarse por medios electrónicos y a distancia. A través de un sistema de ventanilla única los prestadores podrán llevar a cabo en un único punto, por vía electrónica y a distancia, todos los trámites necesarios para el acceso y ejercicio de una actividad de servicios; y asimismo, podrán obtener determinada información, que será accesible también a través de la misma ventanilla única para los destinatarios de los servicios⁵³⁵.

B. La Ley Ómnibus

La necesaria revisión y simplificación de todos los procedimientos, al menos en el ámbito del Estado, es la que pretende llevar a cabo la denominada *Ley Ómnibus*, cuya designación oficial es Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (BOE, núm. 308, de 23 de diciembre de 2009)⁵³⁶. La Ley –que afecta a cerca de cincuenta normas estatales de rango legal– acomete una serie de modificaciones legislativas –que en algunos casos exceden el ámbito de aplicación de la DS– dirigidas a alcanzar una mayor simplificación de los procedimientos, reducir las trabas y cargas administrativas y eliminar los requisitos que no respeten los principios de no discriminación, justificación y proporcionalidad. Con la *Ley Ómnibus* se introducen nuevas formas de control de la actividad más eficaces pero menos gravosas para ciudadanos y empresas. Fundamentalmente, se sustituye la figura de la autorización previa (control *ex ante*) por meras comunicaciones de inicio de la actividad o declaraciones responsables por parte del prestador a la Administración (control *ex post*)⁵³⁷.

⁵³⁵ Véase nuestra nota núm. 510 con las referencias a la creación de la ventanilla única de la DS a través del portal EUGO.

⁵³⁶ Para un análisis detallado de esta norma, RIVERO ORTEGA, R., “Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid. Análisis del proyecto de Ley Ómnibus”, en VV.AA., *Retos y oportunidades de la Transposición de la Directiva de Servicios*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2009.

⁵³⁷ Vid. LOZANO CUTANDA, B., “Ley Ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa”, *Diario La Ley*, Nº 7339, 10 de febrero de 2010.

Aunque no sea éste el lugar apropiado para analizar con detenimiento las reformas previstas en la *Ley Ómnibus* sí resulta conveniente resaltar algunos de los aspectos más genéricos que en ella se contienen. En primer lugar, el arsenal de cambios legislativos tiene como propósito general –de acuerdo con la Exposición de Motivos– lograr un entorno regulatorio “*más eficiente, transparente, simplificado y predecible para los agentes económicos*” que “*supondrá un significativo impulso a la actividad económica*”.

En segundo lugar, entre las modificaciones horizontales que se contienen en el Título I de la Ley destacan las que se realizan sobre la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas. La nueva redacción del artículo 43 mantiene la regla general del silencio positivo en los procedimientos iniciados a solicitud del interesado una vez llegado el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado la resolución expresa. E, igualmente, se mantiene la excepción a esa regla general, que cabrá en los supuestos en los que una norma con rango de ley o una norma de Derecho comunitario establezcan lo contrario. La novedad viene determinada por la exigencia de que ahora las causas justificativas del silencio negativo en determinados supuestos se basen en “razones imperiosas de interés general”⁵³⁸. Se añade un nuevo artículo 39bis que, bajo el título “principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad”, introduce el denominado “triple test” de la DS: no discriminación, proporcionalidad (adecuación a los fines que se persiguen y elección de la medida menos restrictiva), y necesidad (motivación de los requisitos que limiten el ejercicio de una actividad en la protección del interés público). En consonancia con el test de proporcionalidad, el nuevo artículo 71bis regula las figuras de la declaración responsable y la comunicación previa, que sustituyen el control previo administrativo para el ejercicio de una actividad económica por el cumplimiento por el particular de una carga.

En tercer lugar, tienen también relevancia desde el punto de vista de la simplificación administrativa, las modificaciones que se introducen en la Ley

⁵³⁸ Conviene destacar que de esta manera, absolutamente injustificada a mi juicio, un concepto propio del Derecho Comunitario –más restrictivo que nuestro concepto constitucional de “interés general”– que había sido acogido por una norma de carácter sectorial que estaba dirigida exclusivamente a la prestación de servicios, se incorpora así a la norma general del procedimiento administrativo común.

7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local, al objeto, por una parte, de que los prestadores de servicios puedan obtener información y realizar trámites por medio de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia (nuevo artículo 70bis); y, por otra, de que los regímenes de autorización (particularmente, las licencias) se adecúen a la Directiva de Servicios y de especificar que las Entidades Locales pueden intervenir en las actividades de los ciudadanos mediante el sometimiento de aquéllas a comunicación previa o a declaración responsable, en concordancia con el nuevo artículo 71 bis de la Ley 30/1992 (modificación del artículo 84 de la LRBRL)⁵³⁹.

Y, finalmente, entre las modificaciones horizontales que se incluyen en la *Ley Ómnibus*, se contempla en el artículo 3 una modificación del apartado 3 del artículo 6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, destinada a garantizar que en los procedimientos relativos al acceso a una actividad de servicios y su ejercicio, los ciudadanos tengan derecho a la realización de la tramitación a través de una ventanilla única, por vía electrónica y a distancia, y a la obtención de determinada información por medios electrónicos. Esa información no es otra que la que se detalla en el apartado 1 del artículo 7 DS.

C. El Proyecto de Ley de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista

En el Boletín Oficial de las Cortes Generales de 31 de julio de 2009 se publicaba el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM), que adapta la regulación del sector a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, en particular en lo que hace referencia a la autorización de establecimientos comerciales. Se modifica, además, el régimen de infracciones y sanciones, para adecuar la cuantía de las sanciones a la realidad económica e introducir un nuevo criterio de graduación de las sanciones, relativo a la capacidad o solvencia económica de la

⁵³⁹ La nueva redacción de este artículo 84 ha hecho necesario llevar a cabo una modificación del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, para adecuar su contenido a las nuevas previsiones legales, operada por el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre (BOE, núm. 313, de 29 de diciembre).

empresa. El 15 de octubre de 2009 fue rechazada en el Congreso de los Diputados una enmienda a la totalidad presentada por el Grupo Parlamentario Popular. Con posterioridad se presentaron un total de 106 enmiendas. Al tiempo en que se redactan estas páginas (30 de enero de 2010), el Proyecto de Ley continúa su tramitación parlamentaria en el Senado y, previsiblemente, no será aprobado de manera definitiva hasta mediados del mes de febrero(*).

Antes de examinar el contenido del Proyecto de Ley, es preciso efectuar una consideración de carácter general. Nada obligaba al legislador autonómico a seguir la misma opción que ha adoptado el legislador estatal. Antes al contrario, no resulta fácil justificar cuáles son las especificidades que reviste la materia de comercio interior para no haber sido incluida entre las demás actividades de servicios que se ven afectadas por la *Ley Ómnibus* (Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio)⁵⁴⁰. Por tanto, nada puede objetarse al hecho de que la modificación de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León (en adelante, LCCYL) haya sido incluida en un “Decreto-Ley ómnibus” autonómico –que reforma diversas leyes sectoriales– sin necesidad de recurrir a una modificación “ad hoc”.

Con todo, aunque la modificación de la normativa autonómica se haya producido con carácter previo a la aprobación definitiva de la reforma de la Ley de Comercio estatal, conviene tener presentes cuáles son las novedades que se introducirán en la ley básica de cara a valorar en el futuro la adaptación a ellas de la legislación autonómica.

En la nueva redacción que se le da al artículo 2 de la LOCM, se modifica la definición de establecimientos comerciales (añadiendo el inciso “ya sea de forma individual o en un espacio colectivo”) y se elimina el actual apartado

(*) En efecto, la aprobación definitiva por el Congreso de los Diputados se produjo el día 18 de febrero de 2010. **NOTA DEL EDITOR:** El día de cierre de esta edición, se publicó en el BOE núm. 53, de 2 de marzo de 2010.

⁵⁴⁰ En esta línea, vid. CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen 985/2009, de 25 de junio de 2009, sobre el Anteproyecto de ley por la que se reforma la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, punto 4, apartado A y, también, CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y otras normas complementarias*, 20 de mayo de 2009, p. 6.

3 del art. 2 de la LOCM, lo que supone la supresión de la categoría de “gran establecimiento comercial”.

El artículo 6 de la LOCM es objeto de una profunda modificación. En su nueva redacción, comienza señalando que *“con carácter general, la instalación de establecimientos no estará sujeta a régimen de autorización comercial”*. Ahora bien, podrá establecerse la exigencia de una autorización cuando, una vez aplicado el juicio de proporcionalidad y el principio de no discriminación, concurren *“razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial”*; en ningún caso –se dice– se entenderán como tales las razones de índole económica (apartado 1 del art. 6 de la LOCM).

Los apartados 2 y 3 del nuevo art. 6 de la LOCM regulan –de manera a veces bastante repetitiva– los requisitos que podrán establecerse para la autorización de instalación de establecimientos comerciales. Descartados los de naturaleza económica, se enumeran algunas de las “razones imperiosas de interés general” que se mencionan en el art. 4.8 DS (protección del medio ambiente y del entorno urbano, ordenación del territorio y conservación del patrimonio histórico y artístico).

La regulación del procedimiento de autorización corresponde a las Comunidades Autónomas. El apartado 4 del artículo 6 LOCM contiene una serie de previsiones básicas relativas a este procedimiento (dictadas al amparo de los artículos 149.1.13ª y 149.1.18ª CE según la disposición final primera): deberá integrar todos los trámites administrativos necesarios para la instalación y resolverse en el plazo máximo de seis meses; el sentido del silencio será positivo, con excepción de los supuestos que se recogen en el artículo 6 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. El otorgamiento de la autorización no podrá supeditarse a la intervención directa o indirecta de los competidores en el procedimiento de otorgamiento de las autorizaciones, incluso en órganos consultivos. Las autorizaciones serán libremente transmisibles por su titular, previa comunicación a la Administración.

En otro orden de cosas, se modifica el artículo 38.2 LOCM, relativo a las ventas a distancia, sustituyendo la exigencia de inscripción previa en el Registro de ventas a distancia por la obligación de comunicación en el plazo de tres meses. Se suprime también la exigencia de autorización comercial

para la venta automática del apartado tercero del artículo 49 de la Ley. Asimismo, en el párrafo segundo se sustituye la homologación máquina a máquina por la simple homologación de los modelos de máquina. El artículo 50 determina la información que obligatoriamente ha de constar en la máquina expendedora para protección de consumidores y usuarios.

Se le da una nueva redacción al artículo 54 de la LOCM, relativo a las autorizaciones para el ejercicio de la venta ambulante. La competencia para su otorgamiento corresponde al Ayuntamiento; las autorizaciones no podrán ser por tiempo indefinido, y deberán permitir en todo caso la amortización de las inversiones y una remuneración equitativa. El procedimiento de selección deberá garantizar la transparencia e imparcialidad, y tener la publicidad adecuada, desde el inicio al fin del proceso.

Igualmente, recibe nueva redacción el artículo 62.2 LOCM, relativo a la regulación del régimen de franquicia. El régimen de inscripción previa en el registro se sustituye por otro de comunicación, que deberá llevarse a cabo “en el plazo de tres meses”.

Asimismo, son objeto de modificación los artículos 65.1, 68 y 69, relativos, respectivamente, a la definición de los tipos de infracciones graves, la cuantía de las sanciones y la graduación de las sanciones.

Finalmente, como ya lo hiciera la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, la disposición adicional única recoge un mecanismo de compensación de deudas en caso de responsabilidad de las Administraciones públicas por incumplimiento de lo dispuesto en la ley o en el derecho comunitario afectado.

3. Consideraciones generales

3.1 UN APUNTE SOBRE LA OPORTUNIDAD DEL MÉTODO ELEGIDO PARA TRANSPONER

Sin entrar ahora en las consideraciones críticas que pudieran hacerse sobre el instrumento legislativo elegido para llevar a cabo la transposición de la DS en Castilla y León, puesto que ya han sido efectuadas en otro lugar de este

mismo trabajo⁵⁴¹, sí me parece oportuno efectuar aquí un juicio positivo sobre el hecho de que la reforma comercial no haya recibido un tratamiento específico –como ha sucedido en el ámbito estatal– y haya sido incluida entre las reformas de las demás actividades de servicios.

Tal y como se ha señalado, la transposición de la DS por parte del Estado se ha realizado en tres fases. La primera, mediante la aprobación de la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (*Ley Paraguas*), en la que se recogen criterios y medidas de carácter general y horizontal. Con posterioridad, se ha probado la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que modifica diversas leyes sectoriales, con el fin de adecuarlas a la Ley Paraguas (más conocida como *Ley Ómnibus*). Sin embargo, se decidió dejar fuera de esta última Ley la modificación de la LOCM.

A pesar de la importancia del sector de la distribución comercial en nuestro país o de la presencia de importantes intereses económicos y políticos en juego, del desasosiego generado por la Directiva en ciertos formatos comerciales o de la repercusión mediática de la reforma comercial, nada justifica desde el punto de vista jurídico la tramitación por separado de la reforma de la LOCM, que en buena lógica y técnica jurídica debería haber sido incluida en el paquete de reformas sectoriales de la *Ley Ómnibus*, como ya se ha apuntado anteriormente⁵⁴². A partir de estas premisas, resulta adecuado que el legislador autonómico haya seguido una opción distinta que el legislador estatal.

⁵⁴¹ Véanse, especialmente, las críticas vertidas por Javier MATÍA PORTILLA sobre la opción del Decreto-Ley, en tanto que implica hurtar el debate parlamentario. También se muestra crítico Tomás DE LA QUADRA JANINI, por cuanto que de la elección de este instrumento legislativo se deriva el incumplimiento de las dos principales características de la potestad legislativa: la participación de las minorías y la publicidad. Sobre la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante (la extraordinaria y urgente necesidad) se manifiestan Javier MATÍA PORTILLA y Ricardo RIVERO ORTEGA. Además, resultan de gran interés los comentarios de Antonio CIDONCHA MARTÍN y María Amparo SALVADOR ARMENDÁRIZ respecto al uso del Decreto-Ley en relación con la reserva de ley de la libertad de empresa.

⁵⁴² Vid. nuestra nota 540.

3.2 SOBRE LA ADECUACIÓN AL DERECHO COMUNITARIO

A. La reforma de la Ley de Comercio de Castilla y León y la Directiva de Servicios

En términos generales, y sin perjuicio de las consideraciones que se harán más adelante, la reforma satisface, en principio, las obligaciones derivadas de la DS. En cuanto al régimen de autorización, en coherencia con lo establecido en la norma comunitaria, se establece con claridad la regla general de no sujeción a autorización comercial de los establecimientos comerciales que no tengan la consideración de grandes establecimientos, de acuerdo con la nueva redacción que se le da al párrafo 2º del artículo 14 LCCYL. Así pues, solamente se someten a la licencia comercial autonómica, por su incidencia supramunicipal y atendiendo a “razones imperiosas de interés general”, la apertura y ampliación de los grandes establecimientos comerciales (artículo 20). Dejan de estar sometidos a licencia comercial, que se sustituye por una comunicación a la Administración de la Comunidad Autónoma, la transmisión de un gran establecimiento comercial, determinadas ampliaciones de los grandes establecimientos comerciales y las integraciones en establecimientos comerciales colectivos. En otro orden de cosas, se suprimen las autorizaciones administrativas previas para las ventas especiales.

Del procedimiento de tramitación de las autorizaciones comerciales se han eliminado los elementos que entraban más claramente en contradicción con la DS. Se suprimen los requisitos de naturaleza económica, los informes relativos a la viabilidad económica y financiera del proyecto, a sus posibles efectos económicos, o a las cuotas de mercado. Desaparecen también las restricciones derivadas de la valoración de los efectos que los establecimientos sujetos a licencia comercial producen sobre la estructura socioeconómica local y regional de la zona, medidos –de conformidad con lo dispuesto en el PRASEC, ahora derogado– en función de un índice obtenido de acuerdo con una fórmula que determinaba su impacto sobre el conjunto del comercio minorista de la Zona Básica de Comercio. Igualmente, se adecuan las funciones del Consejo Castellano y Leonés de Comercio con el fin de evitar la intervención directa o indirecta de competidores.

Entre las referencias al procedimiento, en cuanto a la transposición de la norma comunitaria, se echa en falta alguna relativa a la e-Administración (ventanillas únicas, gestión telemática del procedimiento) en consonancia con las prescripciones de simplificación administrativa de la DS.

B. La reforma de la Ley de Comercio de Castilla y León y la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales

Al tiempo que se está transponiendo al Derecho español la DS, otro importante proceso de transposición ha tenido lugar: el de la Directiva 2005/29/CE, relativa a las prácticas comerciales desleales, que tiene por objeto contribuir al buen funcionamiento del mercado interior y alcanzar un elevado nivel de protección de los consumidores mediante la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros sobre las prácticas comerciales desleales que perjudican a los intereses económicos de los consumidores⁵⁴³.

Recientemente ha sido aprobada la 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 (BOE, núm. 315, de 31 de diciembre). Con esta Ley se trasladan a nuestro ordenamiento jurídico dos disposiciones del Parlamento Europeo y del Consejo: la Directiva 2005/29/CE, antes citada, y la Directiva 2006/114/CE, sobre publicidad engaños y publicidad comparativa. Esta nueva normativa pretende establecer un régimen jurídico unitario para todos los actos de engaño y para las prácticas agresivas y exigir el mismo nivel de corrección, con independencia de que los destinatarios de las actividades comerciales sean consumidores o empresarios⁵⁴⁴.

⁵⁴³ Sobre esta Directiva, puede verse GONZÁLEZ VAQUÉ, L., "La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización en materia de protección de los consumidores", *Derecho de los Negocios*, núm. 181, 2005, pp. 5-18; LÓPEZ SANTOS, O., "La Directiva sobre practicas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico", *Estudios sobre Consumo*, núm. 75, 2005, pp. 9-23; FERNÁNDEZ NOVOA, C., "La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales", *Diario La Ley*, núm. 6408, 2006, pp. 1-5; MASSAGUER FUENTES, J., *El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*, Civitas, Madrid, 2006 y TATO PLAZA, A., "La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en su relaciones con los consumidores", *Autocontrol*, núm. 125, 2007, pp. 21-30.

⁵⁴⁴ Sobre la transposición de la Directiva al ordenamiento jurídico español: PARDO LEAL, M., "La Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales: su transposición al Ordenamiento jurídico español", *Revista de Derecho Alimentario*, núm. 16, 2006, pp. 22-25; MARCOS, F. y SUÑOL LUCEA, A., "La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales", *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, núm. 2013, 2006, pp. 1925-1963; y MAMBRILLA RIVERA, V., "Prácticas comerciales y competencia desleal: Estudio del Derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (primera parte)", *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, núm. 4, 2008, pp. 89-120.

Cuatro leyes de rango general resultan en mayor medida afectadas: la Ley 3/1991, de Competencia Desleal; la Ley 34/1988, conocida como Ley General de Publicidad, La Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista, y la Ley 26/1989, de Defensa de Consumidores y Usuarios. Una de las mayores dificultades que puede implicar la transposición de la Directiva 2005/29/CE resulta del hecho de que en nuestro país las Comunidades Autónomas tienen asumida en sus respectivos Estatutos de Autonomía la competencia en materia de comercio interior, y de que en ejercicio de dicha competencia han dictado ya disposiciones que prohíben determinadas prácticas comerciales.

La modificación de la legislación estatal de Ordenación del Comercio Minorista como consecuencia de la transposición de la Directiva de prácticas comerciales desleales plantea la posible necesidad de modernizar la legislación autonómica existente en la materia. La modificación afecta fundamentalmente a las actividades de promoción de ventas y, en particular, a la venta multinivel, la prohibición de venta en pirámide y la venta con obsequio o prima.

Hubiera resultado oportuno, por tanto, que en la modificación que acaba de llevarse a cabo de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León, se hubiera aprovechado la ocasión para llevar a cabo también la necesaria adaptación a la normativa comunitaria en materia de prácticas desleales y a la legislación básica estatal.

3.3 SOBRE LA ADECUACIÓN A LA CONSTITUCIÓN EN GENERAL Y, EN PARTICULAR, AL RÉGIMEN DE DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS

Sin perjuicio de las consideraciones que a este respecto se han hecho en otros apartados de este trabajo, sobre la adecuación de la reforma de la Ley de Comercio de Castilla y León a la Constitución española, puede ahora someramente señalarse, en primer lugar, que la reforma operada recoge exigencias elementales que –con o sin Directiva– se desprenden del derecho de libertad de empresa (art. 38 CE) y de los artículos 128 y 131 CE en relación a los cuales ha de ser interpretado (SSTC 37/1981, 111/1983 y

225/1993)⁵⁴⁵. Exigencias encaminadas a asegurar que los controles administrativos previos para el ejercicio de la actividad no constituyan obstáculos indebidos para el acceso al mercado. Cuando tales controles se establecen –como en el caso de la implantación de grandes establecimientos– habrá de justificarse su necesidad, proporcionalidad y carácter no discriminatorio. Porque la naturaleza no absoluta del derecho de libertad de empresa admite que éste pueda ser sometido a ciertos condicionantes que, lógicamente, habrán de respetar ciertos límites, entre otros, destacadamente, la reserva de ley y la intangibilidad del contenido esencial del derecho. En definitiva, desde el punto de vista sustantivo, la adecuación de la reforma a la Constitución no suscita ninguna duda de constitucionalidad, pues el artículo 38 no exige someter a licencia el desarrollo de una actividad comercial, pero tampoco determina la solución contraria⁵⁴⁶.

Por otra parte, la mención a las *razones imperiosas de interés general*, en su interpretación comunitaria⁵⁴⁷ incorporada ahora a una Ley general lleva a plantear su compatibilidad con el propio concepto y contenido de los intereses generales a los que sirven nuestros poderes públicos (art. 103.1 CE)⁵⁴⁸.

⁵⁴⁵ En general, sobre la Directiva de Servicios y la libertad de empresa, véanse: FERNÁNDEZ, T.R., “La larga marcha por la libertad de empresa”, *Libro Marrón del Círculo de Empresarios*, Madrid, 2009; SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. “La Directiva de Servicios y su transposición, ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa”, en *Mercado europeo y reformas administrativas*, R. Rivero Ortega (dir.), Civitas, Madrid, 2009 y, de la misma autora, “Repercusiones de la transposición de la Directiva de Servicios en la libertad de empresa”, *Libro Marrón del Círculo de Empresarios*, Madrid, 2009; PAREJO ALFONSO, L., “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein: la interiorización, con paraguas y ómnibus, de su impacto en nuestro sistema”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009, pp. 34-41 y DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “La Directiva de Servicios y la libertad de empresa”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, 2009.

⁵⁴⁶ En este sentido, CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen 985/2009, de 25 de junio de 2009...*, cit., punto 4, apartado A.

⁵⁴⁷ Es decir, no cualquier razón aducida por los Estados miembros puede legitimar el establecimiento de limitaciones al ejercicio de las libertades de los arts. 43 y 49. Sobre el particular, SALVADOR ARMENDÁRIZ y VILLAREJO GALENDE, señalan el carácter “abierto” aunque no “indeterminado” de esta categoría a la luz de la interpretación de la misma que hace el TJCE, así como la mención a ciertas razones aducidas por los Estados miembros y expresamente rechazadas por el TJCE, *vid.* “La Directiva de Servicios...”, cit., pp. 50-51.

⁵⁴⁸ Sobre el concepto de interés general en la CE, *vid.* NIETO GARCÍA, A. “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en Martín-Retortillo Baquer, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, (La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones Públicas), Vol. 3, 1991, pp. 2185-2254 y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado” *REDA*, núm. 89, 1996, pp. 69-89.

La cuestión sin duda obliga a ulteriores reflexiones⁵⁴⁹, pero para el análisis que ahora nos ocupa no genera mayores problemas, puesto que el concepto “intereses generales” sería omnicomprensivo y en él quedarían, por tanto, incluidas las “razones imperiosas de interés general” que, de acuerdo con la reforma de la LCCYL, justifican el establecimiento de limitaciones en el ejercicio de la libertad de establecimiento comercial.

En cuanto al respeto del régimen de distribución competencial, resulta conveniente destacar la particular complejidad de la transposición de la DS en el caso de sectores con legislación compartida, cuyo ejemplo evidente es el de la legislación comercial. En este sentido, puede plantearse si las CCAA han de esperar a que el legislador básico transponga para luego hacerlo ellas, o bien, pueden adelantarse –sobre todo en el caso de que la modificación de la ley básica no llegue en el plazo de transposición–. Nada impide que las CCAA puedan adelantarse, como de hecho ya ha ocurrido, sin perjuicio de que la solución que posteriormente adopte el legislador estatal les obligue a una segunda adaptación, esta vez a la Ley básica⁵⁵⁰. Los recelos autonómicos derivan de los temores a una posible injerencia estatal en el ámbito de competencias que, especialmente en el caso de los nuevos Estatutos, se califican como exclusivas⁵⁵¹. En el caso de Castilla y León, el nuevo Estatuto de Autonomía, en su artículo 70.1.20º, atribuye a la Comunidad Autónoma la competencia exclusiva en materia de comercio interior, especificando que ésta alcanza a la *“regulación y autorización de grandes superficies comerciales, en el marco de la unidad de mercado. Calendarios y horarios comerciales, en el marco de la normativa estatal”*. Nada cabe objetar, a la vista de este precepto, sobre la competencia exclusiva de la Comunidad para dictar una norma como la que nos ocupa, que habrá de comprenderse, como ha recordado el Consejo de Estado, “dentro del respeto al resto de los títulos que al Estado reserva el artículo 149, que suponen unos límites dentro de los

⁵⁴⁹ Como las que ha efectuado SALVADOR ARMENDÁRIZ en “La Directiva de Servicios y su transposición...”, cit., pp.142-144.

⁵⁵⁰ Vid. SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A., “Eficacia y proceso de transposición de la Directiva de Servicios en España”, en *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo* (dir. H. Villarejo), Comares-Instituto de Estudios Europeos, 2009.

⁵⁵¹ En este sentido, TORNOS MAS, J., “La licencia comercial específica y el régimen de autorizaciones en la Directiva de Servicios”, en la obra precitada.

cuales deben interpretarse aquellas cláusulas estatutarias"⁵⁵². Otra cosa es, como antes se apuntaba, dilucidar, cuando se apruebe la legislación estatal, si la norma autonómica es conforme con las bases estatales.

3.4 SOBRE LA ADECUACIÓN AL PROYECTO DE LEY DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO MINORISTA

En efecto, es necesario valorar la conformidad de la norma autonómica con las bases estatales, pero dada la circunstancia de que la adaptación de la normativa comercial castellano y leonesa a la Directiva de Servicios y a la *Ley Paraguas*, se ha llevado a cabo con carácter previo a la aprobación definitiva de la reforma por parte del Estado de la LOCM –con total legitimidad, por cierto, como ya se ha subrayado–, a día de hoy tal valoración no puede ser realizada sino con respecto a un mero Proyecto de Ley. Aunque, con toda probabilidad, el texto que se apruebe definitivamente no vaya a diferir significativamente del que conocemos en la actualidad, lo cierto es que, de prosperar ciertas enmiendas introducidas en el Senado, pueden producirse algunas modificaciones que aconsejan, por tanto, tener ciertas reservas sobre el análisis que a continuación se realiza, que necesariamente habrá de ser matizado cuando el texto definitivo de la reforma de la LOCM se publique en el Boletín Oficial del Estado.

Tres consideraciones de carácter general pueden realizarse sobre tres aspectos esenciales de la reforma: la definición de gran establecimiento, las razones imperiosas de interés general y el llamado “procedimiento único”.

A. El concepto de gran establecimiento comercial

Una de las principales modificaciones de la proyectada ley de comercio estatal es la supresión de la clasificación de los establecimientos comerciales en función de su tamaño y, con ello, consecuentemente, se elimina la obligación de establecer un régimen autorizador específico para los de gran tamaño. En 1996, la LOCM impuso en todo el territorio nacional la necesidad de

⁵⁵² Vid. CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen 985/2009, de 25 de junio de 2009...*, cit., punto 4, apartado B.

obtener la denominada “licencia comercial específica”, de carácter autonómico, para los grandes establecimientos comerciales (art. 6.1), que caracterizaba en su artículo 2.3 como los que así fueran definidos por el legislador autonómico, imponiendo un contenido mínimo obligatorio para esta definición: “en todo caso” será gran establecimiento comercial aquél que tenga una superficie útil para la exposición y venta al público superior a los 2.500 metros cuadrados. En función de sus competencias exclusivas en materia de comercio interior, las Comunidades Autónomas desarrollaron con gran libertad el concepto de “gran establecimiento comercial” del artículo 2.3 LOCM de manera enormemente variada y equívoca⁵⁵³. Las divergencias eran notables cuando existía, al menos, un mínimo común denominador en la legislación estatal, que dicho sea de paso, no supuso –ni mucho menos– una homogeneización de la regulación de la licencia comercial específica en toda España. En todo caso, puede intuirse qué derroteros adoptará la nueva regulación autonómica “post Directiva” careciendo como se carece por completo de mínimos estatales. El régimen jurídico aplicable a una concreta implantación comercial dependerá de la Comunidad Autónoma donde pretenda ubicarse. El objeto de la regulación no será unívoco: seguirán existiendo una pluralidad de definiciones de grandes establecimientos, diferirán también los procedimientos para la tramitación de la licencia, caso de que ésta se exija, pues –recuérdese– ya no estamos ante una exigencia de carácter básico.

En la nueva regulación comercial de Castilla y León, se ha optado por seguir distinguiendo los establecimientos comerciales en función de su tamaño. La definición de gran establecimiento comercial se hace depender exclusivamente de la superficie de venta, eliminando la relación con el tamaño de la población en la que se basaba la ley modificada. De acuerdo con la nueva redacción del artículo 17.1 se consideran “grandes establecimientos comerciales” aquellos

⁵⁵³ Así lo han destacado la mayoría de autores que se han acercado al tema: MARTÍNEZ DE PISÓN, I., “Urbanismo comercial: El régimen de apertura de grandes establecimientos comerciales en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista”, *RAP*, núm. 145, enero-abril, 1998, p. 397; NAVARRO DEL CACHO, C., “La licencia comercial prevenida por el artículo 6 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista para la instalación y apertura de grandes establecimientos”, *REALA*, núm. 280-281, 1999, p. 392; RAZQUIN LIZARRAGA, M.M., “La regulación de los grandes establecimientos comerciales: últimas novedades, en especial, en Navarra”, *RJN*, núm. 32, 2001, p. 23 o VILLAREJO GALENDE, H., *Equipamientos comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*, Comares, Granada, 2008, pp. 422-428.

establecimientos comerciales individuales o colectivos con una superficie de venta al público igual o superior a 2.500 metros cuadrados. Si se pone en relación este precepto con el nuevo artículo 14.1 LCCYL puede colegirse que se parte de la presunción de que a partir de tal dimensión, estos establecimientos son capaces de producir *efectos relevantes sobre la sostenibilidad del desarrollo urbano, rural y medio ambiental.* Tal presunción, atendiendo a lo explicitado en la Exposición de Motivos, parece basarse en que por encima de la mencionada superficie *estudios técnicos existentes justifican la existencia de un impacto sobre la ordenación del territorio, el urbanismo y el medio ambiente que requiere del control previo de su instalación, u operaciones análogas en cuanto a sus efectos, mediante la técnica de autorización administrativa.* En este punto, la norma castellano y leonesa se inspira, sin lugar a dudas, en esa especie de recomendación presente en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley Estatal: *A la hora de someter a autorización administrativa la instalación de establecimientos comerciales, deben tomarse en consideración los estudios de la doctrina científica, según la cual podría generar impacto ambiental y territorial la instalación y apertura de establecimientos comerciales a partir de los 2.500 metros cuadrados de superficie comercial.* En este punto el Proyecto de Ley presenta una incoherencia entre su parte expositiva y prescriptiva, puesto que en esta última se ha suprimido la categoría de “gran establecimiento”, contenida hasta ahora en el apartado 3 del art. 2 LOCM. La mención de la Exposición de Motivos podía tener su lógica en versiones anteriores del Proyecto de Ley, que incluían en su articulado la referencia a los 2.500 metros cuadrados como límite a partir del cual las Comunidades Autónomas podían establecer un régimen de autorización especial, pero carece de sentido en la versión actual del texto que se encuentra en tramitación⁵⁵⁴.

Existe una heterogeneidad entre las distintas definiciones de “gran establecimiento comercial” que figuran en las legislaciones autonómicas, pudiendo considerarse incluidos en esta definición establecimientos comerciales con una superficie muy por debajo de la cifra de referencia de 2.500 metros cuadrados. No obstante, si analizamos las reformas que hasta ahora han efec-

⁵⁵⁴ Como ha puesto de relieve el CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen 985/2009, de 25 de junio de 2009...*, cit., punto 5, apartado A, letra d).

tuado once Comunidades Autónomas en sus respectivas legislaciones comerciales, observamos que, en varios casos, los 2.500 metros cuadrados siguen siendo tomados como referencia para establecer un régimen de autorización específico. Además de nuestra Comunidad, Andalucía, Galicia y Valencia han optado por una definición de gran establecimiento comercial como aquél que supere los 2.500 metros cuadrados de superficie⁵⁵⁵. En Madrid, se mantiene también idéntico concepto de gran establecimiento comercial, pero a esta definición no se anuda la necesidad de obtener autorización comercial, pues su instalación sólo requerirá la correspondiente licencia municipal, junto con una comunicación previa a la Consejería competente en materia de comercio⁵⁵⁶.

La legislación murciana distingue en función del formato y considera que tienen impacto supramunicipal los establecimientos comerciales minoristas individuales, sean polivalentes o dedicados a la venta de bienes cotidianos, con una superficie útil de exposición y venta igual o superior a 2.500 metros cuadrados. Pero la superficie se eleva a 4.000 metros cuadrados en los supuestos de establecimientos individuales dedicados a la venta de bienes ocasionales y a 5.000 metros cuadrados para establecimientos comerciales colectivos⁵⁵⁷.

En el caso de La Rioja, la definición se hace depender del doble parámetro superficie-población, considerándose grandes establecimientos comerciales:

- En municipios con menos de 10.000 habitantes, los que tengan una superficie comercial superior a 1.000 metros cuadrados.
- En municipios que tengan entre 10.000 y 25.000 habitantes, los que tengan una superficie comercial superior a 1.500 metros cuadrados.
- En municipios con 25.000 o

⁵⁵⁵ Véanse el Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre, por el que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior; la Ley 7/2009, de 22 de diciembre, de modificación de la Ley 10/1988, de 20 de julio, de ordenación del comercio interior de Galicia y la Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat.

⁵⁵⁶ Véase la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa.

⁵⁵⁷ Véase la Ley 12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

más habitantes, los que tengan una superficie comercial superior a 2.500 metros cuadrados⁵⁵⁸.

Resulta evidente que la diversidad de los nuevos regímenes autonómicos sigue siendo notable. En Baleares, por ejemplo, se considera gran establecimiento comercial el que tenga una superficie superior a 700 metros cuadrados en la isla de Mallorca; a 400 metros cuadrados en las islas de Menorca y de Ibiza; y a 200 metros cuadrados en la isla de Formentera⁵⁵⁹. Igualmente, se distingue entre las diferentes islas en el caso de Canarias, y así, se consideran grandes los establecimientos cuya superficie útil de exposición y venta sea igual o superior a 2.500 metros cuadrados en las islas de Gran Canaria y Tenerife, 1.650 metros cuadrados en la isla de Lanzarote, 1.250 metros cuadrados en la isla de Fuerteventura, 1.000 metros cuadrados en la isla de La Palma y 500 metros cuadrados en las islas de La Gomera y El Hierro⁵⁶⁰.

En el País Vasco se entiende por gran establecimiento comercial, individual o colectivo, todo aquel que tenga una superficie edificada superior a 700 metros cuadrados⁵⁶¹. Mientras que en Cataluña se distingue entre *grandes establecimientos comerciales* (GEC): establecimientos, individuales o colectivos, con una superficie de venta igual o superior a 1.300 metros cuadrados e inferior a 2.500 metros cuadrados; y *grandes establecimientos comerciales territoriales* (GECT): establecimientos, individuales o colectivos, con una superficie de venta igual o superior a 2.500 metros cuadrados⁵⁶².

⁵⁵⁸ Véase el artículo 44 de Ley 6/2009, de 15 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2010, por la que se modifica la Ley 3/2005, de 14 de marzo, de Ordenación de la Actividad Comercial y las Actividades FERIALES en la Comunidad de La Rioja.

⁵⁵⁹ Véase el artículo 13 de la Ley 8/2009, de 16 de diciembre, de reforma de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears para la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

⁵⁶⁰ Véase el artículo 4 de la Ley 12/2009, de 16 de diciembre, reguladora de la Licencia Comercial en Canarias.

⁵⁶¹ Véase el artículo 13.2 de la Ley 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Actividad Comercial en el País Vasco.

⁵⁶² Véase el artículo 6 del Decreto-Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales de Cataluña.

Llevamos años asistiendo a la proliferación de las normas autonómicas que se ocupan de regular la actividad comercial⁵⁶³. En las últimas décadas se está produciendo en este campo –como desgraciadamente en tantos otros– una inflación legislativa, un desenfreno en la producción normativa que pulveriza la ineludible exigencia del Estado de Derecho de unas leyes estables, ciertas y duraderas. La Directiva de Servicios –que anunciaba una simplificación de los procedimientos y una mejor regulación– se ha traducido en una nueva hornada de enmarañadas normas autonómicas que hace aún más complejo el panorama legislativo que existía con anterioridad. Difícilmente resulta alcanzable el principio de seguridad jurídica cuando resulta imposible conocer y comprender, con razonable precisión, las normas que regulan un sector.

B. ¿Han de coincidir las “razones imperiosas de interés general” estatales con las autonómicas?

Señalaba Villar Palasí, que la esencia de la autorización es “constituir un control previo de las actividades que, descontroladas, podrían dañar al público interés”⁵⁶⁴. En el nuevo régimen legal de acceso a las actividades de servicios derivado de la DS, ese interés público se troca en las denominadas “razones imperiosas de interés general”. Y, en el caso concreto de las autorizaciones comerciales de grandes superficies, se han especificado cuáles pueden ser éstas. Como se ha señalado con anterioridad, la nueva redacción del apartado 2 del artículo 6 LOCM efectuada por el Proyecto de Ley estatal es la siguiente:

2. Los requisitos que se establezcan para la instalación de establecimientos atenderán conjuntamente a criterios basados en razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial, como la protección del medioambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico.

⁵⁶³ En palabras de Pedro SCHWARTZ, “una maraña de regulaciones autonómicas (...) que se concreta en más de 240 normas directamente y más de 4.500 indirectamente (Leyes, Decretos, Órdenes y disposiciones urbanísticas)”. Vid. *Los falsos amigos del pequeño comercio*, IDELCO, Madrid, 2001, p. 10. Véase también VV.AA. *La regulación del comercio minorista en las Comunidades Autónomas de España*, IE-IEE-IDELCO-Marcial Pons, Madrid, 2001, *in totum* y, especialmente, pp. 33-54. La portada del libro (que reproduce el cuadro *La torre de Babel*, de Brueghel, el Viejo), ilustra lo que aquí se está diciendo, lo que los autores en la *Presentación* de este libro denominan “la selva legislativa del comercio” (p. 14). Para una descripción de la regulación autonómica previa a la Directiva de Servicios, OTONÍN BARRERA, F., *La ordenación de los establecimientos comerciales*, La Ley, Madrid, 2005, pp. 203 y ss. y, también, VILLAREJO GALENDE, H., *Equipamientos comerciales...*, cit., pp. 477 y ss.

⁵⁶⁴ Cfr. VILLAR PALASÍ, J.L., *La intervención administrativa en la industria*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1964, p. 319.

Se mencionan, por tanto, expresamente, tan sólo cuatro de las “razones imperiosas de interés general” incluidas en el listado del artículo 4.8 DS –y ahora también en el artículo 3.11 de la *Ley Paraguas*–: “el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero de la seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”. Esta lista, que recoge la jurisprudencia comunitaria sobre el particular –a la que deben añadirse, además, otras razones que se enuncian en el considerando 40–, no tiene por qué ser una lista cerrada y sí susceptible de ser ampliada por futuras interpretaciones del TJCE que, al menos como hipótesis, podría ensanchar el catálogo de razones. Sin embargo, no parece haberlo entendido así el legislador estatal español, que en el artículo 3.11 de la *Ley Paraguas* circunscribe las “razones imperiosas de interés general” exclusivamente a las mencionadas en la lista del artículo 4.8 DS, restringiendo, a mi juicio –de manera inexplicable e infundada–, el abanico de razones a las que pueden acudir los Poderes públicos al impedir invocar otros motivos diferentes a los incluidos en el artículo 3.11 de la *Ley Paraguas*. La formulación estatal no se ajusta al Derecho comunitario y desconoce que se trata de un concepto de elaboración jurisprudencial y, en consecuencia, de carácter abierto.

En todo caso, y volviendo al ámbito comercial y a las razones que se especifican en el Proyecto de Ley de reforma de la LOCM ha de entenderse que éstas tienen carácter puramente ejemplificativo y no *numerus clausus*. De lo cual se deriva que la Comunidad Autónoma podrá valorar como razones imperiosas de interés general otras –eso sí, en ningún caso de índole económica– diferentes de las recogidas en el artículo 6 LOCM, siempre que se respete lo dispuesto en la DS y en la legislación básica estatal⁵⁶⁵.

Desde esta perspectiva, nada puede objetarse a las razones imperiosas de interés general que invoca el legislador castellano y leonés para justificar el

⁵⁶⁵ Vid. CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen 985/2009, de 25 de junio de 2009...*, cit., punto 5, apartado B, letra f).

sometimiento a autorización de los grandes establecimientos comerciales. A las cuatro que aparecen por el momento en el Proyecto de Ley estatal se añade –entiendo que con total justificación y de manera absolutamente razonable e, incluso, ineludible– la “protección de los derechos de los consumidores y destinatarios de los servicios”. Tal razón –ausente sorprendentemente *ab initio* del Proyecto de Ley estatal, aunque bien pudiera incluirse en la redacción final como se propone en varias de las enmiendas que se han presentado–, es, por mandato constitucional (art. 51.3 CE), la que debe guiar teleológicamente toda ordenación que se haga del sector comercial⁵⁶⁶. La acertada incorporación de la protección de los consumidores entre el catálogo de razones del artículo 14 LCCYL permitirá que la Administración autonómica, a la hora de otorgar las licencias comerciales, pueda tomar en consideración aspectos como las necesidades de aprovisionamiento de todos los ciudadanos, especialmente de aquellos que puedan tener dificultades de desplazamiento; la diversificación de la oferta y, por tanto, la mejora de la competencia y la capacidad de elegir de los consumidores; la calidad de los servicios que reciben los consumidores, la prevención de monopolios o duopolios en el nivel local, etc.

El posible uso torticero que pueda hacerse de un criterio como el de la “protección de los consumidores” no es un argumento válido que pueda servir para justificar su exclusión de la lista de “razones imperiosas de interés general” que legítimamente pueden ser invocadas por las Comunidades Autónomas al establecer sus regímenes de autorización⁵⁶⁷. Además de que su inclusión resulta imperativa por los motivos constitucionales que antes apuntábamos, un repaso por algunas experiencias del Derecho Comparado nos

⁵⁶⁶ En palabras de TORNOS MAS: “parece que el constituyente de 1978 quiso poner como guía de la ordenación del comercio la tutela del consumidor” (Vid. “Comercio interior, comercio exterior y libertad de empresa”, en *La empresa en la Constitución Española*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1989, p. 239). Recientemente, nos ha recordado la necesidad de vincular la regulación comercial a la protección de los consumidores Ricardo RIVERO ORTEGA en su ponencia “La Libertad de Comercio”, presentada al V Congreso de la AEPDA, San Fernando (Cádiz), 5 y 6 de febrero de 2010.

⁵⁶⁷ Hipotéticamente, cualquiera de los otros criterios –la protección del medio ambiente o la ordenación del territorio– podrían también ser empleados como pretexto para proteger determinados intereses económicos o determinados formatos comerciales y no por ello nadie duda de la legalidad con que pueden ser invocados.

hace caer en la cuenta de la importancia de este criterio en otros países de nuestro entorno. En Francia, la Ley de Modernización de la Economía, de 4 de agosto de 2008, que para transponer la DS introduce modificaciones en el urbanismo comercial francés, permite que la Comisión Departamental de Ordenamiento Comercial que decide sobre las autorizaciones de las implantaciones comerciales valore los efectos del proyecto “en materia de ordenamiento territorial, de desarrollo sostenible y de protección de los consumidores” (artículo 102, XVI)⁵⁶⁸. En el Reino Unido, el recientemente aprobado (29 de diciembre de 2009) *Planning Policy Statement 4: Planning for Sustainable Economic Growth* (PPS4) que sustituye al anterior *Planning Policy Statement 6: Planning for Town Centres* (PPS6) de 2005, acaba de introducir una “evaluación de impacto” (*impact assessment*) –a instancias de las recomendaciones vertidas en el denominado *Informe Barker*⁵⁶⁹– para establecimientos de más de 2.500 metros cuadrados de superficie, con el objetivo de promover centros urbanos competitivos y facilitar que los consumidores tengan diferentes opciones de compra⁵⁷⁰. En el texto final del PPS4 no se ha incluido una propuesta de la *Competition Commission* que pretendía añadir un “análisis de competencia” (“*competition test*”) para impedir que una sola empresa comercial alcance una cuota de mercado desmesurada en un lugar determinado⁵⁷¹.

Finalmente, no puede dejar de destacarse la relevancia de las “razones imperiosas de interés general” en el nuevo régimen autorizatorio derivado de la transposición de la Directiva. Son estas razones las que, por una parte, deter-

⁵⁶⁸ Para un estudio más exhaustivo del sistema francés, vid. Jérôme MONNET, “El urbanismo comercial francés de 1969 a 2009: cambios antes y después de la Directiva europea de servicios”, en *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo* (dir. H. Villarejo), Comares-Instituto de Estudios Europeos, 2009.

⁵⁶⁹ BARKER, K., *Barker Review of Land Use Planning: Final Report – Recommendations*, 2006.

⁵⁷⁰ Volveremos sobre este punto más adelante, al examinar en las CONSIDERACIONES PARTICULARES de este trabajo las exigencias en la fase de instrucción de la licencia comercial para grandes establecimientos comerciales. Sobre el sistema británico, vid. GUY, C., “La Directiva de Servicios, las políticas de planificación comercial y los grandes establecimientos comerciales en el Reino Unido”, en *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo* (dir. H. Villarejo), Comares-Instituto de Estudios Europeos, 2009.

⁵⁷¹ COMPETITION COMMISSION, *Market Investigation into the Supply of Groceries in the UK*, London, 2008.

minan la posibilidad de establecer un régimen de autorización, pues sólo la concurrencia de estas razones justifica el establecimiento de un régimen autorizador. Y, por otra, los requisitos que se establezcan para obtener la autorización deben estar siempre justificados por este tipo de razones. En consonancia con la necesaria doble presencia de las “razones imperiosas de interés general”, la reforma de la LCCYL alude a ellas en dos momentos. Así, en primer lugar, en el artículo 14 se define con claridad lo que son “razones imperiosas de interés general” a efectos de la LCCYL y en los términos anteriormente expuestos. Asimismo, cuando el artículo 15 establece los “elementos de la ordenación del equipamiento comercial” alude nuevamente a que ésta se lleve a cabo a la luz de aquéllas. En segundo lugar, se hace referencia a las citadas razones tanto en relación con la posibilidad misma de establecer el régimen de autorización (artículo 20), como en relación con los criterios que habrán de tenerse en cuenta para autorizar el establecimiento comercial (artículo 24).

C. ¿Qué implica la integración en el procedimiento de autorización comercial de todos los trámites necesarios para la instalación?

Sin duda, de todas las previsiones que se contienen en el Proyecto de Ley de reforma de la LOCM la que, a mi juicio, puede plantear mayores problemas es la de que el procedimiento “integre todos los trámites necesarios para la instalación de los establecimientos comerciales”, es decir, aparentemente se está demandando que el procedimiento sea único. Esto habrá de implicar necesariamente la intervención coordinada de la Administración autonómica y la Administración local. Y exigirá articular un procedimiento en el que se consideren los diversos niveles de planeamiento; por una parte, el planeamiento supramunicipal (ordenación territorial como marco general de referencia) y, por otra, el planeamiento municipal (ordenación urbanística como modelo territorial concreto para la ciudad).

La Directiva prohíbe en su artículo 10.3 la existencia de solapamientos entre controles análogos que limiten la libertad de establecimiento. Esta prohibición conecta con la filosofía de la norma comunitaria que, como se sabe, no es otra que reducir las trabas administrativas y burocráticas a la libertad de establecimiento de las empresas de servicios y se encuentra estrechamente relacionada con el mandato de simplificación administrativa de los procedimientos

autorizatorios⁵⁷². En todo caso, la exigencia de no solapamiento habría de matizarse a la luz del considerando 9 DS, que excluye de la aplicación de la Directiva, entre otras, a las *normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural*⁵⁷³.

En el caso de los grandes establecimientos comerciales, en nuestro ordenamiento jurídico la denominada “segunda licencia” autonómica ha venido conviviendo con las licencias municipales de edificación y apertura. La convivencia de estas licencias, ¿puede suponer un solapamiento entre controles análogos en el sentido vedado por la Directiva? Para la Comisión Nacional de la Competencia, la necesidad de una segunda autorización autonómica para controlar las aperturas de las grandes superficies resultaría redundante en la medida en que las finalidades de interés general que pretende proteger la segunda licencia ya estén cubiertas por los regímenes autorizatorios que mantienen las entidades locales. En tal sentido, el mantenimiento de la segunda licencia autonómica incrementaría el grado de restricción a la competencia, así como la carga administrativa y, en consecuencia, sería contrario a la DS⁵⁷⁴.

Para evaluar el régimen castellano y leonés quizá pueda servir de referencia una sucinta revisión de las opciones seguidas en otras Comunidades Autónomas. Las soluciones adoptadas hasta el momento resultan bastante dispares. Si bien, a excepción de la Ley 8/2009, de 21 de diciembre, de Medidas Liberalizadoras y de Apoyo a la Empresa Madrileña, que elimina la autorización comercial autonómica⁵⁷⁵, la mayoría de las normas autonómicas recientemente aprobadas mantienen la intervención autonómica en el control de la

⁵⁷² En este sentido, LÓPEZ PÉREZ, F., *El impacto de la Directiva de Servicios sobre el urbanismo comercial*, Atelier, Barcelona, 2009, p. 189.

⁵⁷³ Sobre el particular, GUTIÉRREZ COLOMINA, V., “La incidencia de la Directiva de servicios 206/123/CE en el urbanismo”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, julio-agosto, 2009, pp. 166-178.

⁵⁷⁴ COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA, *La Reforma de la Ley del Comercio Minorista en el marco de la transposición de la Directiva de Servicios*, Madrid, abril, 2009, pp. 9-10; y, también, *Informe 09/2009, sobre la reforma de la Ley del Comercio Minorista*, Madrid, 6 de mayo de 2009, p. 5. Ambos documentos se encuentran disponibles en la página web de este organismo: <http://www.cncompetencia.es/>

⁵⁷⁵ La legislación madrileña prevé que, con carácter previo a la concesión de la licencia municipal, el Ayuntamiento solicite a los órganos competentes de la Comunidad de Madrid en materia de ordenación del territorio, de protección del medioambiente, de accesibilidad y de red de infraestructuras viarias, la emisión de un informe sobre adecuación de la actividad proyectada a la normativa sectorial vigente en cada caso. Asimismo, los proyectos de instalación o ampliación de grandes establecimientos, serán objeto de comunicación previa a la Consejería competente en materia de comercio.

implantación de las grandes superficies, aunque con notables diferencias en su planteamiento. Así, mientras en algunos casos se hace un esfuerzo por que el procedimiento sea único, en otros, se sigue manteniendo la duplicidad de procedimientos autorizatorios –autonómico y local– que existía con anterioridad.

En el País Vasco, con carácter previo a la concesión de la licencia de actividad municipal, el Ayuntamiento correspondiente debe solicitar al órgano competente en materia de comercio de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco la emisión de un informe sobre la adecuación de proyecto de gran establecimiento comercial a los criterios establecidos en el Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales⁵⁷⁶. De manera similar, en Andalucía, los grandes establecimientos comerciales están sometidos a la obtención, previa a su instalación o ampliación, de la licencia municipal de obras, en cuyo procedimiento de tramitación se contempla la necesidad de obtener un informe de la Consejería competente en materia de comercio sobre la adecuación del proyecto al contenido del Plan de Establecimientos Comerciales y al cumplimiento de los requisitos previstos en la Ley 1/1996, de 10 de enero, del Comercio Interior de Andalucía⁵⁷⁷. También en el caso de Galicia se intenta que el procedimiento para la obtención de la autorización comercial autonómica se integre en el procedimiento para el otorgamiento de la licencia municipal de actividad. A tal efecto, una vez otorgada la autorización comercial por la Administración autonómica, el ayuntamiento dictará una única resolución sobre las licencias municipales⁵⁷⁸.

Son varias las Comunidades Autónomas que, como la nuestra, han decidido mantener la licencia autonómica otorgada por la Consejería competente en materia de comercio, con carácter previo a la solicitud de las licencias municipales. Así, la Comunidades de las Islas Baleares⁵⁷⁹, las Islas

⁵⁷⁶ Véase la Ley 7/2008, de 25 de junio, de segunda modificación de la Ley de la Actividad Comercial en el País Vasco.

⁵⁷⁷ Reformada por el Decreto-Ley 3/2009, de 22 de diciembre, por el que se modifican diversas leyes para la transposición en Andalucía de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

⁵⁷⁸ Véase el artículo 7 bis de la Ley 10/1988, de 20 de julio, de ordenación del comercio interior de Galicia, introducido por la Ley 7/2009, de 22 de diciembre.

⁵⁷⁹ Ley 8/2009, de 16 de diciembre, de reforma de la Ley 11/2001, de 15 de junio, de ordenación de la actividad comercial en las Illes Balears para la transposición de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

Canarias⁵⁸⁰, La Rioja⁵⁸¹ o Región de Murcia⁵⁸² o Comunidad Valenciana⁵⁸³.

En Cataluña se han establecido varios niveles diferentes de intervención administrativa: un régimen de licencia comercial autonómica para los establecimientos comerciales que superan los 2.500 metros cuadrados de superficie de venta, un régimen de declaración responsable para los establecimientos con una superficie de venta igual o superior a 1.300 metros cuadrados e inferiores a 2.500 metros cuadrados y un régimen de comunicación previa otros tipos y situaciones de establecimientos⁵⁸⁴.

4. Consideraciones particulares

4.1 DETERMINACIÓN DEL SUPUESTO DE HECHO SOMETIDO A LICENCIA COMERCIAL

El elemento clave del supuesto de hecho que da lugar a la necesidad de obtener una licencia comercial en Castilla y León no es otro que el concepto de «gran establecimiento comercial», que la LCCYL, en su artículo 17, define como los establecimientos individuales o colectivos con una superficie de venta al público superior a 2.500 metros cuadrados. Se fija, por tanto, un límite cuantitativo (en función del número de metros cuadrados) que determina que el

⁵⁸⁰ Ley 12/2009, de 16 de diciembre, reguladora de la Licencia Comercial en Canarias.

⁵⁸¹ Véase el artículo 44 de Ley 6/2009, de 15 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas para el año 2010, por la que se modifica la Ley 3/2005, de 14 de marzo, de Ordenación de la Actividad Comercial y las Actividades FERIALES en la Comunidad de la Rioja.

⁵⁸² Véase la Ley 12/2009, de 11 de diciembre, por la que se modifican diversas leyes para su adaptación a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

⁵⁸³ Véase el capítulo V de la Ley 12/2009, de 23 de diciembre, de Medidas Fiscales, de Gestión Administrativa y Financiera, y de Organización de la Generalitat, que modifica diversos extremos de la Ley 8/1986, de 29 de diciembre, de Ordenación del Comercio y Superficies Comerciales, con objeto de adaptarla a los requerimientos de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior.

⁵⁸⁴ Véanse los artículos 17 a 19 del Decreto-Ley 1/2009, de 22 de diciembre, de ordenación de los equipamientos comerciales en Cataluña.

prestador que pretenda abrir un gran establecimiento comercial va a quedar sometido a un procedimiento más que aquel que no esté en alguna de estas situaciones, que sólo requerirá las oportunas licencias municipales.

Como ya se señaló, de acuerdo con el art. 15 DS, este tipo de requisitos cuantitativos o territoriales, en función de los cuales se determina el sometimiento a una autorización, deben ser examinados bajo la lupa de los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad y habrán de ser eliminados a no ser que se justifique que superan el estricto triple test. Este examen exigirá, al menos, que la Comunidad Autónoma, puesto que ha decidido mantenerlos, lo haga de forma motivada, con expresión de las razones por las que considera que el límite cuantitativo reúne las tres condiciones antes enumeradas⁵⁸⁵. Ya nos hemos referido con anterioridad a la escueta justificación que se contempla en la Exposición de Motivos –tanto estatal como autonómica– sobre las supuestas consecuencias que según la doctrina científica se derivan de los establecimientos que superan esa dimensión.

En la legislación anterior existían otros supuestos de hecho –medianos establecimientos y establecimientos de descuento duro– que también se sometían a una licencia comercial específica. La reforma –en aras de satisfacer la “simplificación de procedimientos” de propugna la DS, así como el espíritu que se deriva del triple test de no discriminación, necesidad y proporcionalidad–, los ha eliminado.

4.2 LA IMPRESCINDIBLE JUSTIFICACIÓN DE LA INTERVENCIÓN AUTONÓMICA: LA INCIDENCIA SUPRAMUNICIPAL DEL ESTABLECIMIENTO PROYECTADO

En aras de evitar la duplicidad de procedimientos –que contradice la simplificación administrativa que propugna la Directiva– necesariamente debe justificarse la opción por la doble intervención de la Administración autonómica

⁵⁸⁵ No se trata sólo de una medida políticamente conveniente; el informe que el Reino de España habrá de remitir a la Comisión sobre la evaluación de este tipo de requisitos (exigencia contenida en el art. 39 DS) deberá contener razón motivada tanto si se eliminan como si se mantienen. La Comunidad Autónoma, en el ejercicio de su lealtad institucional, habrá de comunicar esta regulación a la instancia estatal que finalmente es responsable ante la Comisión de la presentación del informe, una vez evaluados los requisitos mencionados.

y local. Dado que, como ya se ha indicado, el Gobierno regional ha optado por el mantenimiento de la licencia comercial autonómica, resulta preciso indagar si lo hace para proteger finalidades de interés general que no estén ya cubiertas por las licencias municipales, a fin de dilucidar si el régimen de autorización para la implantación de grandes superficies es o no redundante, si incrementa o no de manera injustificada las cargas administrativas para los operadores. Puede entenderse que la instauración de un régimen de autorización exclusivamente para grandes superficies encuentra su razón de ser en la presencia de intereses generales que no resultan protegidos por el sistema de licencias municipales. La justificación reside en que el área de influencia de los establecimientos comerciales de gran tamaño desborda el término municipal y, en consecuencia, se considera preciso que quien autorice su implantación sea la Administración autonómica.

El sentido de la licencia comercial es controlar la implantación de los grandes establecimientos cuando influyan de forma esencial en el entorno (tráfico, medio ambiente, condiciones de abastecimiento de la población, repercusiones supralocales...). “Es obvia –son palabras del TC– la influencia de los grandes establecimientos comerciales en distintos aspectos de relevancia urbanística, como son la utilización de los transportes públicos, el uso de las vías urbanas y de las comunicaciones en una zona muy superior a la del municipio en que se instalan, los problemas en la calificación del suelo, etc.” (STC 225/93, FJ 6).

En este orden de cosas, debe traerse también a colación la STC 264/1993, de 22 de julio. Cuando el TC examina los criterios que han de presidir el otorgamiento de la autorización especial para la instalación de grandes establecimientos comerciales, rechaza los argumentos de los recurrentes acerca de la lesión de la autonomía municipal⁵⁸⁶. El TC considera que se trata de una autorización especial concedida por las Comunidades Autónomas (sin perjuicio de la concesión de licencias de apertura por parte de los Ayuntamientos)

⁵⁸⁶ La doctrina también se ha referido al riesgo de lesión de la autonomía local, vid., por ejemplo, TORNOS MAS, J., “Comercio Interior”, en *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, dir. por S. Martín-Retortillo, La Ley, Madrid, 1991, pp. 646-647 o RAZQUIN LIZARRAGA, J.A., “La evolución de la ordenación espacial del comercio minorista: hacia una política territorial integrada”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas-Endesa-Ibercaja, Madrid, 2003, p. 1130.

que obedece al carácter *supramunicipal* de los intereses concernidos por la instalación de un centro de esta especie. Por ello, no “puede verse atentado alguno a la autonomía municipal, dada la dimensión territorial de los intereses en presencia” (STC 264/1993, FJ 6).

Por tanto, las razones que justifican la intervención autonómica, avaladas por la jurisprudencia constitucional, radican en la dimensión *supramunicipal* o *territorial* de los intereses concernidos por la instalación de una gran superficie comercial. De no existir tales intereses supramunicipales, no tendría sentido exigir una licencia autonómica, en la que se estén protegiendo los mismos intereses que ya se protegen con las licencias municipales. Sería, además, contrario a la norma comunitaria por vulnerar la necesaria observancia de los principios de necesidad y proporcionalidad.

La nueva redacción que se le da a la Ley 16/2002 de Comercio de Castilla y León especifica que es la incidencia supramunicipal que tienen determinados establecimientos la que justifica la intervención autonómica. Sin embargo, en mi opinión, no lo hace ni suficiente ni coherentemente. Pues, aunque se menciona esa incidencia supramunicipal en dos preceptos –artículos 14 y 20– los establecimientos que se someten a la licencia comercial autonómica son, en definitiva, todos los que superen los 2.500 metros cuadrados de superficie de venta, al margen de cualquier consideración sobre cómo afectan o no a los municipios del entorno. Podría hacerse efectuado una presunción legal, como se ha hecho en otras Comunidades Autónomas de que todo establecimiento de más de 2.500 metros cuadrados tiene incidencia supramunicipal, lo cual sería sin duda mucho suponer⁵⁸⁷, pero salvaría la coherencia del sistema que se establece.

Por otra parte, en la práctica no resulta fácil distinguir con nitidez qué intereses son locales y cuáles supramunicipales: *¿Es de interés supralocal una “gran superficie comercial”?* *¿No forma parte de la política municipal?*⁵⁸⁸.

⁵⁸⁷ Como recientemente ha puesto de relieve Rivero Ortega, R., “La Libertad de Comercio”, *Ponencia presentada al V Congreso de la AEPDA*, San Fernando (Cádiz), 5 y 6 de febrero de 2010, p. 48.

⁵⁸⁸ Cfr. MEILÁN GIL, J.L., “Autonomía local y planeamiento urbanístico”, *REAL*, núm. 288, enero-abril, 2002, pp. 48 y 49. En esta línea, también, MERINO ESTRADA, V., “Directiva de Servicios y Gobiernos Locales: La competencia sostenible entre las ciudades”, *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, julio-agosto, 2009, p. 98.

Los intereses municipales constituyen un límite para la intervención autonómica. Desde este punto de vista, a mi juicio, sería suficiente la autorización comercial municipal, sin intervención autonómica, en aquellos casos en los que se trate de establecimientos, incluso de gran dimensión, localizados en la zona centro de una ciudad o en el centro del tejido urbano, puesto que no tendrán la capacidad de atracción sobre amplias áreas de ámbito supramunicipal, que es lo que justifica la intervención de la Comunidad Autónoma en la autorización de la implantación⁵⁸⁹. Pueden darse situaciones en las que la instalación de un gran establecimiento comercial no afecte a los municipios colindantes y, por tanto, no haya en juego intereses supramunicipales. No pueden soslayarse las dificultades que entraña demostrar que una gran superficie está destinada solamente a satisfacer las necesidades de un concreto municipio, sin afectar a otros⁵⁹⁰; pero parece incuestionable que, atendidas las diferencias entre una y otra situación, bien merecen ser sometidas a un régimen jurídico diverso.

4.3 LA NECESIDAD DE PROFUNDIZAR EN LA SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

La simplificación que la DS proclama pasa por que la Administración ponga en marcha una ventanilla única para que los prestadores puedan llevar a cabo en un único punto todos los procedimientos y trámites necesarios para el ejercicio de una actividad de servicios. Esto supondrá que la normativa castellana y leonesa debería haberse reformado teniendo en cuenta la adaptación de la DS en la norma estatal en cuanto a la implementación de esa única ventanilla que deberá unificar trámites que afecten a diferentes administraciones territoriales. Así se establece en el Capítulo IV de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servi-

⁵⁸⁹ No es lo mismo un *supermercado*, instalado en un local comercial que forma parte un inmueble destinado a otros fines (como vivienda) y ubicado en la trama urbana, que un *hipermercado*, constituido por un inmueble destinado específicamente a la actividad comercial, localizado en la periferia de un gran núcleo urbano, próximo a vías de gran circulación, con zonas de aparcamiento y prestación de otros servicios.

⁵⁹⁰ Como destaca PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M., *Urbanismo comercial y libertad de empresa*, Marcial Pons, Madrid, 1998, p. 431.

cios, cuyo artículo 18 comprende que en ese único punto electrónico se encontrará toda la información y los formularios, se deberá poder presentar toda la documentación y solicitudes y acceder a las resoluciones y comunicaciones que vendrán de las distintas administraciones, que deberá articularse según establezca la normativa y los protocolos de coordinación entre administraciones públicas que permitan la interoperabilidad de los distintos sistemas.

En la normativa autonómica, en cuanto a la simplificación documental, se ha aprobado el Decreto 23/2009, de 26 de marzo, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos (BOCyL núm. 62, de 1 de abril) que establece la documentación que se debe exigir al ciudadano. En este sentido, debe tenerse en cuenta que las Administración autonómica deberá aceptar los documentos de otros Estados miembros de los que se desprenda que el requisito exigido se cumple en cuanto a la prestación de servicios por parte de empresas de la Unión y deberá permitir la recepción de documentos y expedientes electrónicos. Además, deberá aceptar las copias y no deberá exigir la presentación de documentos compulsados o traducciones juradas, salvo en los casos determinados por la Directiva comunitaria o justificados en motivos de orden público y seguridad.

Los esfuerzos que la Administración autonómica está llevando a cabo en materia de *e-government* se plasman en el Proyecto de Ley de Derechos de los Ciudadanos en sus relaciones con la Administración de la Comunidad de Castilla y León y de gestión pública (publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes de Castilla y León* de 18 de diciembre de 2009) y ya se dejan sentir en el nuevo portal: www.tramitacastillayleon.jcyl.es, a través del cual, algunos procedimientos pueden ya gestionarse electrónicamente y, de buena parte de ellos, puede al menos descargarse el modelo de solicitud. Por ahora, ni en el primero ni el segundo de los supuestos se encuentra el procedimiento de licencia comercial para grandes establecimientos.

La Directiva indica el tipo de información que, como mínimo, deberá hacerse accesible a los promotores u operadores acerca de los requisitos, trámites y procedimientos, datos de las autoridades competentes para poder ponerse en contacto con ellas, datos sobre las vías de recurso –y esto es, sin duda, novedoso en nuestro Derecho administrativo que no prevé facilitar esta información hasta el momento de la resolución– así como información acerca de la forma en que se interpretan y aplican los criterios. Toda esta informa-

ción que la DS propone sea puesta a disposición de los prestadores de servicios –y que dibuja un nuevo modelo de relación de los Poderes públicos con sus ciudadanos mucho más próximo que el habitual en nuestro Derecho– debería haber inspirado también las acciones de la Comunidad Autónoma en materia de comercio. Aunque la Directiva habla de un “hacer lo necesario para” y, en tal sentido, su carácter obligacional se ve diluido, bien podría haberse incluido un nuevo artículo en el *Decreto-Ley Ómnibus* autonómico en el que, bajo la denominación “derecho de información” se diese traslado del artículo 7 DS, en consonancia además, con lo establecido en el apartado 3 del artículo 6 de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (cuyo texto ha sido objeto de nueva redacción a través de la *Ley Ómnibus*).

4.4 EL PROCEDIMIENTO PARA LA TRAMITACIÓN DE LA LICENCIA COMERCIAL

Como se puso de manifiesto al exponer el contenido de la Directiva, buena parte de la misma aborda cuestiones de carácter procedimental y lo hace con un afán claramente garantista de la posición de los administrados frente a la actividad ordenadora de los Poderes públicos. Es necesario ahora confrontar las previsiones comunitarias con la regulación autonómica del procedimiento administrativo para la concesión de la licencia comercial de gran establecimiento⁵⁹¹.

A. Exigencias en la fase de iniciación del procedimiento: simplificación administrativa, acuse de recibo, tasa por tramitación

Ya nos hemos referido en un apartado anterior a la necesidad de que la Administración autonómica impulse medidas que favorezcan el acceso a la información, en especial, a través de medios electrónicos. En concreto, hubiera sido deseable que se facilitase la creación de una ventanilla única no sólo como vehículo de acceso al procedimiento administrativo para la tramitación

⁵⁹¹ Seguimos en los siguientes epígrafes la estructura metodológica del análisis efectuado con respecto a la normativa foral navarra en SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios y la regulación...”, cit., pp. 73 y ss.

de la licencia comercial, sino además como medio a través del cual garantizar el derecho a la información, imprescindible para la efectividad de las libertades de circulación de servicios y de establecimiento de los prestadores, tal y como queda configurado dicho derecho en el art. 7 DS. Toda esta información que tanto la DS como ahora también la Ley española (Ley 17/2009, de 23 de noviembre) proponen que sea puesta a disposición de los prestadores de servicios habrá de inspirar las acciones futuras de la Comunidad Autónoma en materia de comercio, que deberá “hacer lo necesario” para dar cumplimiento a la DS.

En relación con la exhaustiva documentación que, según el art. 21 LCCYL, debe acompañar a la solicitud, conviene tener en cuenta el considerando 47 DS: *En aras de la simplificación administrativa, no deben imponerse de forma generalizada requisitos formales, como la presentación de documentos originales, copias compulsadas o una traducción compulsada, excepto en aquellos casos en que esté justificado objetivamente por una razón imperiosa de interés general, como, por ejemplo, la protección de los trabajadores, la salud pública, la protección del medio ambiente o la protección de los consumidores.*

Una vez iniciado el procedimiento y tramitada la solicitud, habrá de tenerse presente lo dispuesto en el artículo 13.5 DS que, de modo taxativo, dispone que el remitente de toda solicitud de autorización deberá recibir lo antes posible un “acuse de recibo” en el que se indique el plazo estipulado para la resolución del procedimiento, las vías de recurso, y si procede indicación del sentido del silencio. Es cierto que esta obligación se contemplaba ya en nuestro ordenamiento jurídico (párrafo 4º del art. 42 LRJPAC), aunque no con toda la extensión en cuanto a los deberes de información de la Administración con que ahora la contempla la Directiva, puesto que la información relativa a las vías de recurso se traslada, en el Derecho español, al momento final del procedimiento, esto es, al acto por el que éste se resuelve (artículo 89.3 LRJPAC). Dando fiel cumplimiento a la normativa comunitaria, este *deber de acuse de recibo* con la información mencionada se ha incorporado al procedimiento de tramitación de la licencia comercial, en la nueva redacción que se le otorga al artículo 22 de la Ley 16/2002, de Comercio de Castilla y León.

Finalmente, otra de las previsiones contenidas en la Directiva con capacidad para afectar la normativa castellano y leonesa es su art. 13.2, en el que se determina que “los gastos que ocasionen [los procedimientos y trámites de

autorización] a los solicitantes deberán ser razonables y proporcionales a los costes de los procedimientos de autorización y no exceder el coste de los mismos". El apartado f) del art. 21.2 LCCYL establece que en el momento de presentar la solicitud de la licencia comercial deberá acreditarse el pago de la tasa por su tramitación, cuya cuota, de acuerdo con el artículo 25.5 LCCYL (no modificado), "se obtendrá aplicando el tipo de gravamen de 3,5 euros por metro cuadrado de superficie de venta al público a la base imponible". La valoración acerca de la compatibilidad de esta norma autonómica con el Derecho comunitario va a quedar a expensas de los datos que permitan conocer cuál es el coste económico de la tramitación de estas licencias para la Administración autonómica y si éste excede o no a la cantidad exigida mediante el pago de la tasa. El criterio para determinar la compatibilidad es sencillo, aunque su valoración final no se puede adelantar sin los datos económicos imprescindibles.

B. Exigencias en la fase de instrucción del procedimiento

La Directiva no contiene reglas específicas aplicables a los requerimientos formales que tienen lugar en la fase de instrucción del procedimiento. Con todo, siguen estando presentes los deberes generales de simplificación administrativa con los que arranca la norma comunitaria y de información –en particular, por vías electrónicas– a los prestadores de servicios que tramiten una autorización para establecerse, así como la adecuación de los requisitos al examen del triple test. Recordemos, además, que los párrafos 1 y 2 del art. 13 DS concretan los principios relativos a la simplificación administrativa, al disponer que los procedimientos y trámites deberán ser claros, darse a conocer con antelación y ser adecuados para garantizar que los solicitantes tendrán un trato objetivo e imparcial; asimismo, no podrán tener carácter disuasorio ni complicar o retrasar indebidamente la prestación del servicio y se deberá poder acceder fácilmente a ellos.

Estos principios son, por tanto, los que habrán de coadyuvar para interpretar y guiar la normativa autonómica reguladora del procedimiento de autorización para la implantación de un gran establecimiento comercial.

Desde esta perspectiva, parece procedente la exigencia de informes de la Consejerías competentes en materia de ordenación del territorio, medio ambiente, carreteras y urbanismo (art. 22.4 LCCYL) en la medida en que, como ya se ha señalado anteriormente, la ordenación del territorio junto con el urbanismo y

la protección del medio ambiente se encuentran, en el marco delimitado por la Directiva, entre las únicas razones imperiosas de interés general susceptibles de pasar el examen de compatibilidad con la norma comunitaria.

De igual forma, puesto que la licencia autonómica se fundamenta en la existencia de intereses supralocales, parece razonable la previsión de un trámite de audiencia a los Ayuntamientos limítrofes a aquél en cuyo término se ubique el proyecto objeto de la solicitud (art. 22.1 LCCYL), así como la solicitud de un informe al Ayuntamiento directamente afectado (art. 22.3 LCCYL).

Acertadamente también, se ha suprimido la participación del Consejo Castellano y Leonés de Comercio en el procedimiento, en el que intervenía, de acuerdo con la regulación previa, mediante la emisión de un informe preceptivo y no vinculante. Tal participación entraba en colisión con el artículo 14.6 DS que prohíbe la intervención directa o indirecta de los competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones⁵⁹². Al efecto, se han adecuado las funciones de este órgano derogando algunas de las que tenía encomendadas con anterioridad. En concreto, mediante la Disposición Derogatoria única del Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León, han sido derogadas las letras c), d), y e) del artículo 2 del Decreto 126/2003, de 30 de octubre, por el que se regula el Consejo Castellano y Leonés de Comercio.

En cuanto a la supresión del informe emitido del Tribunal de Defensa de la Competencia de Castilla y León que figuraba en la regulación anterior del procedimiento, a pesar de lo que se dice en la Exposición de Motivos del *Decreto-Ley Ómnibus*, respecto a que tal informe constituía una prueba económica, nuestra opinión es que su supresión no era en ningún modo necesaria, pues no escondía prueba económica alguna. Un informe que analice el impacto de la nueva implantación sobre la competencia no puede considerarse prueba económica en el sentido del artículo 14 DS. No puede

⁵⁹² Recuérdese que entre los "requisitos prohibidos" del artículo 14 DS se menciona, en el párrafo 6º: *"la intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes, con excepción de los colegios profesionales y de las asociaciones y organismos que actúen como autoridad competente; esta prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general"*.

olvidarse que uno de los propósitos de la Directiva es promover la libre y leal competencia. La “*prevención de la competencia desleal*” aparece citada como una de las “razones imperiosas de interés general” en el considerando 40 DS. En consecuencia, la exigencia de un informe que trate de evitar, por ejemplo, una situación de monopolio o duopolio dentro del área de mercado del proyecto sometido a licencia está dentro del espíritu de la Directiva. A mayor abundamiento, por si el anterior argumento no resultase suficiente, el considerando 66 de la norma comunitaria excluye expresamente de la consideración de “pruebas económicas” las evaluaciones que pudieran hacer las autoridades encargadas de la aplicación del Derecho de competencia⁵⁹³. Sin embargo, parece que tanto el legislador estatal como los autonómicos a la hora de aplicar la DS al procedimiento para la apertura de grandes establecimientos comerciales han eludido decididamente el control que pudieran llevar a cabo las autoridades de la competencia, absolutamente necesario, a mi juicio, para impedir que una empresa comercial alcance una cuota de mercado desmesurada en cualquier ciudad. Es verdad que, cuanto mayor sea el número de establecimientos la competencia será más intensa, pero tal afirmación admite excepciones cuando el nuevo proyecto comercial pretenda implantarse en una zona en la que la misma empresa tenga una presencia hegemónica. En tal caso, existiría el peligro de que se reforzara la posición de dominio de la empresa ya presente en el mercado, lo que constituiría un riesgo mayor de abuso de dicha posición. En consecuencia, sería preferible que el nuevo gran establecimiento no perteneciera a la misma empresa o grupo de empresas existentes en la zona, además de que los efectos positivos de la competencia resultarían mayores si quien se instala en un determinado territorio es un competidor.

C. Exigencias en la fase de resolución del procedimiento

a. Plazo para resolver

Con carácter general, la Directiva dispone que los procedimientos y trámites de autorización deberán ser adecuados; cursar la solicitud lo antes posible,

⁵⁹³ Como señalaba Aurelio DEL PINO, los informes de la Comisión Nacional de la Competencia y de los correlativos órganos autonómicos serán a partir de la transposición de la Directiva “la única vía para introducir la variable económica dentro del proceso de autorización de apertura de nuevos establecimientos”. Vid. DEL PINO GONZÁLEZ, A., “La nueva Directiva de Servicios y sus repercusiones en la ordenación de la distribución comercial”, *Distribución y Consumo*, julio-agosto, 2007, p. 38.

así como dar respuesta en un plazo razonable. Un plazo que no empezará a contar hasta la presentación de toda la documentación. Este es un requisito que nuestro Derecho en materia de procedimiento administrativo ya recoge en el artículo 48 LRJPAC y así se hace constar en el artículo 22.7 en LCCYL. El mismo precepto fija en seis meses el plazo máximo para resolver el procedimiento. Un plazo que, a la vista de la complejidad del procedimiento que estamos analizando, parece razonable.

La Directiva, en su artículo 13.3, contiene también una previsión relativa a la posibilidad de ampliar el plazo: “cuando la complejidad del asunto lo justifique, la autoridad competente podrá ampliar el periodo una sola vez y por un tiempo limitado. La ampliación y su duración deberán motivarse debidamente y se notificarán al solicitante antes de que haya expirado el periodo original”. La posibilidad de ampliación de plazo no se ha incluido expresamente en la regulación del procedimiento autonómico⁵⁹⁴.

b. Silencio administrativo: la regla general del silencio positivo y sus excepciones

El artículo 13.4 de la Directiva –tal y como recoge en su parte expositiva el considerando 63– establece que “a falta de respuesta en el plazo fijado o ampliado con arreglo al apartado 3, se considerará que la autorización está concedida. No obstante, se podrá prever un régimen distinto cuando dicho régimen esté justificado por una razón imperiosa de interés general, incluidos los legítimos intereses de terceros”.

Así pues, nos encontramos con que la regla general va a ser la del silencio positivo de carácter estimatorio. Una regla que entraba en colisión con la norma autonómica que atribuía al silencio un sentido negativo o desestimatorio (artículo 20 LCCYL).

Para adaptarse a los imperativos de la Directiva, y ahora además a la legislación básica estatal que la transpone en lo relativo al silencio (artículo 6 de la

⁵⁹⁴ Una exquisita transposición de la Directiva hubiera exigido limitar el número de veces en que se amplíe el plazo a una sola, exigencia que no se deduce, no al menos de forma necesaria del artículo 49 LRJPAC, que permitiría ampliar el plazo en más de una ocasión, con el límite de no superar la mitad del plazo inicial.

Ley Paraguas y artículo 2 de la *Ley Ómnibus* por el que se modifica la Ley 30/1992), se señala en el artículo 22.7 de la modificada LCCYL que el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado para entender estimada su solicitud por silencio administrativo.

No obstante, de manera excepcional, se contempla un silencio negativo en el caso de que, transcurrido el plazo sin haberse notificado resolución expresa, alguno de los informes contemplados en los apartados 3 y 4 del artículo 22 fuera desfavorable o no hubiese sido solicitado.

Como sabemos, en aplicación de las previsiones comunitarias, el mantenimiento en un futuro del silencio negativo en el caso de la licencia de apertura de grandes establecimientos comerciales exigirá que esté justificado en alguna razón imperiosa de interés general o en la posible afectación a terceros. De la misma manera, de acuerdo con el artículo 6 de la *Ley Paraguas*, se garantizará que “los supuestos de silencio administrativo negativo constituyan excepciones previstas en una norma con rango de ley justificadas por razones imperiosas de interés general”. Trasladando estas previsiones a la cuestión que nos ocupa, las razones de carácter urbanístico, de ordenación del territorio y de protección del medioambiente, junto con la necesidad de coordinar estos intereses podrán, en su caso, justificar una solución distinta a la regla general comunitaria. Así pues, la previsión excepcional de silencio negativo en el caso de que alguno de los informes –bien del Ayuntamiento afectado, bien de las Consejerías competentes en materia de ordenación del territorio, medio ambiente, carreteras y urbanismo– fuera desfavorable se encuentra plenamente justificada, habida cuenta de las razones imperiosas de interés general en que se ampara.

Más difícil resulta determinar si el silencio negativo es deseable y justificable en el supuesto de que los informes no hubieran llegado a ser solicitados, pues en este caso el retraso en la solicitud de los informes sólo parece imputable a la falta de diligencia de la Administración y, en principio, no se alcanzan a comprender las razones imperiosas de interés general que justificarían la excepción en tal supuesto. Sin embargo, esta reflexión inicial merece ser convenientemente matizada. ¿Qué razones pueden originar que la Administración no haya solicitado los informes contemplados en los párrafos 3 y 4 del artículo 22? ¿El excesivo trabajo del órgano administrativo, la negligencia o desidia de los funcionarios encargados de tramitar el expediente, la abstención voluntaria del órgano competente? Ninguno de estos supuestos

puede justificar la inactividad o inhibición de la Administración. Ahora bien, si a tal inactividad se le otorgase un sentido positivo, podría resultar peligroso desde el punto de vista del interés público. Porque si la Ley exige, justificadamente, la intervención de la Administración autonómica para contrastar la adecuación a las razones imperiosas de interés general de un proyecto de gran establecimiento comercial, aquel fin lógico quedaría desvirtuado si por la escotilla del acto presunto pudiesen colarse toda clase de solicitudes, fueran o no perjudiciales para el bien común. Además, podría convertirse en una tentación, excesivamente cómoda, para la Administración: Bastaría con «olvidarse» voluntariamente de un expediente para que el simple transcurso del tiempo permitiera otorgar la autorización a quien quizá nunca debiera obtenerla...⁵⁹⁵. La presunción negativa del silencio obvia los inconvenientes que acaban de apuntarse, pero, por contra, ocasiona al administrado un perjuicio incuestionable. Ante tal disyuntiva, creo que la opción seguida por el Ejecutivo castellano y leonés en este caso, al dar preferencia (a pesar de sus inconvenientes) a la interpretación negativa del silencio, ha sido cauta a la vista de los intereses generales implicados⁵⁹⁶. Entiendo que con ello se pretende evitar el uso torticero que pudiera llegar a hacerse de la generalización del silencio positivo⁵⁹⁷. La solución es, pues, a mi juicio, equilibrada, aunque hubiera habido una solución más sencilla: este problema no se hubiese planteado si, haciendo uso de la excepción que contempla tanto la Directiva como nuestro Derecho, la regla general en un procedimiento tan complejo como éste hubiera sido simplemente la del silencio negativo. Máxime cuando lo que está en juego es la correcta ordenación territorial y urbanística. No se olvide que según la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 2009, que fija la doctrina legal en esta materia, *"no pueden entenderse adquiridas por silencio administrativo licencias en contra de la ordenación territorial o urbanística"* (BOE, núm. 77, de 30 de marzo).

⁵⁹⁵ Vid. BOLEA FORADADA, J.A., "El retraso de la Administración y el silencio administrativo", *RAP*, núm.51, Septiembre/Diciembre, 1966, pp. 303 y ss.

⁵⁹⁶ Vid. MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I., "El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas", *RAP*, núm. 159, 2002, p. 115.

⁵⁹⁷ González Navarro ha llegado a referirse a la regla general del silencio positivo como una "trampa para ingenuos enmascarada bajo el exuberante follaje de una utópica dinamización de la actuación formal de las Administraciones públicas", vid. GONZÁLEZ NAVARRO, F., "Silencio administrativo: ficción, trampa y caos", *Revista Jurídica de Navarra*, núm. 30, 2000, pp. 119 y ss.

Por último, a efectos del régimen del silencio, no puede dejar de tenerse presente la obligación de resolver de la Administración. Y, en este sentido, debe recordarse el párrafo 3º del artículo 43 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, cuya redacción no se ve modificada por el artículo 2 de la *Ley Ómnibus*⁵⁹⁸.

c. Contenido de la resolución

En cuanto al contenido de la resolución, podría plantearse si los instrumentos de planeamiento urbanístico habrán de definir como deberes de la urbanización costear y, en su caso, ejecutar la conexión con la red viaria y las redes generales de servicios, o en su caso, la adaptación, mejora y ampliación de la existente, que requiera la implantación de una gran superficie minorista.

4.5 SOBRE LOS CRITERIOS MATERIALES EN LOS QUE SE FUNDAMENTA LA RESOLUCIÓN: LAS RAZONES IMPERIOSAS DE INTERÉS GENERAL Y LA NORMA TÉCNICA URBANÍSTICA

Uno de los puntos más controvertidos del nuevo régimen jurídico para la implantación de grandes establecimientos comerciales se refiere a los criterios materiales en los que se fundamenta la resolución.

A tenor de la Directiva, los requisitos que se establezcan en el análisis previo de las autorizaciones de nuevos establecimientos comerciales deberán estar objetivamente justificados por «razones imperiosas de interés general» y se prohíbe la aplicación, caso por caso, de una «prueba económica» consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de la necesidad económica o de una demanda de mercado, a que se eva-

⁵⁹⁸ El párrafo 3º del artículo 43 dispone: *La obligación de dictar resolución expresa a que se refiere el apartado primero del artículo 42 se sujetará al siguiente régimen: a) En los casos de estimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior a la producción del acto sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo. b) En los casos de desestimación por silencio administrativo, la resolución expresa posterior al vencimiento del plazo se adoptará por la Administración sin vinculación alguna al sentido del silencio.*

lúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente. En este contexto, para dar cumplimiento a la norma comunitaria se hacía indispensable revisar algunos de los criterios de evaluación previstos en la legislación autonómica (art. 21 LCCYL y arts. 47-49 PRASEC). Igualmente, era necesario cuestionar las condiciones de equilibrio que establecía el PRASEC, a partir de las cuales, mediante una fórmula, se determinaba el impacto socioeconómico (leve, moderado o grave) que el proyecto pudiera producir en la zona básica en la que pretendía instalarse. O, también, pruebas económicas como las que exigían que los prestadores de servicios realizaran estudios económicos gravosos en tiempo y dinero y cuyo resultado suele ser incierto.

Pues bien, uno de los pilares de la reforma operada ha sido la derogación del PRASEC⁵⁹⁹. El papel que la legislación castellano y leonesa asignaba al PRASEC era absolutamente determinante, puesto que la decisión administrativa sobre la autorización para los grandes establecimientos comerciales se hacía depender de la adecuación o no a dicho plan. Desde la perspectiva de la DS, el principal problema de la normativa comercial castellano y leonesa radicaba en la manifiesta pretensión del PRASEC de ordenar la apertura de grandes comercios mediante la identificación por el propio planificador de áreas de desequilibrio o, lo que es lo mismo, “huecos de mercado”. Es este modo de legislar el que chocaba frontalmente con la DS. De ahí que no pueda merecer sino un juicio favorable que el mencionado Plan haya sido ahora derogado. No obstante, la prohibición de incluir este tipo de requisitos de marcado carácter intervencionista queda ponderada en la Directiva en el último aserto del art. 14.5, que admite la concurrencia de requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general. En esta referencia tienen cabida las previsiones propias de las políticas de protección del medio ambiente y del entorno urbano y, por tanto, la conexión con ellas no puede ser mera retórica, sino que deberá constituir, de verdad, la razón de ser de la licencia comercial.

⁵⁹⁹ Vid. letra d) del apartado 3 de la Disposición Derogatoria única del Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León, con los matices que resultan de la aplicación del párrafo 3 de la Transitoria Tercera.

Derogado, por tanto, el PRASEC, ¿cuáles son ahora los criterios que guiarán a la Administración a la hora de decidir si concede o no la licencia comercial?

Los criterios que se contemplan en el artículo 24 LCCYL han descartado acertadamente las anteriores referencias a la existencia de un “equipamiento comercial adecuado” o al equilibrio de los intereses sectoriales (“efectos sobre la estructura comercial existente”), poniendo de manifiesto que se ha querido eliminar cualquier referencia a la denominada prueba económica. Se establecen ahora cinco criterios, basados en las razones imperiosas de interés general del artículo 14 y que se enuncian como sigue:

- > *La integración del proyecto en el entorno urbano, preferentemente en la trama urbana, teniendo en cuenta la posible interacción con el resto de construcciones edificadas o previsibles, y la adecuación de sus accesos y aparcamientos a la movilidad rodada y peatonal que genere.*
- > *El impacto del proyecto en el medio ambiente teniendo en cuenta por un lado la necesidad de una gestión medioambiental adecuada del establecimiento, y por otro el respeto y la integración en el espacio preexistente al funcionamiento del establecimiento objeto del proyecto, incidiendo especialmente en la salvaguarda del paisaje y el respeto, en su caso, a los parajes tradicionales valiosos del entorno.*
- > *La incidencia del proyecto sobre la red viaria de la zona y los sistemas de transporte de viajeros, haciendo especial hincapié en la adecuación de los flujos de tráfico a los niveles óptimos de utilización de todas las vías de comunicación de las que se sirva.*
- > *La adecuada integración territorial del proyecto, resolviéndose con eficacia las tensiones territoriales que puedan producirse en los servicios e infraestructuras de los que se sirvan.*
- > *La repercusión que el proyecto suponga en los servicios recibidos por los consumidores en la zona afectada. En este sentido, se considerará favorablemente el sometimiento de la actividad comercial del establecimiento proyectado a cualquier sistema de resolución extrajudicial de conflictos, en particular al sistema arbitral de consumo.*

Es destacable la amplitud e imprecisión con que estos criterios son definidos. ¿Cumplen con los requisitos que impone el art. 10 DS? El mayor reproche que cabe formular es que de su excesiva vaguedad se deriva un amplísimo margen de discrecionalidad en manos de la Administración, que puede convertirse en futura arbitrariedad. Resultaría conveniente recordar aquí de

nuevo el contenido del artículo 10 DS⁶⁰⁰. Sin embargo, los riesgos de la excesiva discrecionalidad derivados de los vagos criterios que presiden el otorgamiento de la licencia comercial para grandes establecimientos comerciales pueden mitigarse a través de la planificación urbanística y territorial. Conviene recordar que, entre los “Elementos de la ordenación del equipamiento comercial”, el artículo 15 LCCYL, en su apartado 3, establece lo siguiente: *A los efectos de lograr la adecuada y equilibrada integración territorial de los establecimientos comerciales exigida en el apartado primero del presente artículo, se utilizarán los instrumentos que la legislación de ordenación del territorio de Castilla y León tiene previstos para ordenar y regular actividades sectoriales y los mecanismos que la normativa urbanística de Castilla y León contemple a los efectos de conformar los criterios aplicables a la planificación urbanística relacionados con el sector comercial.*

Ya hemos señalado que las limitaciones que la DS impone a las posibilidades de regulación del equipamiento comercial por razones económicas, admiten, sin embargo, que se establezcan criterios de carácter urbanístico a fin de garantizar una adecuada ordenación de los equipamientos comerciales, y en particular, de los establecimientos sujetos a licencia comercial. Estos criterios se recogerán en una Norma Técnica Urbanística (NTU) de carácter vinculante, redactada en el marco de la legislación urbanística de Castilla y León⁶⁰¹. El Proyecto de NTU que está tramitándose en la actualidad, viene a sustituir al PRASEC. Establece los criterios para el planeamiento general, tanto en relación al equipamiento comercial en general, como en cuanto a la instalación de los grandes establecimientos comerciales. Insiste en su localización dentro del sistema urbano continuo y con acceso a la red viaria principal y aboga por que no exista una excesiva concentración espacial. Se señalan, además, criterios para el planeamiento habilitante, desarrollando detalladamente –aunque incurriendo en ciertas vaguedades y abusando, en ocasiones, del recurso a conceptos jurídicos indeterminados– criterios relativos a la ubicación de los grandes establecimientos comerciales, así como a su

⁶⁰⁰ Que impone obligaciones para limitar la arbitrariedad de los poderes públicos y generar derechos en los administrados. Principios, por cierto, tampoco está de más recordarlo, ya recogidos con anterioridad en nuestro ordenamiento jurídico.

⁶⁰¹ Disposición adicional cuarta de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, modificada por la Ley 4/2008, de 15 de septiembre, de medidas sobre urbanismo y suelo, y desarrollada en el artículo 78 del Reglamento de Urbanismo de Castilla y León.

conexión a las redes de servicios urbanos, acceso, aparcamientos e integración en el entorno urbano.

Con la NTU se pretende racionalizar y minimizar los aspectos discrecionales de la decisión administrativa, a través de los condicionamientos que se imponen al planeamiento habilitante. No se olvide que la instalación de grandes establecimientos comerciales debe estar habilitada por un instrumento de planeamiento urbanístico (artículo 20.2 LCCYL). Este plan urbanístico debe incluir la futura implantación entre sus determinaciones de ordenación detallada y asegurar que cumpla los criterios señalados en la NTU. Sin poner en duda que la principal pretensión de la NTU es reducir la discrecionalidad que reina en el otorgamiento o denegación de las licencias comerciales, no es fácil asegurar que la NTU no sea igualmente discrecional⁶⁰². En todo caso, es todavía pronto para avanzar una valoración definitiva. De las determinaciones y estándares urbanísticos que definitivamente se establezcan dependerá el juicio final que pueda hacerse del nuevo sistema de ordenación espacial de los grandes establecimientos comerciales en Castilla y León.

⁶⁰² En este sentido, respecto del Plan Territorial Sectorial de Equipamientos Comerciales en Cataluña, véase el FD 6º de la Sentencia TSJ de Cataluña de 26 de junio de 2002 (Ar. 260196).



Capítulo IX

Repercusión de la Directiva de Servicios sobre la libertad de empresa en el contexto del marco estatutario de la Comunidad Autónoma de Castilla y León

SUMARIO

1. Introducción. **2. La Directiva de Servicios: contexto y contenido.** 2.1 Origen político y jurídico: la estrategia de Lisboa 2000. 2.2 A propósito del contenido de la Directiva de Servicios. 2.2.1 Rasgos generales. 2.2.2 *Ámbito objetivo: carácter horizontal de la Directiva de Servicios.* 2.2.3 *Contenido sustantivo: regulación de los procedimientos autorizatorios.* 2.2.4 *Otros contenidos. En particular, la simplificación administrativa.* **3. La libertad de empresa a la luz de la Directiva de Servicios.** 3.1 Una visión panorámica de la consideración e interpretación de la libertad de empresa en la Constitución. 3.2 Efectos del modelo de transposición sobre la consideración de la libertad de empresa. 3.3 Algunos interrogantes a propósito del modo de transponer la Directiva de Servicios. 3.3.1 *De su impacto sobre la interpretación del contenido del art. 38 CE.* 3.3.2 *Del alcance de la transposición estatal.* 3.3.3 *Del papel de las razones imperiosas de interés general.* 3.3.4 *Del control jurisdiccional.* 3.3.5 *De la oportunidad del instrumento normativo.* **4. La libertad de Empresa a la luz de la Directiva de Servicios en el marco estatutario de Castilla y León**

REPERCUSIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS SOBRE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN EL CONTEXTO DEL MARCO ESTATUTARIO DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CASTILLA Y LEÓN

María Amparo Salvador Armendáriz
*Profesora contratada doctora de Derecho Administrativo
Universidad de Navarra*

1. Introducción

Con objeto de ubicar esta reflexión sobre las consecuencias e implicaciones que la Directiva de Servicios puede tener en el modelo económico acogido en el marco estatutario de Castilla y León, intensamente reformado por la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, se hace necesario aludir previamente a la propia norma comunitaria cuya transposición analiza este trabajo. Conviene recordar posteriormente las consecuencias que, con carácter general, se derivan de su proceso de incorporación a nuestro derecho interno. En particular, interesa conocer cuál puede ser su impacto sobre la interpretación y alcance de la libertad de empresa, si es que podemos finalmente concluir que le afecta. Por ello hay que partir necesariamente del estado de la cuestión en relación con este asunto. En este sentido, también es relevante el modo que el Estado ha elegido para transponer la Directiva de Servicios.

Estos mimbres constituyen los elementos estructurales de mi colaboración, cuestiones necesarias para aproximar la respuesta al objeto de esta parte del trabajo: cómo puede afectar la Directiva de Servicios a la libertad de empresa en el marco estatutario de Castilla y León. Como se verá, ésta no es –como otras materias– una cuestión que pueda analizarse sin antes haber hecho un recorrido por las implicaciones constitucionales de la misma. La consideración

de qué implica y hasta dónde alcanza el reconocimiento del derecho a la libertad de empresa recogido en el art. 38 de nuestra Constitución es el punto de partida, también en Castilla y León.

No en vano, T.R. FERNÁNDEZ se ha referido a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (Directiva de Servicios, a partir de ahora) como un “acontecimiento de extraordinaria importancia”⁶⁰³. Por su parte T. DE LA QUADRA-SALCEDO ha escrito que “pocas veces habrá una norma comunitaria que vaya a afectar tan radical y extensamente a todo el ordenamiento interno”⁶⁰⁴. En ambos casos sus reflexiones aluden a los efectos de la Directiva de Servicios sobre el modelo económico en la Constitución y en particular sobre su incidencia en la libertad de empresa.

2. La Directiva de Servicios: contexto y contenido

2.1 ORIGEN POLÍTICO Y JURÍDICO: LA ESTRATEGIA DE LISBOA 2000

Conviene recordar el origen inmediato de la DS que no es otro que la llamada Estrategia de Lisboa de 2000. Esta estrategia aprobada por los Gobiernos de los Estados miembros en la conferencia de presidentes en Lisboa, en el año 2000, tuvo un marcado carácter político y económico y se formuló, dicho de modo sintético, en el objetivo de “hacer de la economía europea la más competitiva del mundo”. Para lograr este objetivo, el Consejo propuso impulsar varias actuaciones, entre las que destacaba ésta de la Directiva de Servicios en el mercado interior.

⁶⁰³ Vid. FERNÁNDEZ, T. R., “Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo”, *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, junio, 2007, p. 197.

⁶⁰⁴ Vid. DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 10, en la introducción. L. PAREJO ALFONSO habla de “norma de política económica de primera importancia”, *vid.* “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein: la interiorización, con paraguas y ómnibus, de su impacto en nuestro sistema”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009, p. 34.

Como suele ocurrir en el ámbito comunitario, la aprobación de la norma vino precedida de un proceso de estudio y consulta que se concretó en la elaboración de un informe que daba cuenta de la situación de los servicios en el mercado interior⁶⁰⁵. El diagnóstico de ese informe señalaba problemas de competitividad en el sector, consecuencia de la existencia de multitud de trabas legales y administrativas para la prestación de servicios, así como para el establecimiento de prestadores.

La tramitación de la norma –aprobada por el procedimiento de codecisión– resultó ser compleja y controvertida. A lo largo de ella, se plantearon problemas no menores. Entre estos, destaca el paradigma del fontanero polaco con el que tantas veces se ha identificado esta norma, cuestión que está vinculada con la inclusión o no del principio del país de origen en la regulación de la libertad de prestación de servicios (DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI, T. 2007: 241)⁶⁰⁶, así como la determinación del propio ámbito de aplicación de la Directiva, con la inclusión o no de los servicios no económicos de interés económico general. Estas dos fueron, sin duda, las cuestiones que suscitaron mayor debate y que finalmente fueron consensuadas. De una parte se rebajó la mención al principio del país de origen (PEGLOW, 2008: 105)⁶⁰⁷ y de otra se excluyeron los servicios no económicos de interés general del ámbito objetivo de aplicación de la norma comunitaria. Junto con esta exclusión aparecen también mencionados otros servicios, menciones que en ocasiones obedecen a ajustes técnicos (cuando se trata de servicios que ya tienen regulación sectorial propia) y que en otros son fruto de decisiones de marcado carácter político. El resultado final muestra claramente el difícil equilibrio en el que se encuentran tantas veces las instituciones comunitarias.

⁶⁰⁵ Vid. "El estado del mercado interior de servicios" [COM (2002) 441 final].

⁶⁰⁶ Que lo señala, en "¿Quo vadis, Bolkestein?, ¿Armonización o desregulación?" *Revista española de derecho europeo*, núm. 22 abril-junio, 2007, p. 241. También MONTERO PASCUAL, J.J., (2008), "La libre prestación de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior", en *La Directiva relativa a los servicios en el Mercado Interior (La Directiva Bolkestein)*, RDUE, núm.1 4, 2008, p. 110, que habla del riesgo de "dumping social". Téngase en cuenta que, para algunos, el "no" francés en el proceso de ratificación del Tratado por el que establece una Constitución para Europa no se explica si no es en relación con la tramitación de esta norma.

⁶⁰⁷ PEGLOW manifiesta sus reservas sobre el alcance de la solución que finalmente le ha dado la DS al art. 16, relativo a la libertad de servicios, *vid.* "La libre prestation de services dans la Directive n° 2006/123/CE", *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, núm. 44, 2008, p. 105.

Por otra parte, en el año 2000 y ya antes, tanto la Comisión Europea como el resto de las Instituciones Comunitarias, así como los Estados miembros, eran conscientes de que existía un importante cuerpo de doctrina jurisprudencial construida año tras año, sentencia tras sentencia, relativa al contenido e implicaciones de las libertades económicas en el Tratado. Son numerosísimos los pronunciamientos del Tribunal de Justicia –mayoritariamente en cuestiones prejudiciales, pero también en recursos por incumplimiento de Derecho comunitario– que han interpretado el alcance del contenido de las libertades económicas recogidas en los arts. 49 y 56 (antes 43 y 49) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (SALVADOR y VILLAREJO, 2007: 48-52)⁶⁰⁸.

Parecía, pues, llegado el momento de “codificar” esa jurisprudencia⁶⁰⁹. Desde esta perspectiva jurídica, se puede afirmar que con la DS se intenta facilitar a los Estados miembros, pero también a las propias instituciones comunitarias, la tarea de aplicación de estos dos preceptos del Tratado a los que, dicho sea de paso, la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia reconoce eficacia directa⁶¹⁰.

⁶⁰⁸ Sobre la jurisprudencia del TJCE relativa a los arts. 43 y 49 del TCE (49 y 56 en la numeración vigente tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa), puede verse SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra”, *RJN*, núm. 44, 2007, pp. 48-52.

⁶⁰⁹ Es necesario utilizar esta expresión con cautela, ya que no se trata de la codificación de textos normativos –típica de nuestro derecho continental– sino de una codificación de principios y soluciones jurisprudenciales. La expresión fue utilizada por la Comisión en su propuesta de Directiva de Servicios en el mercado interior (COM (2004) 12, de 13 de enero de 2004) y más recientemente por el Parlamento Europeo en su Resolución de 23 de mayo, sobre el impacto y las consecuencias de la exclusión de los servicios sanitarios de la Directiva de Servicios en el Mercado Interior (2006/2275/(INI)), publicada en *DOUE* el 23 de mayo de 2007. Entre nosotros DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, ha sido muy crítico respecto del papel de la Directiva en relación con la jurisprudencia del TJCE, y llega a señalar la “sensación de tergiversar la doctrina del Tribunal de Justicia”, que a su juicio le suscita la Directiva de Servicios, *vid.* “La Directiva de Servicios y la libertad de empresa”, en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 7, 2009, p. 61.

⁶¹⁰ Sobre el efecto directo de los arts. 49 y 56 (antes arts. 43 y 49), *vid.* la STJCE de 21 de junio de 1974, as. 2/74, *Reyners* (ap. 10). También la STJCE de 3 de diciembre de 1974, as. 33/74, *Van Binsbergen*, insiste en esta idea; así como la STJCE de 28 de enero de 1986, as. C-270/83, *Comisión/Francia* (ap. 13).

2.2 A PROPÓSITO DEL CONTENIDO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

2.2.1 Rasgos generales

Esta reflexión relativa al contexto –político de una parte y jurídico de otra– en el que se gestó y se aprobó la Directiva de Servicios es necesaria para distinguir, a su vez, los distintos planos que se contienen en la norma comunitaria. Planos que hay que señalar pues determinarán diferencias importantes en relación con las consecuencias que puedan tener para su eficacia y transposición al derecho interno.

Pues bien, desde esta perspectiva, podemos llegar al acuerdo de que en la Directiva de Servicios puede distinguirse:

- a) De un lado, una parte sustantiva, que consiste precisamente en la codificación de los criterios jurisprudenciales ya mencionados, y que vendría a coincidir con los capítulos III y IV de la Directiva de Servicios.
- b) De otra, un conjunto de obligaciones de carácter instrumental dirigido a los Estados miembros y que aluden, en definitiva, a un determinado modelo comunitario de gestión administrativa de creciente importancia.
- c) Una serie de previsiones tendentes a reforzar ciertas cautelas en el ámbito del Derecho de Consumidores y Usuarios, y dirigidas a mejorar la calidad de los servicios prestados desde esta perspectiva.
- d) Y finalmente, una serie de preceptos que atribuyen a la Comisión las oportunas potestades para supervisar y controlar el cumplimiento y adecuación de esta norma y que están vinculados a la correlativa imposición de deberes de información y colaboración que recaen sobre los Estados miembros. Se trata de potestades y obligaciones que suelen completar este tipo de regulaciones comunitarias, cuya eficacia normativa entiendo que es directa; el cumplimiento de este tipo de obligaciones recae sobre los Estados miembros, que deben dar cuenta de su cumplimiento a la Comisión y no ofrecen, en este sentido, particularidades respecto de otras normas que incorporan contenidos semejantes (FUENTEAJA, 2007: 444).

2.2.2 **Ámbito objetivo: carácter horizontal de la Directiva de Servicios**

Pero sin duda, la principal novedad de la Directiva de Servicios en el contexto del Derecho comunitario derivado, en materia de libertad de servicios y de libertad de establecimiento, es su carácter horizontal o transversal.

Este carácter transversal es en realidad el resultado del modo en el que la Directiva determinan su ámbito objetivo de aplicación. Así, la Directiva parte de la definición de servicios que recoge el propio Tratado en su art. 57 (antes 50), un concepto que ha quedado configurado, al decir de una parte importante de la doctrina y de la jurisprudencia, como un concepto-resto⁶¹¹. Esto es, como un concepto amplio, según el cual se consideran servicios las “prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas”.

Esta definición abierta de servicios que determina, como he dicho, el ámbito objetivo de aplicación de la Directiva (SALVADOR y VILLAREJO 2007: 53), se completa con una lista de servicios excluidos, algunos de ellos porque ya son objeto de regulación sectorial (banca, seguros, transportes, servicios postales, comunicaciones electrónicas, etc...), otros porque así se acuerda políticamente (piensen en el caso de los servicios no económicos de interés general o de los servicios sanitarios, que en la actualidad están pendientes de una Directiva específica, o los servicios de interés económico general) o bien por otras razones (caso de las actividades vinculadas al ejercicio de autoridad pública) (LINDE PANIAGUA, 2007: 38 y ss.)⁶¹².

⁶¹¹ Vid. en este sentido, MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.M., “El derecho de establecimiento”, en LÓPEZ ESCUDERO, M. y MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, J.M., *Derecho Comunitario Material*, McGrawHill, Madrid, 2000, p.124. PELLICER destaca el carácter “residual” de esta definición, vid. “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios en la Unión Europea”, en ILLIESCAS ORTIZ, R. y MOREIRO GONZÁLEZ, C.J., (dirs.) *Derecho Comunitario Económico (Volumen I). Las libertades fundamentales*, Colex, Madrid, 2001, p.163. CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ, hablan de “noción supletoria”, en “Mercado único europeo y libertades comunitarias”, en CALVO CARAVACA, L.A. y BLANCO-MORALES LIMONES, *Derecho europeo de la competencia*, Colex, Madrid, 2000.

⁶¹² Para el análisis del ámbito objetivo de aplicación de la Directiva de Servicios me remito al trabajo de DE LA QUADRA-SALCEDO SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T, “Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado interior”, en DE LA QUADRA-SALCEDO. T. (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 83-127.

Esta novedad que supone la aplicación de un criterio general más excepciones para determinar la aplicación de la norma comunitaria habrá de dar lugar, sin duda, a más de un problema interpretativo⁶¹³.

Por otro lado, es razonable pensar que este intento de la Directiva de Servicios por eliminar trabas y barreras en el sector de los servicios constituye un punto de partida de un proceso más amplio, que sólo el tiempo nos dirá hasta dónde puede llegar. Por tanto, estamos ante un proceso dinámico que manifiesta un marcado carácter progresivo. Así lo deja entrever la propia norma en su art. 41 cuando regula la cláusula de revisión (SALVADOR y VILLAREJO 2007: 58).

2.2.3 Contenido sustantivo: regulación de los procedimientos autorizatorios

El núcleo de la parte sustantiva es, sin duda, la “codificación” a la que antes se ha hecho referencia y que se refiere al contenido y alcance de los arts. 49 y 56 (antes 43 y 49) del Tratado. La Directiva incorpora una detallada regulación que afecta a la existencia de regímenes autorizatorios que condicionan el acceso y ejercicio tanto del establecimiento como de la prestación de servicios.

Pues bien, a partir de la Directiva de Servicios, y para el caso de los servicios que quedan dentro de su ámbito de aplicación, la propia existencia de este tipo de regímenes autorizatorios debe replantearse y ser evaluada a la luz del llamado “triple test”. Esto es: en primer lugar que el régimen autorizatorio no sea discriminatorio. En segundo lugar, que el objetivo perseguido no se pueda conseguir con una medida que sea menos restrictiva para el ejercicio

⁶¹³ Para salir al paso de esta situación, la Comisión Europea publicó un “Manual para la transposición de la Directiva de Servicios”. Prueba de esta dificultad son, por ejemplo, las recientes SSTJCE de 11 de septiembre de 2007, as. C-318/05, *Comisión/Alemania* y C-76/05, *Herbert Schwarz*, que no descartan la inclusión de “las actividades prestadas por los colegios privados gestionados como empresas con fin de lucro dentro de la aplicación de la libertad de servicios” (ap. 30). Con esta interpretación se abre la puerta a la posible extensión de las libertades de prestación y establecimiento a los servicios de enseñanza, lógicamente, habrá que ver en qué circunstancias, como ya ha ocurrido anteriormente con los servicios médicos y sanitarios, y el reconocimiento de la que la que ya se conoce como “libertad de circulación del paciente”. Sobre el particular, destacan las SSTJCE de 12 de julio de 2001, as. C-157/99, *Smits y Peerbooms*, de 12 de julio de 2001, as. C-368/98, *Vanbraekel y otros*, de 13 de mayo de 2003, as. C-385/99, *Müller-Fauré y van Riet*, de 23 de octubre de 2003, as. C-56/01, *Inizan*, y de 16 de mayo de 2005, as. C-372/04, *Watts*.

de la libertad y, en tercer lugar, que la necesidad de esa autorización esté justificada en una “razón imperiosa de interés general”.

La determinación de qué sea *razón imperiosa de interés general*, se convierte en la clave del arco del modelo comunitario impulsado por la Directiva de Servicios (SALVADOR y VILLAREJO 2007: 59). La norma comunitaria define qué son “razones imperiosas de interés general” (art. 4.8 Directiva de Servicios) y afirma que son “las razones reconocidas como tal en la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia”. En concreto, menciona las siguientes: el orden público; la seguridad pública; la protección civil; la salud pública; la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social; la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores; las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales; la lucha contra el fraude; la protección del medio ambiente y el entorno urbano; la sanidad animal; la propiedad intelectual e industrial; la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional; y los objetivos de la política social y cultural.

Cabe plantearse si se trata o no de una lista cerrada y si es susceptible de ser ampliada según se vaya desarrollando la Jurisprudencia comunitaria. Entiendo que se trata de una lista abierta, a la que en un futuro podrán incorporarse quizá otros supuestos⁶¹⁴. Con todo hay que recordar que hay algunas razones, alegadas por los Estados miembros, que ya han sido rechazadas por el Tribunal de Justicia. Es el caso de ciertos objetivos de carácter económico como, por ejemplo, “la protección de empresas nacionales”, o “la protección del interés financiero de un Estado miembro”⁶¹⁵.

En el supuesto de que se valore necesaria la existencia de un régimen de autorización⁶¹⁶ la Directiva exige además que cualquier requisito al que se someta su otorgamiento sea también evaluado a la luz del triple test.

⁶¹⁴ De hecho la lista del art. 4.8 DS no coincide con los supuestos citados a su vez por el considerando 40 de la propia Directiva, que menciona otros supuestos. La jurisprudencia comunitaria ya ha reconocido otros anterior y posteriormente a la DS. Sobre este particular *vid.* la jurisprudencia citada en el nota, en SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios...”, cit. p. 50.

⁶¹⁵ *Ibidem*, p. 51.

⁶¹⁶ La DS define qué sea autorización de modo amplio. Así, según el art. 4.6 DS, podrá serlo “cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio”.

Se exige además que dichos requisitos habrán de ser claros, inequívocos, objetivos, transparentes, accesibles y hechos públicos con antelación... (art. 10.2 DS).

Y esto no es todo. El establecimiento de ciertos requisitos queda taxativamente prohibido en la Directiva (art. 15 DS). Entre estos, el que más problemas plantea desde la perspectiva de la distribución comercial es la llamada prueba económica⁶¹⁷; aunque no es el único, puesto que también la participación de los competidores en los procedimientos de autorización, aunque sea como consulta, es también requisito prohibido (art. 15. 6 DS).

El resultado final de esta regulación va a suponer a mi juicio un replanteamiento profundo de las actividades de ordenación económica (FERNÁNDEZ, T.R., 2007: 197).

De hecho la Directiva de Servicios, al contemplar y regular el fenómeno de la autorización, va bastante más allá de los criterios materiales que acabo de exponer.

Quizá lo que más sorprende cuando uno se acerca a estudiar el contenido de esta norma comunitaria sean las implicaciones que ésta puede llegar a tener en la regulación del procedimiento administrativo. Así, y entre otros, tendrá implicaciones en el establecimiento de plazos *razonables* (art. 13.3 DS); en la determinación de procedimientos y trámites que no sean *disuasorios* y que no obliguen a hacer gastos desproporcionados (art. 13.2 DS); en el silencio administrativo, que con carácter general habrá de tener sentido estimatorio, (art. 13.4 DS), en el derecho a recibir acuse de recibo “lo antes posible”, incluida la información que dicha comunicación debe contener (art. 13.5 DS), en la subsanación de errores (art. 13.6 DS), en la obligación de comunicar “lo antes posible” el no otorgamiento de la autorización (art. 13. 7 DS) (SALVADOR y VILLAREJO, 2007: 61-63 y LINDE PANIAGUA, 2007:95 y ss.).

La mayoría de estas exigencias forman parte de nuestro Derecho administrativo de procedimiento desde la vieja Ley de 1958. Pero en otros casos, y al

⁶¹⁷ Es decir, someter el otorgamiento de una autorización a una prueba de que existe una demanda o necesidad en el mercado correspondiente (*vid.* art. 15.5 DS).

menos para la regulación de los servicios que entran dentro del ámbito de aplicación de la Directiva, ya se ha planteado la necesaria adaptación. Destacan en este sentido las modificaciones de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común que se han aprobado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, conocida como *Ley Ómnibus*. Algunas de estas modificaciones –regulación de las declaraciones responsables o de las comunicaciones previas– eran sin duda pertinentes⁶¹⁸. Otras sin embargo –el silencio, por ejemplo–, o se han excedido o se han quedado cortas; en todo caso han carecido de la necesaria coherencia (RIVERO ORTEGA, 2009 b: 84-85).

2.2.4 Otros contenidos. En particular, la simplificación administrativa

Junto a este contenido sustantivo, cuyas novedades más significativas he querido recoger de modo esquemático, la Directiva de Servicios incorpora otra parte, que llamo, “instrumental”, y que se caracteriza por pretender establecer y generalizar un determinado modelo de gestión de los asuntos públicos.

Se trata de un modelo guiado por criterios de eficacia y transparencia y que no es nuevo en el contexto de las políticas comunitarias. En esta parte de la Directiva se sitúan los preceptos que hacen mención a la simplificación administrativa (art. 5 DS), al establecimiento de ventanillas únicas (art. 6 DS), al uso de medios electrónicos (art. 8 DS) y a la adopción de mecanismos de cooperación entre los Estados miembros, mediante el establecimiento de obligaciones de asistencia recíproca entre Estados Miembros (arts. 28 y ss. DS).

Este tipo de instrumentos no son nuevos ni sorprenden si tenemos presente la política comunitaria sobre servicios al ciudadano y los sucesivos “Planes de

⁶¹⁸ LOZANO CUTANDA, B., “Ley Ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable u comunicación previa”, en *Diario La Ley*, núm. 7339, Sección Tribuna, 10 feb. 2010.

Acción sobre la Administración Electrónica" que se vienen impulsando desde Bruselas (VILLAREJO, 2007: 55 y ss.). Por otro lado la adopción de medidas de cooperación y de obligación de asistencia recíproca son normales en procesos comunitarios de armonización (FUENTEAJA, 2007: 384 y ss.). Se trata, además, de instrumentos de gestión administrativa que ya vienen siendo impulsados por las propias Administraciones Públicas españolas en su proceso de adaptación a la realidad tecnológica y social que supone la incorporación de las nuevas tecnologías⁶¹⁹ en el arranque del s. XXI.

3. La libertad de empresa a la luz de la Directiva de Servicios

3.1 UNA VISIÓN PANORÁMICA DE LA CONSIDERACIÓN E INTERPRETACIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN LA CONSTITUCIÓN

La interpretación del art. 38 CE que "reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado", además de establecer que "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", ha venido suscitando desde hace años un marcado interés doctrinal. Un interés acrecentado por la compleja –y a veces confusa– jurisprudencia constitucional que ha intentado aclarar el alcance y contenido de este precepto. De otro lado, la profunda transformación de la realidad económica y social de los últimos treinta años es también un factor relevante a la hora de aproximarse a la interpretación del contenido e implicaciones de este precepto.

Por otra parte no puede obviarse que el problema de la interpretación del art. 38 de la CE no es una cuestión que se presente de modo aislado. Antes al contrario. El art. 38 de nuestra norma fundamental, por el que se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, se presenta

⁶¹⁹ Para una visión general del fenómeno, *vid.* GAMERO CASADO, E., "El Derecho Administrativo ante la era de la Información" en, GAMERO CASADO, E., y VALERO TORRIJOS, J. (coords.) *La Ley de Administración electrónica*, Ed. Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008.

como uno de los elementos fundamentales del modelo económico recogido en la Constitución⁶²⁰.

La interpretación sistemática de la norma suprema exige considerar que este precepto se inserta en el marco del Estado social y democrático de Derecho, al igual que el resto de las libertades. El art. 128, que habilita a los poderes públicos para intervenir en la economía, comparte con el art. 38 protagonismo en la determinación del modelo económico. Otras cláusulas constitucionales también tienen su correspondiente papel, como señaló S. MARTÍN-RETORTILLO⁶²¹. Pues bien, en la medida en que esto es así y en el contexto de la discusión –no cerrada⁶²²– de cuál sea ese modelo, es como hay que entender las reflexiones que aquí se recogerán acerca de la interpretación de este precepto.

⁶²⁰ La doctrina ha reflexionado extensamente sobre este particular, no sólo en los primeros momentos posteriores a la aprobación de la Constitución, también con posterioridad, al hilo de los sucesivos cambios normativos que han ido produciéndose y que han ido iluminando la comprensión de nuestro modelo económico. La bibliografía es extensa, pero sirva como referencia general, la siguiente: el volumen colectivo, dirigido por GARRIDO FALLA, F., *El modelo económico en la Constitución Española*, ed. Instituto de Estudios Económicos, Madrid, 1981; FONT GALÁN, J.I., "Notas sobre el modelo económico de la Constitución española de 1978", en *RDM*, núm. 152, 1979, pp. 205-239; ALONSO UREBA, A., *La empresa pública. Aspectos jurídico constitucionales y de derecho económico*, ed. Montecorvo, Madrid, 1985; MARTÍN-RETORTILLO, S. *Derecho Administrativo económico*, vol. 1, 2ª ed., ed. La Ley, Madrid, 1991; GIMENO FELIU, J.M., "Sistema económico y derecho a la libertad de empresa versus reservas al sector público de actividades económicas", *RAP*, núm. 135, 1994, pp. 149-212; ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de Derecho Público económico. Modelo de Estado, Gestión Pública, Regulación económica*, ed. Marcial Pons/Idelco, Madrid, 1999; ARAGÓN REYES, M., *Libertades económicas y estado social*, ed. McGraw-Hill Madrid, 1995. Más recientemente, puede verse, entre otros, FERNÁNDEZ FARRERES, G., "Reflexiones sobre el principio de subsidiariedad y la administración económica", en *Estudios de derecho público económico: libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 165-184; en esta misma obra colectiva, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., "La *publicatio* de recursos y servicios", pp. 687-718, así como MUÑOZ MACHADO, S. "Los límites constitucionales de la libertad de empresa", pp. 139-164; ARROYO JIMÉNEZ, L. *Libre empresa y títulos habilitantes*, ed. CEPC, Madrid, 2004; CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, ed. Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2006; ESTEVE PARDO, J. "La regulación de la economía desde el Estado garante", en *Publicaciones de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, ed. Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2007, pp. 79 y ss.; GARCÍA ALCORTA, J. *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*, ed. Atelier, Barcelona, 2008. De última aparición MUÑOZ MACHADO, S. "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (dirs.) *Derecho de la Regulación económica. I Fundamentos e Instituciones de la regulación*, ed. Lustel, Madrid, 2009, pp. 15-243.

⁶²¹ *Vid. Derecho Administrativo económico*, cit., pp. 77 y ss.

⁶²² Muestra de que la reflexión sobre el contenido e implicaciones de la libertad de empresa está todavía abierta, es el artículo publicado por PAREJO ALFONSO, L. "La desregulación...", cit. p. 38. En la misma línea se expresa DE LA QUADRA-SALCEDO, T., "La Directiva de Servicios y la libertad de empresa", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 2009, núm. 7, pp. 42-61. EN sentido contrario se han manifestado FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., "La larga marcha por la libertad de empresa", en *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios, XXV Edición del Libro Marrón*, ed. Círculo de Empresarios, Madrid, 2009, pp. 161-184 y LAGUNA DE PAZ, J.C. "La Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes", en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, núm. 6, 2009, pp. 42-51.

Sin duda, el acontecimiento jurídico-político de la incorporación de España a la Unión Europea (en 1986, a la Comunidad Económica Europea) condiciona todo análisis. No ya en aquella fecha de la incorporación, que por supuesto: también lo hace con ocasión de la actividad normativa derivada de las instituciones comunitarias y en concreto, lo hace la transposición de la Directiva de Servicios, norma que es fiel reflejo de aquel marco normativo al que nos adherimos⁶²³. La formulación explícita en el Tratado de Roma de las libertades económicas básicas –de circulación de bienes, personas y capitales, así como la de servicios y su establecimiento– y la incisiva interpretación que de su contenido y alcance ha hecho el Tribunal de Justicia, ha permitido iluminar y aportar nuevas perspectivas a alguno de los contenidos económicos que estaban insertos en nuestro texto constitucional.

La evolución más reciente del Derecho comunitario –y la Directiva de Servicios que nos ocupa es buena muestra de ello– se configura como un dato de primer orden para entender hoy qué papel tienen reservado los ciudadanos y sus empresas, en el ejercicio de su libertad de empresa, y cuál es el papel de los poderes públicos –legislativo, ejecutivo y judicial– en relación a ellos y a la sociedad en su conjunto. ¿Qué papel tiene reservada la Ley en relación con la libertad de empresa⁶²⁴? ¿Qué espacio les queda a las Administraciones Públicas? ¿Cuál es el ámbito de control que pueden ejercer los jueces y tribunales? La reflexión sobre el alcance y contenido del derecho a la libertad de empresa es también, en definitiva, la reflexión sobre el espacio en el que pueden moverse constitucionalmente los límites a dicho derecho⁶²⁵.

Superada y completada la tesis de la libertad de empresa como garantía institucional, mayoritariamente, la doctrina acepta que el art. 38 contiene el reconocimiento de un derecho fundamental: el derecho a la libertad de empresa que, si bien no se encuentra amparado por la protección jurisdiccional reforzada con la que la CE ha dotado a otros derechos fundamentales –los de la

⁶²³ Desde una perspectiva muy crítica, *vid.* PAREJO ALFONSO, L. “La desregulación...”, *cit. in extenso*.

⁶²⁴ Art. 38 en relación con el art. 53.1 CE.

⁶²⁵ CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, *cit.* pp. 270 y ss. y LÓPEZ-JURADO, F.B. y GÓMEZ MONTORO, A.J., “Los principios constitucionales referidos al ordenamiento energético español”, AA.VV., *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico, Tomo I, Aspectos jurídicos*, ed. Iberdrola/Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2009, p. 59.

sección 1ª del capítulo II, del título I–, no por ello pierde su condición de derecho subjetivo⁶²⁶. Con todo, la cuestión no reside tanto en este reconocimiento cuanto en la determinación de su contenido esencial –indisponible por el legislador en virtud del art. 53.1CE– como en la determinación de la constitucionalidad de sus límites⁶²⁷. Los límites a la libertad de empresa hay que situarlos –al igual que ocurre para la reflexión sobre los límites del resto de derechos fundamentales reconocidos en la CE– en la propia Constitución. En primer término en la formulación de otros derechos fundamentales. Así por ejemplo podría justificarse en el derecho a la vida, junto con el principio rector de protección de la salud, la prohibición de comercializar ciertas sustancias. O la referencia a la dignidad de la persona justifica la no consideración de la prostitución como actividad mercantil. En definitiva, la concurrencia de estos otros derechos justificará en su caso la existencia de limitaciones, incluso, como se ha dicho, de prohibiciones a la libertad de empresa. Por otra parte, el propio art. 38 menciona límites intrínsecos: el propio marco de la economía de mercado que conecta en la práctica con la defensa de la competencia y las limitaciones a la libertad de empresa que de ella se derivan⁶²⁸; así como las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación. Ciertamente estos límites dan lugar a situaciones y regulaciones que afectan o condicionan la libertad de empresa con distintos grados de intensidad⁶²⁹.

Además de la interferencia de otros derechos fundamentales, en el desarrollo legislativo del art. 38 CE tendrán particular incidencia los condicionamientos y limitaciones que puedan, en su caso, ser el resultado de las políticas destinadas a hacer efectivo el cumplimiento de los principios de la política económica y social y la consideración de otros bienes constitucionalmente protegidos. Así, es significativo y creciente el papel que está teniendo el vector medioambiental (art. 45 CE) que condiciona intensamente el ejercicio de

⁶²⁶ Sin que pueda quedar desvirtuado por su condición de garantía institucional, *vid.* LÓPEZ-JURADO, F.B. y GÓMEZ MONTORO, A.J., “Los principios constitucionales...”, cit. p.56, y CIDONCHA, A., *La libertad de empresa*, cit., pp. 176-177.

⁶²⁷ LÓPEZ-JURADO, F.B. y GÓMEZ MONTORO, A.J., “Los principios constitucionales...”, cit. p. 59.

⁶²⁸ Esta es la perspectiva de GARCÍA ALCORTA, J. *La limitación de la libertad de empresa...*, cit.

⁶²⁹ En este sentido hay que interpretar la exposición que hace MARTÍN-RETORTILLO, a las distintas técnicas de intervención, en *Derecho administrativo económico*, cit. pp. 191-192.

la libertad de empresa en el caso de sectores económicos de carácter industrial o comercial susceptibles de afectar al medio ambiente⁶³⁰. También es relevante el creciente papel del derecho en materia de protección de consumidores y usuarios, que afecta a una parte no pequeña de las relaciones jurídicas que entablan las empresas con sus clientes. Regulaciones que, en todo caso, encuentran como límite indisponible el núcleo esencial del derecho a la libre empresa. Libertad de inicio de la actividad económica, libertad a sostener esta actividad, libertad de cesación: estos tres elementos han venido *grosso modo* a identificar ese núcleo esencial⁶³¹.

Por su parte, el art. 128 contiene la más intensa habilitación a los poderes públicos a la hora de interferir en el derecho a la libertad de empresa, pues contempla, además de la referencia general al sometimiento de toda la riqueza nacional al interés general, la posibilidad de que, para ciertos recursos o servicios *esenciales* y cuando así lo exija dicho interés general, la Ley pueda acordar su *publicatio* o reserva, medida por la que dicho recurso o servicio pasa a ser de titularidad pública y, por tanto, queda excluida del sistema de mercado, pasando a ser su prestación responsabilidad pública. Con todo, no se trata de una habilitación que la Constitución haya formulado de modo ilimitado⁶³². Su límite fundamental radica en determinar qué sean servicios o recursos esenciales⁶³³, pues ciertamente no cualquiera tendrá tal consideración y, de nuevo, en la ponderación del *interés general* concurrente. Por otra parte, la garantía del derecho fundamental a la libertad de empresa en el caso de *publicatio* de un recurso o servicio que se viniera prestando exigirá, como bien señaló MARTÍN-RETORTILLO, la puesta en marcha de la garantía patrimonial del instituto expropiatorio⁶³⁴.

⁶³⁰ Que coincide también con las políticas comunitarias medioambientales. *Vid.* en este sentido LAGUNA DE PAZ, J.C. "La Directiva de Servicios...", p. 43 al hacer mención a las razones vinculadas a la *protección del medio ambiente* mencionadas por la Directiva de Servicios, tanto en la relación de razones imperiosas de interés general como en el art. 16.3 de esta norma.

⁶³¹ *Vid.* CIDONCHA, A., *La libertad de empresa...* cit. p. 314.

⁶³² Así lo expone MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho administrativo económico*, cit. pp. 251 y ss.

⁶³³ Sobre el particular, me remito a *in extenso* a MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., "La *publicatio* de recursos y servicios", cit., pp. 687-718.

⁶³⁴ *Vid.*, *Derecho administrativo económico*, cit. pp. 255-258.

La clave, insisto, al igual que en el resto de los derechos fundamentales, reside en la aplicación del principio de proporcionalidad, parámetro constitucional para delimitar el espacio que corresponde a cada uno de los intereses en juego. El papel arbitral que en este punto le ha tocado jugar al TC se ha solventado, caso por caso, suscribiéndose a la teoría relativa, sin alcanzar a aportar criterios suficientemente clarificadores⁶³⁵. Y lo que es más delicado, incurriendo, quizá, en el riesgo de vaciar o desnaturalizar el propio contenido esencial de la libertad de empresa⁶³⁶.

Este es, de modo resumido, el panorama en el que se encontraba la doctrina española y la jurisprudencia constitucional, cuando en diciembre de 2006 se aprobó la Directiva de Servicios y comenzó el plazo para incorporarla a nuestro ordenamiento.

3.2 EFECTOS DEL MODELO DE TRANSPOSICIÓN SOBRE LA CONSIDERACIÓN DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

Una vez completada la fase previa de identificación y evaluación de los sectores, regulaciones y procedimientos susceptibles de ser afectados por la transposición de la Directiva de Servicios –fase en la que se han visto involucradas todas las Administraciones Públicas– el 27 de marzo de 2009 el Gobierno remitió a las Cortes el proyecto de Ley sobre Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. La Ley ha sido finalmente aprobada y publicada bajo el título anterior, como Ley 17/2009, de 23 de noviembre, aunque ya desde su tramitación esta iniciativa viene conociéndose como *Ley Paraguas*.

⁶³⁵ Vid. en este sentido, LÓPEZ-JURADO, F.B. y GÓMEZ MONTORO, A.J., “Los principios constitucionales...”, cit. pp. 61-62 y CIDONCHA, A., *La libertad de empresa...* cit. pp. 315 y ss. Por su parte, DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T, propone aplicar a la libertad de empresa el test de racionalidad frente al más estricto test de proporcionalidad, vid. “La Directiva de Servicios y la libertad de empresa”, cit. p. 51.

⁶³⁶ Así lo expresa ARIÑO ORTIZ, G. *Principios de Derecho Público económico*, ed. Marcial Pons/Idelco, Madrid, 1999, p. 230.

Para comprender el significado que va a tener esta norma es interesante conocer qué ha dicho el Consejo de Estado al respecto en su Dictamen emitido al efecto. Ayuda a comprender algunas de las implicaciones de la que va a ser, ya es, una importante Ley.

La primera cuestión destacable tiene que ver con el método elegido para transponer. El Gobierno ha puesto en marcha un sistema en dos pasos o niveles⁶³⁷. En primer lugar, ha promovido la aprobación de esta Ley de carácter transversal, que habrá de venir seguida por una Ley de medidas⁶³⁸ cuyo contenido recoge las modificaciones de cuantas normas estatales han sido evaluadas e identificadas y para las que es exigible, desde la perspectiva de la norma comunitaria, su modificación. El Consejo de Estado pone de manifiesto que el método de transposición de la Directiva de Servicios no tenía por qué haber sido necesariamente éste, pudiéndose haber actuado sólo en el segundo nivel; esto es, en el de las modificaciones sectoriales⁶³⁹.

Este enfoque metodológico da lugar a lo que el Consejo de Estado ha calificado como “transposición parcial” que, a pesar de no ser legalmente objetable, da como resultado una “peculiar forma de incorporación del Derecho comunitario a nuestro ordenamiento que *puede provocar distorsiones*, tanto desde la perspectiva de la transposición de la misma Directiva, como desde la de su incidencia en nuestro Derecho interno”⁶⁴⁰.

Por su contenido, la Ley 17/2009, de 23 de noviembre sobre libre acceso y ejercicio a las actividades de servicios –cuyo articulado coincide en gran medida con la transcripción de los preceptos de la Directiva de Servicios– es, según el Consejo de Estado, una *disposición con escasa virtualidad normativa y que no despliega plenamente sus efectos*. Muchos de sus preceptos contienen meras proposiciones descriptivas o desiderativas, sin fuerza normativa

⁶³⁷ Así se ha referido el Consejo de Estado al método elegido por el Gobierno para transponer la Directiva de Servicios, *vid. Dictamen 99/2009*, p. 19.

⁶³⁸ Aunque el Gobierno ha evitado utilizar esta expresión (“Ley de medidas”) posiblemente por sus connotaciones políticas, lo cierto es que nos encontramos ante una verdadera Ley de estas características.

⁶³⁹ *Ibidem*, p. 19. Esta crítica la sostiene también PAREJO ALFONSO, L. “La desregulación...”, cit. p. 39.

⁶⁴⁰ *Ibidem*, p. 20.

inmediata. En muchos de ellos, se opta por establecer y fijar objetivos, algo que es más propio de un instrumento normativo finalista, como es el caso de la propia Directiva, que de una Ley. Tal es así que dichos preceptos más parecen una segunda exposición de motivos que el articulado de una Ley⁶⁴¹. Habrá de dar lugar a lo que PAREJO ALFONSO ha denominado acertadamente como “el proceso de ejecución de la ejecución”⁶⁴².

Por otra parte, para el Consejo de Estado, el método elegido por el Gobierno en su primer paso o nivel resulta incompleto desde la perspectiva de la transposición de la Directiva de Servicios. Puede decirse que la Ley 17/2009, por sí misma, no adapta una sola regulación concreta, ni elimina una sola traba o barrera, siendo imprescindible y urgente completar la segunda fase, mediante la que viene conociéndose como *Ley Ómnibus*⁶⁴³. Ello sin contar las necesarias modificaciones autonómicas y locales.

Por otra parte, y al margen de las *Ley Paraguas* y *Ómnibus* otra norma estatal de modo incipiente adaptó algunas de las previsiones de la norma comunitaria. En concreto y de modo significativo, la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, mencionaba ya la Directiva de Servicios en su Exposición de Motivos, y justificaba en ella y en el marco de la política comunitaria sobre “*Una sociedad de la Información para Europa*”, sus arts. 6, 7 y 8, relativos a los derechos de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos⁶⁴⁴.

Con todo, el medida estrella es, sin duda, la *Ley Ómnibus*, publicada como Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Su contenido, como ya se ha señalado, responde al modelo de “ley

⁶⁴¹ Con esta dura crítica se expresa el Consejo de Estado en su Dictamen, *ibidem*, p. 21.

⁶⁴² *Vid.* “La desregulación..”, cit. p. 39.

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 21. Para MUÑOZ MACHADO la norma “paraguas” es un “remedo de transposición de la Directiva porque se limita prácticamente a reproducir su contenido (...) El asunto es preocupante porque dicha regulación general, que es la misma de la Directiva, es totalmente inadecuada para reproducir el efecto de eliminación de barreras que la disposición europea exige”, *vid.*, “Ilusiones y conflictos ...”, cit., p. 322.

⁶⁴⁴ *Vid.* VILLAREJO GALENDE, H., “La simplificación administrativa...”, cit., p. 72 y ss. y GONZÁLEZ NAVARRO, F. “Hacia la implementación de un sistema global de acceso electrónico a las Administraciones públicas españolas”, *RJN*, núm. 43, 2007, pp. 118-119.

de medidas" y con ella se completa la primera fase de la transposición a la que me he referido anteriormente.

No obstante, hay que indicar que no todas las adaptaciones sectoriales de la normativa estatal exigibles como consecuencia de la transposición de la Directiva de Servicios están incluidas en la *Ley Ómnibus*. Singularmente ha quedado fuera la adaptación de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista, que se tramita como proyecto de Ley propio. La transposición del que sin duda es el sector aparentemente más afectado por la Directiva de Servicios, parece que va a discurrir por otros derroteros. A nadie se le escapa el complejo equilibrio de poderes públicos e intereses económicos que confluyen en este sector⁶⁴⁵. Este retraso resulta, además, particularmente complejo, por cuanto que la mayoría de las CCAA se ha adelantado al Estado adaptando sus correspondientes normativas⁶⁴⁶.

Otra de las matizaciones necesarias relativas al contenido de la *Ley Ómnibus* es que excede, y mucho, las exigencias que se derivan de la Directiva de Servicios, habiéndose incluido entre las normas cuya modificación se pretende algunas que regulan sectores expresamente excluidos de la Directiva de Servicios. Bien es cierto que desde el punto de vista del ejercicio constitucional de la potestad legislativa esto no es un problema.

Como puede percibirse a primera vista, la extensión –la *Ómnibus* modifica más de 40 leyes estatales– la complejidad y la especialización de los problemas jurídicos que esta norma comunitaria está planteando son más que relevantes.

3.3 ALGUNOS INTERROGANTES A PROPÓSITO DEL MODO DE TRANSPONER LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

Una vez descrito el modo en que se ha transpuesto la Directiva de Servicios –en particular, la opción por aprobar una Ley estatal de carácter transversal cuyo contenido coincide en gran parte con el texto de la norma comunitaria–,

⁶⁴⁵ Sobre el particular me remito a SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., (2007) "La Directiva de Servicios...", cit.

⁶⁴⁶ Como así ha ocurrido en Castilla y León, en el art. 4 del Decreto-ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios.

mencionaré alguno de los problemas que, a mi juicio, este método plantea, en particular, desde la perspectiva de la libertad de empresa.

Empezaré señalando que la polémica doctrinal que ha suscitado la Directiva de Servicios entre nosotros, a mi juicio, hubiesen sido diferente o se hubiera planteado en otros términos de haberse elegido otro sistema de adaptación al Derecho español.

Además, hay que tener en cuenta que con la aprobación de la *Ley Paraguas*, tampoco se ha conseguido el efecto útil de la Directiva de Servicios⁶⁴⁷, que no es otro que la modificación de todas y cada una de las regulaciones que, una vez analizadas, se ve que son susceptibles de entrar en conflicto con aquella. Sólo este último modo de proceder eliminará las trabas y barreras a las que se aludía en el informe de la Comisión que dio origen a esta norma y abrirá paso a una mayor competitividad en el mercado interior de los servicios. Este efecto sí se consigue en el ámbito estatal con la aprobación de la *Ley Ómnibus*, sin perjuicio de los necesarios complementos reglamentarios que previsiblemente la completaran. En Castilla y León el instrumento por el que se ha optado es el Decreto-ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios, que también requerirá su correspondiente complemento reglamentario.

Con todo, la *Ley Paraguas*, a mi juicio, abre más incógnitas que resuelve problemas, en particular desde la perspectiva de su incidencia sobre la interpretación de la libertad de empresa.

3.3.1 De su impacto sobre la interpretación del contenido del art. 38 CE

Como se ha visto, desde la perspectiva de la libertad de empresa, el núcleo de la discusión jurídica relativa al art. 38 y al derecho a la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado se centra en la determinación de cuál sea su contenido esencial. Las respuestas a esta cuestión exigen el aná-

⁶⁴⁷ El propio CONSEJO DE ESTADO, ha dicho en el *Dictamen 99/2009, de 18 de marzo de 2009, sobre el anteproyecto de Ley sobre Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, p. 21, que la Ley proyectada “no despliega plenamente sus efectos” sobre la normativa afectada. Así lo señala también MUÑOZ MACHADO, S. “Ilusiones y conflictos...”, cit., p. 322.

lisis del caso concreto⁶⁴⁸ y encuentran su fundamento en el principio de proporcionalidad⁶⁴⁹. Sólo para cada supuesto concreto puede alcanzarse la verdadera ponderación de intereses en juego.

Hasta la fecha, la regulación del acceso, ejercicio y en su caso cesación –núcleo del contenido esencial de la libertad de empresa– ha sido fundamentalmente objeto de desarrollo mediante leyes, estatales o autonómicas, de carácter sectorial⁶⁵⁰. Pues bien, la particularidad de la *Ley Paraguas* reside precisamente en que propone una regulación general y horizontal que afecta al contenido esencial del derecho a la libertad de empresa, en particular cuando recoge la libertad de establecimiento de los prestadores (art. 4.1 de la Ley 17/2009), y contempla la autorización para dicho acceso como situación excepcional, autorización que en todo caso no podrá ser discriminatoria por razón de la nacionalidad, tendrá que estar justificada en una razón imperiosa de interés general y deberá haber superado el parámetro de la proporcionalidad; esto es, que no pueda obtenerse la finalidad perseguida por la autorización mediante otros mecanismos menos restrictivos (por ejemplo, mediante una comunicación o declaración responsable⁶⁵¹).

¿Qué supone esta opción del legislador desde la perspectiva de la determinación del contenido esencial del art. 38 CE?

A primera vista, podría pensarse que la incorporación de este régimen –copiado del recogido en la Directiva de Servicios en sus arts. 9.1 y

⁶⁴⁸ Vid. SSTC 225/1993, de 8 de julio, 227/1993, de 9 julio, 192/2003, de 27 de octubre, 112/2006, de 5 de abril, entre otras.

⁶⁴⁹ Vid. MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo económico*, cit. p. 195.

⁶⁵⁰ Únicamente el grupo normativo relativo a las normas de defensa de la competencia –LDC y LCD– contempla los límites a la libre empresa con carácter transversal. Indirectamente, la licencia municipal de actividades (art. 84 LBRL) o las licencias urbanísticas, también municipales, inciden en la libertad de ejercicio de actividades económicas con una perspectiva horizontal. Vid. en este sentido MARTÍN-RETORTILLO, S., *Derecho Administrativo económico*, cit. p. 196- 199. Por su parte GARCÍA ALCORTA menciona las medidas tributarias como limitaciones –que serían también horizontales– a la libertad de empresa, *La limitación de la libertad de empresa...*, cit. pp. 116-118. También habría que añadir el control de las autorizaciones medioambientales, bien es cierto que con un carácter limitado al caso de las actividades industriales susceptibles de provocar efectos contaminantes.

⁶⁵¹ La regulación de estas nuevas figuras ha quedado regulada con carácter básico y general en el nuevo art. 71 bis de la LRJPAC, artículo que ha incorporado la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, *Ley Ómnibus*.

16.1⁶⁵²— con carácter explícito y transversal supone una novedad normativa importante, debido a su vocación de aplicación general⁶⁵³. Sin embargo un estudio más detallado obliga a matizar esta primera impresión.

Aunque ciertamente sí es novedad una Ley horizontal que hace mención expresa de los principios de *favor libertatis* y de proporcionalidad, ello no supone a mi juicio una novedad sustantiva⁶⁵⁴. Dichos principios operan y son vinculantes en nuestro ordenamiento jurídico no sólo en relación con la libertad de empresa, sino en relación con la regulación de cualquier otra libertad constitucional⁶⁵⁵. Es cierto, sin embargo, que su incorporación explícita a una norma con rango de Ley reforzará la seguridad jurídica y el reconocimiento de dichos principios, en particular en relación con la libertad de empresa, así como la posibilidad de ser alegados como argumento jurídico, respecto de la paradójica situación actual que venía utilizando como argumento “normativo” la mención al art. 6.2 del RSCL⁶⁵⁶. Con todo, insisto,

⁶⁵² Sobre el régimen de autorización de establecimiento y de servicios en la Directiva de Servicios, puede verse LINDE PANIAGUA, E., “Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, *La Directiva relativa a los servicios en el Mercado Interior (La Directiva Bolkenstein)*, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, ed. UNED y Colex. Madrid, 2008; FORTES MARTÍN, A. “La libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en el mercado interior bajo el nuevo régimen de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre”, en DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (dir.), *El mercado interior de servicios...* cit., pp. 129-171. También, SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., “La Directiva de Servicios...”, cit., pp. 59 y ss.

⁶⁵³ Para algunos como PAREJO ALFONSO no se trataría sólo de una novedad, esta innovación iría más allá, incluso la califica como “mutación del orden constitucional”, *vid.* “La desregulación de los servicios...”, cit. p. 38. Esta expresión la utiliza también DE LA QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T., “La Directiva de Servicios y la libertad de empresa”, cit. p. 60. También MUÑOZ MACHADO, retoma el concepto de “mutación constitucional”, aunque en su caso por elevación; esto en relación con todo el proceso de asunción del derecho comunitario, del que la Directiva de Servicios no sería sino un capítulo más, *vid.*, “Ilusiones y conflictos derivados...”, cit. pp. 304-305.

⁶⁵⁴ En este sentido, comparto con LAGUNA DE PAZ, J.C. “La Directiva de Servicios...”, cit. p. 44 la necesidad que plantea de matizar algunas afirmaciones vertidas acerca de las implicaciones de la Directiva, que habla de “una nueva relación entre administrador y administrado”. Ciertamente, la novedad no es para tanto.

⁶⁵⁵ *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A., *Principios de Derecho Administrativo general*, vol. II, ed. Iustel, Madrid, 2004, p. 252. En el mismo sentido, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ, T.R., *Curso de Derecho Administrativo*, vol. II, 7ª ed., 2ª reimp., ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 114-117.

⁶⁵⁶ El Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, ha modificado ligeramente el Reglamento de servicios de las corporaciones locales, aprobado en su momento por el Decreto de 17 de junio de 1955 con objeto de adaptarlo a las previsiones de las leyes estatales de transposición de la Directiva de Servicios, la *Paraguas* y la *Ómnibus*, esta última especialmente en la medida en que ha modificado la LBRL. No obstante esta reforma no ha afectado al precepto citado en texto.

que a mi juicio, este contenido –central en la *Ley Paraguas*– no aporta materialmente una regulación novedosa, desde la perspectiva constitucional, y en particular desde el momento en que España se adhirió a la entonces Comunidad Económica Europea, hoy Unión Europea.

Como han señalado E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ “la firma del acta única y la entrada en vigor desde el 1 de enero de 1993 del Mercado Único (...) han generado una dinámica nueva a la que el legislador español no ha tenido más remedio que responder adaptando progresivamente nuestro Derecho a esos nuevos requerimientos, lo que, de rechazo, ha venido a propiciar *una mayor sintonía con las exigencias inmanentes al régimen constitucional de libertades*, que ese mismo legislador, privado del acicate comunitario, no ha sabido ver todavía en los sectores no afectados por el proceso de integración”⁶⁵⁷. Si en algún momento esta cita puede tener sentido, creo que es con ocasión del proceso que se ha puesto en marcha con la transposición de la Directiva de Servicios. Semejante es la situación que años antes había apuntado MARTÍN-RETORTILLO cuando escribía, con relación a la libertad de empresa, que “al amparo del Derecho comunitario (...) se sanciona un creciente y amplio reconocimiento del derecho a la libertad de empresa, por lo que a la libertad de establecimiento se refiere (...) un planteamiento que conduce, consecuentemente a una reciente reducción de las limitaciones y restricciones a las que el citado derecho puede estar sometido”⁶⁵⁸. Sin duda, ese anunciado momento ha llegado con la transposición de la Directiva de Servicios.

3.3.2 Del alcance de la transposición estatal

La segunda matización tiene que ver con el alcance de la “transversalidad”. Es cierto que la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio tiene carácter transversal. Es consecuencia del ámbito objetivo de la Directiva de Servicios que transpone y del método de transposición elegido, del que también se ha dado cuenta. El hecho de que el concepto “servicios” tenga –en el art. 50 del TCE y en la Directiva de Servicios– una vocación de

⁶⁵⁷ *Ibidem*, pp. 118-119. El subrayado es mío.

⁶⁵⁸ *Vid. Derecho Administrativo económico*, cit. p. 203.

concepto-resto, dota a la norma comunitaria de ese alcance aparentemente general. Sin embargo, las excepciones que la Directiva de Servicios recoge (art. 2.2) y transcribe la Ley (también art. 2.2 de la Ley 17/2009) restan eficacia al alcance de esa transversalidad. LAGUNA DE PAZ se ha referido a este efecto como una *sombra alargada pero estrecha*⁶⁵⁹.

Con todo no deja de ser relevante la elección de un método de regla general con excepciones, pues, más allá de si éstas son muchas o pocas, la regla general prevalece. La cuestión, de todos modos, conecta con la idea anteriormente apuntada: la regla general es la libertad, y la excepción, su restricción. Y lo cierto es que este modelo, *a priori*, tampoco es novedad, y es fruto del modelo constitucional y, ni qué decir tiene, del comunitario.

Dicho lo anterior, no puede negarse el impacto mediático y la influencia que puede llegar a ejercer en un futuro esta Ley, a mi juicio, más desde la perspectiva del análisis doctrinal, que desde su repercusión práctica. La distinción, graduación y criterio de elección entre las distintas técnicas de intervención administrativa –autorización, comunicación con reserva de oposición, declaración responsable– adquieren un rango “normativo” hasta ahora desconocido en nuestro Derecho⁶⁶⁰. En este sentido, es cierto que no podrá negarse a la norma *paraguas* su valor y capacidad para informar otras normas y regulaciones posteriores, así como para impulsar cambios en las ya existentes, no sólo en aquellas que vengan obligadas por la transposición de la Directiva de Servicios, también en otras que opten por este modelo regulatorio ahora explicitado.

Tal vez, como apunta algún autor, y dado el contenido respectivo de la *Ley Paraguas* –horizontal– y de la *Ley Ómnibus* –sectorial–, hubiese sido preferible que las previstas modificaciones de la LRJPAC y de la LBRL ahora incluidas en la segunda, formaran parte del contenido de la Ley horizontal (RIVERO ORTEGA. R., 2009 a: 331-332).

⁶⁵⁹ Vid, “La Directiva de Servicios...” cit. , pp. 42-51

⁶⁶⁰ Este tipo de planteamientos sí se habían incorporado a nuestro Derecho con carácter sectorial, por ejemplo, en el caso del Derecho de las comunicaciones electrónicas, como se ha señalado *supra* en nota (núm.8).

3.3.3 Del papel de las razones imperiosas de interés general

A mi juicio, la mayor novedad que llega desde la Directiva de Servicios, en este caso, tanto si se incorpora como elemento de la *Ley Paraguas* como si se hubiese optado por una transposición sector por sector, caso por caso, es el concepto de “razón imperiosa de interés general”.

En el modelo conceptual hasta ahora manejado por la doctrina y la jurisprudencia constitucional a la hora de reflexionar sobre los límites de la libertad de empresa, éstos están en todo caso vinculados o condicionados por los intereses generales⁶⁶¹.

¿Qué relación existe entre los conceptos de “interés general” y de “razón imperiosa de interés general”? ¿Son compatibles? Es evidente que no existiría discusión si los “intereses generales” fuesen los mismos que las “razones imperiosas de interés general”. Ahora bien, desde el momento en el que el criterio definitorio de qué sea razón imperiosa de interés general es que tiene que haber sido reconocida como tal por el Tribunal de Justicia (art. 4.8 Directiva de Servicios), parece claro que esto no será así. Ya he señalado que el concepto de razón imperiosa de interés general no incluye una lista cerrada (SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H. 2007: 51). Por tanto, los Estados miembros podrán alegar razones que según su legislación sean imperiosas de interés general y, llegado el caso, ser avalada tal calificación por el Tribunal de Justicia.

Pero ¿entre tanto? ¿Qué ocurre si el concepto de interés general es más ancho que el de razón imperiosa de interés general? ¿Hasta qué punto puede el concepto de razón imperiosa de interés general restringir las opciones del legislador nacional más allá del marco constitucional determinado por el concepto, más abierto aparentemente, de interés general?

Como expuso NIETO, aunque la potestad definidora de los intereses generales corresponde a la Constitución, lo cierto es que ésta “no se ha pronunciado en ningún momento sobre el particular: con ella en la mano nunca podremos saber cuáles son esos intereses generales a los que tan intensamente alude,

⁶⁶¹ Sobre el significado del concepto de interés general, me remito al trabajo del profesor NIETO, A., “La Administración sirve con objetividad los intereses generales”, en VV.AA., *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, Tomo III, ed. Civitas, Madrid, 1991, pp. 2185-2253.

salvo que acudamos a una interpretación sistemática no siempre convincente” (NIETO, A. 1991: 2247). Por ello, ante el silencio de la Constitución, su determinación le corresponde a la Ley, en el ejercicio de su libertad conformadora y en el marco del conjunto de valores y principios que se derivan de nuestra norma constitucional, principalmente de los derechos fundamentales.

3.3.4 Del control jurisdiccional

En relación con la determinación y control de qué intereses son susceptible de limitar el establecimiento de restricciones a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios se plantea a su vez un nuevo problema desde la perspectiva del control jurisdiccional: en nuestro sistema constitucional, el juez competente para controlar la adecuación de la Ley a la CE es el Tribunal Constitucional, también cuando la Ley determina y pondera los intereses generales, según el canon de constitucionalidad. Ocurre sin embargo que en el caso de la interferencia de las razones imperiosas de interés general que puedan alegarse, esta tarea puede quedar en manos, no ya sólo del Tribunal de Justicia, sino de la justicia ordinaria española, que está obligada a aplicar el Derecho comunitario en virtud del principio de primacía⁶⁶².

De todos modos y volviendo a la cuestión del conflicto que puede surgir entre el ámbito que abarca el concepto constitucional de interés general y el comunitario de razón imperiosa de interés general estamos, a mi juicio, de nuevo ante un problema más retórico que real.

Así ¿en qué situación podría surgir el problema? El conflicto surgiría, en el caso de una razón que pudiese ser calificada en el marco constitucional legítimamente como de interés general pero que fuese rechazada como razón imperiosa de interés general por el Tribunal de Justicia⁶⁶³. Y ¿qué razones

⁶⁶² Sobre el particular, *vid.* BIBLINIO CAMPOS, P. “La primacía del Derecho comunitario: la perspectiva española”, *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 3, 2007, p. 2 y ss. También, ALONSO GARCÍA, R., *El juez español y el derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.

⁶⁶³ Esta situación, ya se ha planteado en el caso de la regulación del comercio actualmente vigente. Así lo pusimos de manifiesto, en SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. y VILLAREJO GALENDE, H., (2007) “La Directiva de Servicios...”, *cit.* p. 70. Por su parte, también lo señala FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., “De criterios económicos a urbanísticos y ambientales”, *Revista APD: Asociación para el Progreso de la Dirección*, núm. 231, 2008 (Ejemplar dedicado a: La Directiva Bolkestein: Liberalización al servicio del consumidor), pp. 33-35.

son susceptibles de ser rechazadas por el Tribunal de Justicia? El análisis de la jurisprudencia comunitaria relativa a esta cuestión, pone de manifiesto que las razones imperiosas de interés general que han recibido el explícito rechazo del TJCE son aquellas en las que aparece como rasgo común el hecho de tratarse de razones de marcado carácter proteccionista desde el punto de vista de un cierto “nacionalismo económico” (SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A., 2009 b): 144). Este rechazo no tiene otro fundamento que el pacto entre los Estados miembros que da lugar a los Tratados comunitarios y el propio objetivo de un mercado único y abierto. Esta limitación no es sólo y propiamente comunitaria, es sin duda límite del Derecho interno en la medida en que lo es el Derecho contenido en los Tratados comunitarios. En este sentido afirmaba que el conflicto es más retórico que real⁶⁶⁴, porque tras la incorporación del Derecho comunitario es evidente que existen intereses generales vinculados a la protección y defensa de la economía nacional o de ciertos sectores económicos nacionales que han dejado de ser objetivos legítimos en el marco de un mercado único.

3.3.5 De la oportunidad del instrumento normativo

Otra de las cuestiones de carácter material que suscita el método de transposición de la Directiva de Servicios mediante una Ley horizontal la ha planteado el propio Consejo de Estado en su *Dictamen* a la ya Ley 17/2009⁶⁶⁵. Se refiere a la naturaleza de una parte importante de las proposiciones contenidas en dicha norma, en las que prevalece su carácter finalista. Aunque este rasgo no es en sí mismo una novedad y, antes al contrario, cada vez es más frecuente encontrar este tipo de contenidos en las Leyes⁶⁶⁶, lo cierto es

⁶⁶⁴ De hecho, sin necesidad de acudir al marco jurídico comunitario, y de nuevo en el caso de la regulación del comercio, la prevalencia de ciertos intereses sectoriales frente a otros más generales, ha planteando también dudas a la doctrina. En este sentido, *vid.* VILLAREJO GALENDE, H., *Equipamientos comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*, ed. Comares, Granada, 2008, p. 417. También TORNOS MAS, J. “La libertad de establecimiento comercial y sus posibles limitaciones”, en TORNOS MAS, J. (coord.), *Grandes establecimientos comerciales. Su ordenación e implantación*, ed. Tecnos-Edicions Universitat de Barcelona, Barcelona, 2000, p. 26.

⁶⁶⁵ En su *Dictamen* 99/2009, de 18 de marzo de 2009, sobre el anteproyecto de Ley sobre *Libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, p. 20, el Consejo de Estado habla de “distorsiones” como consecuencia de la “peculiar forma de incorporación” del Derecho comunitario.

⁶⁶⁶ Es lo que SANTAMARÍA PASTOR llama “crisis de la imperatividad” de las normas, en sus *Principios de Derecho Administrativo general*, vol. I, ed. Iustel, Madrid, 2004, pp. 151-152.

que en la *Ley Paraguas* esta característica aparece de modo muy destacado. En el caso de esta Ley este rasgo es tan marcado, que el órgano consultivo afirma que muchos de sus preceptos carecen de fuerza normativa inmediata. Expresan principios, fines o valores, con claro carácter programático, pero cuyo contenido se asemeja más a una segunda exposición de motivos o a una Directiva que al contenido que es propio y caracteriza, al menos en teoría, a la Ley. Respecto de algunos de los contenidos de la *Ley Paraguas* –los que anticipan medidas que habrán de adoptar los poderes públicos– llega a decir que su contenido es *impropio del articulado de una Ley*⁶⁶⁷.

Este rasgo de la Ley trae causa de la estructura y método de la propia Directiva de Servicios. Pero en el caso de esta última, lo propio de su tipo normativo es precisamente contener un conjunto de reglas y principios que, posteriormente, cada Estado miembro adaptará a su correspondiente ordenamiento y que en principio, carecen de eficacia normativa directa⁶⁶⁸, más allá de la obligación de resultado que recae en los Estados miembros y, en su caso, de la atribución de potestades ejecutivas a la Comisión encomendadas con el objetivo de garantizar el cumplimiento de lo previsto en la Directiva.

4. La libertad de empresa a la luz de la Directiva de Servicios en el marco estatutario de Castilla y León

El modelo económico que se infiere de nuestra Constitución, y que tiene como elemento de referencia el reconocimiento del derecho a la libertad de empresa, tal y como se ha visto en páginas anteriores, es también el modelo al que se acoge el marco estatutario de Castilla y León.

⁶⁶⁷ Sin duda lo es según el criterio expuesto por GARCÍA DE ENTERRÍA y T.R. FERNÁNDEZ en relación con la doctrina general relativa al contenido de la Ley, para quienes “no hay Ley por su contenido o su materia sin adoptar forma de Ley (...), ni tampoco forma de Ley que no recubra una Ley en el sentido de su contenido y su eficacia”, *vid. Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 8ª ed., ed. Civitas, Madrid, 1997, p. 113.

⁶⁶⁸ La situación que se plantea con la doctrina del *efecto directo de las Directivas* no deja de ser una situación anormal y que “ha mutado en cierto modo el régimen originario de estas normas”, como ha manifestado MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L., “La opción comunitaria por el reglamento y sus implicaciones”, en ALONSO MARTÍNEZ, J.M. y HERRERO DE LA FUENTE, A.A., (coord.) *El Tratado de Roma en su cincuenta aniversario (1957-2007). Un balance de la integración europea*, ed. Comares y Instituto de Estudios Europeos/Universidad de Valladolid, Granada, 2007, p. 193.

Así se deduce del art. 8 de la Ley Orgánica 14/2007, de 30 de noviembre, de reforma del Estatuto de Autonomía de Castilla y León, en el que al tratar de los “Derechos y deberes de los ciudadanos de Castilla y León”, reconoce, como no podía ser de otro modo, que “los ciudadanos de Castilla y León tienen los derechos y deberes establecidos en la Constitución Española, en los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos ratificados por España, en el ordenamiento de la Unión Europea” además de “los establecidos en el ámbito de la Comunidad Autónoma” por el Estatuto.

En este sentido, hay que entender que la libertad de empresa como derecho fundamental cuyo desarrollo normativo está protegido por la reserva de Ley, Ley que en todo caso tendrá que respetar su contenido esencial, obliga, también a los poderes públicos de Castilla y León, tanto en su función legisladora como en el diseño de sus políticas públicas. Por otro lado, el desarrollo de esta exigencia de reserva de Ley en la regulación de los diversos sectores económicos, en la medida en que dicha regulación incide en el ámbito y alcance de la libertad de empresa, estará encomendada a la Comunidad autónoma de Castilla y León o, en su caso, al Estado o a ambos mediante el mecanismo de colaboración bases-desarrollo, en función del marco de reparto competencial que determinan el art. 149.1 y el Estatuto.

Así pues, desde una perspectiva de carácter general, poco ha de añadirse sobre la repercusión que la Directiva de Servicios puede tener sobre la consideración de la libertad de empresa en el Derecho de Castilla y León, al igual que se ha señalando antes en el nivel estatal. En este sentido, una primera consideración no es otra que la coincidencia estatutaria con el modelo económico constitucional, al que se ha hecho alusión en páginas anteriores.

Además, refuerza esta consideración la mención que en el propio art. 8 del Estatuto, antes citado, se hace al ordenamiento de la Unión Europea. Esta mención no era quizá necesaria, pues nuestro ordenamiento jurídico-constitucional ya contempla la obligatoriedad de las normas contenidas en los Tratados, como es el caso de los que conforman el Derecho Comunitario. De la obligatoriedad del derecho contenido en los Tratados comunitarios deriva, a su vez, la del Derecho Comunitario derivado, con sus particularidades y principios, entre éstos, los de primacía del Derecho Comunitario y eficacia directa en determinadas circunstancias. Y éste es el ámbito en el que se desenvuelve la Directiva de Servicios. Con todo, no está de más que así se recuerde y haya quedado constancia en el nuevo Estatuto de Castilla y León.

De hecho, esta mención permite sumar a la argumentación la obligatoriedad directa, con fundamento en este precepto, de las previsiones contenidas en la Directiva de Servicios. Esto es, la obligación de las Instituciones castellano-leonesas de respetar y acoger las previsiones comunitarias; en este caso la transposición del derecho contenido en la Directiva de Servicios.

En definitiva, los desarrollos legales autonómicos en Castilla y León que puedan afectar a la libertad de empresa estarán pues limitados, en primer lugar, por el reconocimiento constitucional del derecho a la libertad de empresa y la exigencia de “respetar en todo caso su contenido esencial”; y circunscritos a las materias y facultades atribuidas por su Estatuto a Castilla y León. En segundo lugar, habrán de respetar las exigencias comunitarias derivadas de las libertades económicas reconocidas en el Tratado y, en el caso particular de los servicios afectados por la Directiva de Servicios, por las previsiones de esta última.

No obstante, dado que la Directiva de Servicios está llamada a tener principalmente una transposición sectorial, esto es, caso por caso, regulación por regulación, el verdadero interés de este estudio reside ciertamente en su parte especial.

Es, quizá, la opción que el legislador estatal ha adoptado para transponer esta Directiva de Servicios mediante una norma básica general que pretende dar cobertura a todo el proceso de incorporación de la norma comunitaria, la cuestión que plantea más dificultades de interpretación, también desde la perspectiva castellano-leonesa.

Como se ha visto, no son pocos los problemas derivados del modelo estatal de transposición en dos fases –*Ley Paraguas*, en primer lugar, y *Ley Ómnibus*, como complemento–. La incorporación con carácter general en la *Ley Paraguas* del modelo de regulación económica que se deriva de los artículos 49 y 56 TFUE⁶⁶⁹ y de su interpretación jurisprudencial elaborada por el Tribunal de Justicia, codificada en la Directiva supone, al decir de algunos autores (PAREJO ALFONSO, L., 2009: 38 y DE LA QUADRA-SALCEDO, T., 2009: 50) una mutación constitucional. El fundamento de este argumento reside en que

⁶⁶⁹ Los arts. 49 y 56 del actual Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, son el resultado de la nueva numeración tal y como queda tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, antes arts. 43 y 49.

con esta concreción legal el legislador toma la opción de un modelo regulatorio de la actividad económica más concreto, y en particular, más liberal, que el que se derivaría de la interpretación de la Constitución, de sus arts. 38 y 128.2. Un modelo, este último, en el que –al decir de estos autores– el papel reservado a la intervención de los poderes públicos en la economía podría alcanzar una mayor intensidad.

Así, al incorporarse el modelo económico que se infiere de la Directiva de Servicios en una Ley básica general, esta solución reguladora se extendería al conjunto de los ordenamientos autonómicos en materia económica, lo que plantea por otro lado problemas competenciales, como se ha visto en la parte del estudio encomendada al prof. de la Quadra-Salcedo Janini.

A mi juicio esta conclusión crítica está muy condicionada por el modelo estatal de transposición de la Directiva y así como por determinadas visiones del propio modelo económico en la Constitución. Con todo, el rechazo de algunos sectores doctrinales al contenido de la Directiva de Servicios no hubiese posiblemente sido el mismo de haberse transpuesto la Directiva de Servicios de otro modo (RIVERO ORTEGA, R. 2009: 84-85). Esto sin contar con las dificultades que este modelo de transponer plantea, como se ha dicho, desde la perspectiva competencial al haber optado por una Ley básica general, con fundamento en los arts. 149.1.1, 13 y 18.

A mi juicio, desde el punto de vista de la norma estatutaria castellano-leonesa la cuestión más delicada reside sin duda en la concreción de las que pueden llegar a ser considerados por las normas autonómicas de Castilla y León como razones de interés general y su compatibilidad con las *razones imperiosas de interés general* a las que alude la Directiva de Servicios (SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A., 2009 b): 142-144)⁶⁷⁰ y ahora recoge la *Ley Paraguas* en su artículo 3.11⁶⁷¹. Así, bajo la luz de este concepto habrá que interpretar las alusiones que se hacen en muchos preceptos estatutarios y en particular los que forman

⁶⁷⁰ El art. 4.8 de la DS enumera en una lista no cerrada las que pueden consideradas razones imperiosas de interés general, así reconocidas por la Jurisprudencia del TJCE.

⁶⁷¹ El concepto de *razón imperiosa de interés general* también ha quedado recogido en una norma básica de carácter general como es art. 43.1 de la LRJPAC, según la nueva redacción dada al mismo por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas Leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (*Ley Omnibus*), como razón que en su caso puede llegar a justificar un silencio administrativo de carácter negativo.

recogidos en su art. 16 relativo a los principios rectores de las políticas públicas. Entre estos se mencionan muchas cuestiones de fuerte calado económico y social como son, el “crecimiento económico sostenible, orientado a la cohesión social y territorial y a la potenciación y aprovechamiento pleno de los recursos de la Comunidad” (16.1); la “creación de empleo estable y de calidad” (16.2); el desarrollo de todas las formas de actividad empresarial, con especial atención a la pequeña y mediana empresa y a los emprendedores autónomos, y el fomento de las iniciativas de la economía social, especialmente al cooperativismo y su promoción (16.5.); la “proyección exterior de las empresas de Castilla y León” (16.7); “la lucha contra la despoblación, articulando las medidas de carácter institucional, económico, industrial y social que sean necesarias para fijar, integrar, incrementar y atraer población y la modernización y el desarrollo integral de las zonas rurales de Castilla y León (16.9 y 16.10); la vivienda digna (16.14); “un medio ambiente ecológicamente equilibrado y saludable, impulsando la compatibilidad entre la actividad económica y la calidad ambiental” (16.15), “la protección de los consumidores y usuarios, que incluye el derecho a la protección de la salud y la seguridad y de sus legítimos intereses económicos y sociales” (16.16), entre otros.

El art.17.3 del nuevo Estatuto deja claro, al igual que en modelo estatal, que “los principios rectores de las políticas públicas que se enumeran en el Capítulo IV de este Título informan la legislación, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Son exigibles ante la jurisdicción de acuerdo con lo que determinen las normas que los desarrollen”.

A la vista de las referencias estatutarias y teniendo presente el modelo de regulación de ciertos sectores o servicios que se infiere de la Directiva de Servicios, la cuestión es cómo hacer compatibles los objetivos y principios rectores antes citados con un marco regulatorio que requiere la justificación de las medidas de carácter restrictivo o que supongan el establecimiento de regímenes limitadores. Teniendo en cuenta además que no cualquier razón de interés general va a resultar compatible con el modelo comunitario. Esto es, no cualquier razón de interés general va a poder ser calificada como razón imperiosa de interés general; significativamente van a quedar fuera aquellas que manifiesten un fuerte carácter proteccionista desde la perspectiva estrictamente económica.

En definitiva y con carácter general, ésta es sin duda, la principal y más profunda restricción que se deriva para la Comunidad de Castilla y León de la transposición de la Directiva de Servicios.



Capítulo X

**Impacto sobre
la Administración
Autonómica en cuanto
a la simplificación
de los trámites aplicables a
los prestadores de servicios**

SUMARIO

1. Las previsiones sobre simplificación administrativa en la Directiva de Servicios.
 2. El Derecho comunitario de la contratación pública y su importancia para la consecución del Mercado único.
 3. La verificación de la aptitud de los candidatos y licitadores a través de las declaraciones responsables.
 4. Las declaraciones responsables en la Ley de Contratos del Sector Público.
 5. Un cambio de modelo de intervención administrativa: de un régimen de autorización administrativa previa al sometimiento de la actividad a una comunicación previa o a una declaración responsable.
 6. La transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León: especial referencia a las declaraciones responsables
-

IMPACTO SOBRE LA ADMINISTRACIÓN AUTONÓMICA EN CUANTO A LA SIMPLIFICACIÓN DE LOS TRÁMITES APLICABLES A LOS PRESTADORES DE SERVICIOS

Teresa Medina Arnáiz
Profesora de Derecho Administrativo
Universidad de Burgos

1. Las previsiones sobre simplificación administrativa en la Directiva de Servicios

El objetivo de Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior –manifestado sin ambages en sus considerandos– es crear un marco jurídico que garantice la libertad de establecimiento y de circulación de servicios entre los Estados miembros. Para lograrlo, esta Directiva pretende suprimir todas aquellas formalidades y requisitos que resulten especialmente gravosos para el efectivo cumplimiento de estas libertades comunitarias con la clara finalidad de simplificar su tramitación administrativa.

Estamos ante un proceso que consiste en reducir los trámites del procedimiento administrativo y suprimir las cargas burocráticas de cara a agilizar y mejorar el servicio de las Administraciones públicas (VILLAREJO GALENDE: 2008, 47; CIERCO SEIRA: 2009). En este sentido, la Directiva de Servicios establece una serie de medidas concretas para hacer posible dicha simplificación como son la

ventanilla única o la realización de trámites por vía electrónica en línea con la preocupación europea de incorporar las ventajas del proceso tecnológico a la actuación de las Administraciones públicas⁶⁷² (MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, 2009).

De esta manera, las obligaciones de simplificación administrativa impuestas a los Estados miembros por parte de la Directiva de Servicios, y en particular por sus artículos 5 y 8 incluyen, respectivamente, la necesidad de simplificar los procedimientos y los trámites aplicables al acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio, así como la obligación de garantizar que los prestadores de servicios puedan realizar dichos procedimientos y trámites por vía electrónica.

El artículo 5.1 de la Directiva comienza estableciendo la exigencia de simplificar los procedimientos y formalidades cuando éstos no sean lo suficientemente simples⁶⁷³. Ello obliga, en primer lugar, a llevar a cabo una revisión de la normativa de los Estados de cara a evaluar –y tratar de salvar– los obstáculos que impiden, desincentivan o dificultan el desarrollo de las actividades de servicios en el Mercado interior⁶⁷⁴. En un segundo momento, se debe

⁶⁷² Esta preocupación ya estaba presente en los distintos Planes de acción sobre Administración electrónica –*eGovernment*– dada la contribución de las tecnologías de la información y la comunicación a la mejora en la aplicación de políticas públicas, la movilidad de los agentes económicos y la promoción de una interacción fluida entre Administraciones, ciudadanos y empresas. Algunas de las iniciativas y programas relacionados con el desarrollo de la Sociedad de la Información son: El Plan de acción *e-Europa 2002*, adoptado por el Consejo Europeo de Santa Maria da Feira en junio de 2000; *e-Europe 2005: Una sociedad de la información para todos*, COM (2002) 263 final, de 28 de mayo; *El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa*, COM (2003) 567 final, de 26 de septiembre; *i2010 - Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo*, COM (2005) 229 final, de 1 de junio y, por último, el *Plan de acción sobre administración electrónica i2010: Acelerar la administración electrónica en Europa en beneficio de todos*, COM (2006) 173 final, de 25 de abril.

⁶⁷³ Artículo 5.1 “Los Estados miembros verificarán los procedimientos y trámites aplicables al acceso a una actividad de servicios y a su ejercicio. Cuando los procedimientos y formalidades estudiados de conformidad con este apartado no sean lo suficientemente simples, los Estados miembros los simplificarán”.

⁶⁷⁴ En el caso del Derecho español, y atendiendo al Informe de la Vicepresidenta Segunda y Ministra de Economía y Hacienda presentado al Consejo de Ministros en su reunión del 15 de enero de 2010, la transposición de la Directiva de Servicios ha supuesto la modificación de 50 leyes y 115 decretos estatales, la tramitación de dos nuevas Leyes estatales que son la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como “Ley Paraguas”) y la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (conocida como “Ley Omnibus”). Asimismo, la transposición de esta Directiva ha supuesto la modificación de 185 leyes autonómicas, 477 decretos, 112 órdenes y 3 resoluciones. En cuanto al impacto municipal de las medidas adoptadas, este Informe señala que será necesaria la adecuación de las ordenanzas municipales referidas al sector servicios.

revisar igualmente los procedimientos administrativos con el fin de adecuar su gestión a los requerimientos de eficacia y eficiencia que se impone a la actividad de la Administración pública, puesto que si estos procedimientos no se diseñan correctamente, un exceso de trámites e incluso la propia existencia o complejidad de los mismos, pueden suponer para los prestadores de servicios unos costes excesivos en términos económicos y de tiempo que afectarían negativamente a su productividad en el mercado⁶⁷⁵. Así las cosas, la Directiva de Servicios prescribe la eliminación de cuantas trabas injustificadas o desproporcionadas restringen el ejercicio de las libertades comunitarias de establecimiento y de circulación de servicios e incluso, como señala su considerando 46, propone reducir el número de procedimientos y trámites aplicables a las actividades de servicios⁶⁷⁶ (NEVADO-BATALLA: 2009, 165).

Respecto de este mismo artículo 5, debe señalarse que su apartado 3 recoge una serie de medidas destinadas a facilitar que los prestadores de servicios de cualquier Estado miembro puedan ofrecer sus servicios en otro Estado sin necesidad de duplicar esfuerzos en cuanto a la presentación de documentos que prueben el cumplimiento de los requisitos necesarios para llevar a cabo dicha prestación. Para ello, y con la finalidad ya comentada de eliminar cualquier traba que pueda producir un efecto disuasorio en los operadores económicos comunitarios, este artículo 5.3 prevé dos medidas.

La primera de ellas se refiere a la equivalencia y reconocimiento, por parte de los Estados miembros, de aquellos certificados, justificantes o cualquier otro documento que acrediten que su poseedor cumple los requisitos exigidos para prestar un servicio sobre la base documental que es aplicable en su

⁶⁷⁵ La Comisión Europea realizó un inventario de estos obstáculos en el informe elaborado en el marco de la primera fase de la estrategia para el mercado interior de servicios *Estado del mercado interior de servicios*, COM (2002) 441 final, de 30 de julio de 2002.

⁶⁷⁶ Según el *Programa de Acción para la Reducción de las Cargas Administrativas en la Unión Europea: Planes de reducción sectoriales y acciones en 2009*, se estima que el 32 % de las cargas administrativas que tienen su origen en la UE son consecuencia de la decisión de algunos Estados miembros de ir más allá de lo que exige la legislación de la UE (sobre-regulación) y de la ineficacia de sus propios procedimientos administrativos, COM (2009) 544 final, de 22 de octubre de 2009, p. 7.

Estado miembro de origen⁶⁷⁷. La segunda medida impone a los Estados miembros la prohibición de solicitar la presentación de originales, copias compulsadas o traducciones juradas de la documentación proveniente de otros Estados y aceptar, por ello, los documentos emitidos por la autoridad competente de otro Estado miembro. No hacerlo supondría una carga administrativa adicional para los prestadores de servicios originarios de otros Estados miembros que les colocaría en una situación de desventaja competitiva contraria al ejercicio efectivo de las citadas libertades comunitarias y que, como señala la propia Directiva, únicamente sería justificable porque así lo requiriese una norma comunitaria o bien por razones de interés general⁶⁷⁸.

En efecto, recordemos que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) se desprende que cuando los artículos 43 y 49 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) –hoy sustituidos por los artículos 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea⁶⁷⁹– prohíben las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad, no sólo exigen eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios por razón de su nacionalidad, sino que también requieren suprimir cualquier restricción que pueda prohibir, obstaculizar o restar interés al ejercicio de las actividades del presta-

⁶⁷⁷ Artículo 5.3 párrafo primero “Cuando los Estados miembros soliciten a un prestador o a un destinatario que presente un certificado, justificante o cualquier otro documento que demuestre el cumplimiento de un requisito, aceptarán cualquier documento de otro Estado miembro que tenga una función equivalente o del que se desprenda que el requisito en cuestión está cumplido.” Ello, sin embargo, “no afectará al derecho de los Estados miembros a exigir traducciones no juradas de documentos en sus propias lenguas oficiales”.

⁶⁷⁸ Artículo 5.3 párrafo segundo “En el caso de documentos de otro Estado miembro, no obligarán a presentar el original, una copia compulsada o una traducción compulsada, salvo en los casos previstos en otros instrumentos comunitarios o salvo excepción justificada por una razón imperiosa de interés general, incluido el orden público y la seguridad”.

⁶⁷⁹ Desde que el 1 de diciembre de 2009 entrara en vigor el Tratado de Lisboa, el título “Tratado constitutivo de la Comunidad Europea” se sustituye por “Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea” (artículo 2, apartado 1, del Tratado de Lisboa). Además de ello, se establece una nueva numeración de sus artículos, por lo que el antiguo artículo 43 TCE relativo a la libertad de establecimiento pasa ahora a ser el artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y el antiguo artículo 49 TCE concerniente a la libre prestación de servicios se convierte en el artículo 56 TFUE. Las versiones consolidadas del Tratado de la Unión Europea y del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, así como sus Protocolos y Anexos, como resultado de las modificaciones introducidas por el Tratado de Lisboa firmado el 13 de diciembre de 2007 se encuentran publicadas en el DOUE C 115, de 9 de mayo de 2008.

dor de servicios establecido en otro Estado miembro en el que presta servicios análogos⁶⁸⁰.

Para la efectiva aplicación de las dos medidas previstas en el artículo 5.3, la propia Directiva de Servicios establece que sean las autoridades competentes de cada Estado miembro quienes comprueben la veracidad y el contenido de dicha documentación a través del mecanismo de la cooperación administrativa. Se establece así la obligación general de que “los Estados miembros se presten asistencia recíproca y cooperen de forma eficaz entre sí con el fin de garantizar la supervisión de los prestadores y de sus servicios” (artículo 28.1)⁶⁸¹ (GONZÁLEZ BUSTOS: 2009, 219).

Esta cooperación, recogida en los artículos 28 a 36 de la Directiva de Servicios, comporta tanto la posibilidad de consultar por parte de las autoridades competentes de otros Estados miembros los registros en los que están inscritos los prestadores de servicios⁶⁸², como el intercambio de información entre Administraciones públicas. Tal intercambio por vía electrónica se efectúa a través del Sistema de Información del Mercado Interior (IMI)⁶⁸³, instituido

⁶⁸⁰ Véase, en este sentido, las sentencias del TJCE de 9 de noviembre de 2006, *Comisión/Bélgica*, C-433/04, Rec. p. 110653, apartado 28; de 5 de diciembre de 2006, *Cipolla y otros*, C-94/04 y C-202/04, Rec. p. 111421, apartado 56; de 11 de enero de 2007, *ITC*, C-208/05, Rec. p. 1181, apartado 55; de 17 de julio de 2008, *Comisión/Francia*, C-389/05, Rec. p. 15397, apartado 57 y de 28 de abril de 2009, *Comisión/Italia*, C-518/06, apartado 62.

⁶⁸¹ Parece claro, y así se manifiesta también en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que esta cooperación es muy importante en la medida en que permite generar confianza entre distintas Administraciones públicas y esta confianza mutua resulta de vital importancia para la correcta aplicación de las normas del Mercado único. Véase en este mismo sentido la Recomendación de la Comisión, de 29 de junio de 2009, sobre medidas para mejorar el funcionamiento del mercado único (DOUE L 176, de 7 de julio de 2009).

⁶⁸² Artículo 28.7 “Los Estados miembros harán lo necesario para que los registros en los que estén inscritos los prestadores y que puedan ser consultados por las autoridades competentes de su territorio lo puedan ser también en las mismas condiciones por las autoridades competentes equivalentes de los demás Estados miembros”.

⁶⁸³ El Sistema IMI tiene por objeto facilitar la cooperación administrativa y la asistencia mutua entre los Estados miembros, con el fin de garantizar el buen funcionamiento del Mercado interior. Para ello, proporciona una herramienta de intercambio de información que incluye determinados datos personales entre las Administraciones nacionales y los Estados miembros del Espacio Económico Europeo (EEE), es decir, los Estados miembros de la UE más Noruega, Islandia y Liechtenstein. Para saber más puede consultarse: http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/index_es.html. Sobre el contexto jurídico y político en el que se ha desarrollado el IMI véase la Comunicación de la Comisión *Hacer realidad las ventajas del mercado interior mediante el reforzamiento de la cooperación administrativa*, COM (2008) 703 final, de 6 de noviembre de 2008. Acerca de la estructura del IMI en España puede consultarse la página Web del Ministerio de Política Territorial www.mpt.es/documentacion/sistemaIMI [Fecha de consulta: enero de 2010].

en virtud del Programa IDABC de prestación interoperable de servicios paneuropeos (*Interoperable Delivery of European e-government services to public Administrations, Businesses and Citizens*)⁶⁸⁴.

No obstante, y a tenor de lo expresado por el propio artículo 5.4 de la Directiva de Servicios, las medidas de simplificación documental recogidas en el apartado tercero de este mismo artículo, no serán de aplicación a los documentos contemplados en el artículo 45, apartado 3, y los artículos 46, 49 y 50 de 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 servicios⁶⁸⁵. Esta excepción se refiere a la documentación que acredita el cumplimiento de las condiciones de participación en los procedimientos de adjudicación de un contrato público y a los medios documentales para verificar la aptitud de los prestadores de servicios sobre la base de criterios relacionados con sus conocimientos técnicos y profesionales y con la ausencia de prohibiciones de contratar.

Tras haber expuesto los mecanismos que la Directiva de Servicios señala para cumplir con las obligaciones de simplificación administrativa impuestas a los Estados miembros, pasaremos a revisar las excepciones en la aplicación de tales medidas. Para ello, hemos de atender en primer lugar a los aspectos documentales que se encuentran recogidos en la normativa sobre contratación pública tanto a nivel comunitario como a nivel estatal, es decir, en la Directiva 2004/18/CE y en la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público que la transpone.

La exigencia de reducir las cargas administrativas en la tramitación de un procedimiento de adjudicación nos llevará seguidamente a tratar el tema de

⁶⁸⁴ La Decisión 2004/387/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de administración electrónica al sector público, las empresas y los ciudadanos (IDABC), y, en particular, su artículo 4, previa la realización de proyectos de interés común, con el objetivo de permitir un intercambio de datos eficiente, eficaz y seguro entre Administraciones públicas, a todos los niveles pertinentes, así como entre estas Administraciones y las instituciones comunitarias u otras entidades según el caso. Desde el 31 de diciembre de 2009 este Programa ha sido sustituido por el Programa ISA de soluciones de interoperabilidad para las Administraciones públicas europeas (*Interoperability Solutions for European Public Administrations*) aprobado mediante Decisión 922/2009/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de septiembre de 2009 (DOUE L 260, de 3 de octubre de 2009).

⁶⁸⁵ DOUE L 134, de 30 de abril de 2004.

las declaraciones responsables en la contratación pública y a examinar las diferencias que existen con respecto a las declaraciones responsables recogidas en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio ("Ley Paraguas") y en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), tras la incorporación al texto de un artículo 71 bis por parte de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio ("Ley Ómnibus").

Cómo se está llevando a cabo la transposición de la Directiva de Servicios por parte de la Comunidad Autónoma de Castilla y León ocupa la última parte de esta contribución.

2. El Derecho comunitario de la contratación pública y su importancia para la consecución del Mercado único

La aproximación de los respectivos ordenamientos jurídicos nacionales en materia de contratación pública forma parte de los objetivos de política global de la UE para la consecución del Mercado único al entender que es uno de los motores que impulsan la economía europea por razón de los recursos públicos que compromete⁶⁸⁶. Es por ello que, desde los años 70, se viene realizando por parte de las instituciones europeas una labor de armonización de las legislaciones de los distintos Estados miembros en esta materia⁶⁸⁷.

⁶⁸⁶ La importancia de la contratación pública como un elemento clave para lograr dicho Mercado único, fue puesta de manifiesto en el Libro Blanco de la Comisión sobre la realización del Mercado interior *Completing the Internal Market*, COM (85) 310 final, de 14 de junio, págs. 23 y 24; y es que la compra pública representa una parte considerable del Producto Interior Bruto (PIB) de un país. A nivel mundial los porcentajes oscilan entre un 15% y un 20% dependiendo de países, pero se fijan en un valor medio del 16,3% del PIB en el caso de la UE. Según los datos ofrecidos por la Comisión Europea esta cifra supuso un total de 1.500 billones de euros en el año 2002. Estos datos pueden consultarse en: http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/index_en.htm [Fecha de consulta: enero de 2010].

⁶⁸⁷ La aproximación normativa en esta materia se inició con la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras (DOCE L 185, de 16 de agosto de 1971) y con la Directiva 77/62/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1976, de coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro (DOCE L 13, de 15 de enero de 1977).

Esta armonización legislativa se produce a través de la promulgación de distintas Directivas que responden a un propósito inmediato: la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. Este propósito, sin embargo, tal y como se deduce de la jurisprudencia del TJCE, no es más que una herramienta para alcanzar un objetivo de mayor calado, cual es implantar una competencia objetiva en la contratación pública en aras de la realización de las libertades esenciales en la integración europea –libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales–. Más en particular, se pretende suprimir las trabas a la libre circulación para proteger así los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen realizar obras u ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado⁶⁸⁸. Consecuentemente con estas finalidades, se pretende eliminar tanto el riesgo de que se otorgue preferencia a los licitadores o candidatos nacionales –*buy national*– como la posibilidad que los órganos de contratación se guíen por consideraciones distintas de las de carácter económico⁶⁸⁹, así que, para prevenir estas conductas, las Directivas comunitarias de contratación pública admiten únicamente la aplicación de dos criterios de adjudicación, a saber, el del precio más bajo y el de la oferta económicamente más ventajosa.

Desde comienzos de los años 90 hasta el año 2004, el paquete legislativo de la UE para la armonización de las normas sobre contratación pública ha estado formado por tres Directivas referidas a los sectores clásicos: contratos de servicios (Directiva 92/50/CEE), contratos de suministros (Directiva 93/36/CEE) y contratos de obras (Directiva 93/37/CEE), así como por la

⁶⁸⁸ Véase a este respecto las sentencias del TJCE de 14 de febrero de 2008, *Varec SA*, C-450/06, Rec. p. I581, apartado 34, y de 19 de junio de 2008, *Presstext Nachrichtenagentur*, C-454/06, Rec. p. I4401, apartado 31. De hecho, el propio TJCE ha declarado que la normativa en materia de contratos públicos es y será uno de los más eficaces instrumentos políticos de los Estados miembros y de las instituciones de la UE en el proceso de integración europea (Conclusiones de la Abogado General Sra. Verica Trstenjak presentadas el 4 de junio de 2008 en el asunto C-324/07, *Coditel Brabant*, Rec. p. I 8457, apartado 81).

⁶⁸⁹ Véanse, en este sentido, las sentencias del 3 de octubre de 2000, *University of Cambridge*, C-380/98, Rec. p. I8035, apartado 16; de 1 de febrero de 2001, *Comisión/Francia*, C-237/99, Rec. p. I939, apartado 4; de 27 de noviembre de 2001, *Impresa Lombardini* (C-285/99 y 286/99), Rec. p. I9233, apartado 36 y de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07, apartado 54, así como las Conclusiones del Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer presentadas, respectivamente, el 22 y 27 de noviembre de 2007 en el asunto *Ing. Aigner*, C-393/06, Rec. p. I2339, apartado 31 y en los asuntos acumulados C-147/06 y C-148/06, *SECAP*, Rec. p. I3565, apartados 29 y 30.

Directiva 93/38/CEE relativa a los contratos en los sectores especiales que, en ese momento, eran los del agua, la energía, los transportes y las telecomunicaciones⁶⁹⁰. Sin embargo, y a partir de las reflexiones obtenidas en el Libro Verde *La contratación pública en la Unión Europea: reflexiones para el futuro*⁶⁹¹, la Comisión Europea empieza a cuestionarse estos instrumentos normativos, y en su Comunicación de 11 de marzo de 1998 *La contratación pública en la Unión Europea*⁶⁹², tras realizar un diagnóstico de la situación de la contratación pública en el ámbito europeo, propone simplificar el marco jurídico existente en ese momento para adaptar las Directivas comunitarias a las exigencias de un mercado en continuo cambio.

Así las cosas, las Propuestas de Directivas –presentadas, por cierto, por el mismo comisario Frits Bolkestein– descansaban sobre el triple objetivo de la modernización, la simplificación y la flexibilidad⁶⁹³. Modernización para tener en cuenta las nuevas tecnologías; simplificación para aligerar normas demasiado detalladas y complejas; y, por último, flexibilidad para responder a las críticas sobre la excesiva rigidez de los procedimientos contractuales. Los cambios legislativos no se hicieron esperar y, desde el año 2004, en la UE existe un nuevo marco regulador de la contratación pública compuesto, principalmente, por dos textos: la Directiva 2004/17/CE (sectores especiales) y la Directiva 2004/18/CE (sectores clásicos)⁶⁹⁴ (ARROWSMITH: 2004, 1277; GIMENO FELIÚ: 2006; MORENO MOLINA-PLEITE GUADAMILLAS: 2007).

⁶⁹⁰ Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios (DOCE L 209, de 24 de julio de 1992); Directiva 93/36/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos de suministro; Directiva 93/37/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras y la Directiva 93/38/CEE del Consejo, de 14 de junio de 1993, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones (DOCE L 199, de 9 de agosto de 1993).

⁶⁹¹ COM (96) 583 final, de 27 de noviembre de 1996.

⁶⁹² COM (98) 143, de 11 de marzo de 1998.

⁶⁹³ COM (2000) 275 final/2, de 30 de agosto de 2000.

⁶⁹⁴ La Directiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de contratos en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de los servicios postales y la Directiva 2004/18/CE, de 31 de marzo, sobre la coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios (DOUE L 134, de 30 de abril de 2004).

Las citadas Directivas persiguen como objetivo inmediato la coordinación de los procedimientos de adjudicación para favorecer el desarrollo de una competencia efectiva en los sectores comprendidos en sus respectivos ámbitos de aplicación. Para lograrlo, el segundo considerando de la Directiva 2004/18/CE dispone que “la adjudicación de contratos celebrados en los Estados miembros por cuenta de autoridades estatales, regionales o locales y otros organismos de derecho público está supeditada al acatamiento de los principios del Tratado y, en particular, los principios de la libre circulación de mercancías, la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, así como de los principios que de estas libertades se derivan, como son el principio de igualdad de trato, el principio de no discriminación, el principio de reconocimiento mutuo, el principio de proporcionalidad y el principio de transparencia”.

En este sentido, el correcto funcionamiento del Mercado único es un objetivo compartido con la Directiva de Servicios; no obstante, hay que señalar que la celebración de un contrato de servicios por parte de los poderes adjudicadores se encuentra regulado por las normas relativas a la contratación pública y, si bien es cierto que, tanto las Directivas de contratación pública como la de Servicios pretenden la consecución del Mercado único, la Directiva 2006/123/CE no hace recaer su ámbito de aplicación sobre las mismas materias (considerando 57 de la Directiva Servicios).

Deteniéndonos en los elementos documentales previstos en la Directiva 2004/18/CE que son exceptuados de la aplicación de las medidas de simplificación adoptadas por la Directiva Servicios –esto es, el artículo 45, apartado 3 y los artículos 46, 49 y 50– observamos que éstos se encuentran recogidos bajo el epígrafe “criterios de selección cualitativa”. Estos criterios –según ha manifestado el TJCE– están vinculadas a la apreciación de la aptitud de los licitadores y candidatos para ejecutar un contrato y se centran exclusivamente en las cualidades personales y capacidades profesionales de quien pretende ser contratista⁶⁹⁵ (BOVIS: 1994; MARDAS-TRIANAFYLLOU: 1997; TREUMER: 2009).

⁶⁹⁵ El TJCE ha diferenciado, en distintas ocasiones, entre los criterios de selección cualitativa y los criterios de adjudicación de un contrato. La sentencia más comentada en este sentido ha sido la STJCE de 24 de enero de 2008, *Lianakis*, C-532/06, Rec. p. I-251, que en su apartado 27 manifiesta que la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras se efectúa con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica denominados criterios de selección cualitativa.

Concretamente, los documentos y certificados a los que se refiere la Directiva de Servicios inciden en la acreditación de las condiciones del licitador o candidato para ejercer una concreta actividad profesional. En su tenor literal nos encontramos con estar inscrito en un registro mercantil o profesional o, a falta de ello, un certificado que acredite que el interesado ha declarado bajo juramento que ejerce la profesión de que se trate (artículo 46 y Anexo IX Directiva 2004/18); aquellos que certifican que el operador económico cumple determinadas normas de garantía de la calidad y de gestión medioambiental (artículos 49 y 50 Directiva 2004/18) y, por último, los que verifican que el candidato o licitador no se encuentra incurso en una prohibición de contratar (artículo 45 Directiva 2004/18). Es en este contexto que cobran especial relevancia las declaraciones responsables.

3. La verificación de la aptitud de los candidatos y licitadores a través de las declaraciones responsables

El artículo 45 de la Directiva 2004/18/CE recoge distintas causas de exclusión de la participación de un operador económico en un contrato público, de tal manera que las personas físicas o jurídicas que se encuentren en alguna de las situaciones allí descritas estarían impedidas, en principio, para participar en la adjudicación de un contrato. Estas causas de exclusión hacen referencia a las cualidades personales del licitador o candidato y, más concretamente, a su honestidad profesional, a su solvencia, a su fiabilidad y a su capacidad económica y financiera (SCHOONER: 2004, 212; MEDINA: 2008, 105; BERMEJO VERA: 2009, 537).

Dichas exclusiones versan sobre actuaciones de diversa naturaleza que pueden ser agrupadas en tres categorías diferentes. La primera de ellas comprende aquellas exclusiones procedentes de una previa condena penal del candidato o licitador por la comisión de algunos tipos delictivos que, o afectan a su moralidad profesional o están relacionados con su participación en una organización delictiva, en actos de corrupción, de fraude o de blanqueo de capitales (causas penales). La segunda categoría se refiere a las prohibiciones derivadas de la infracción de ciertas obligaciones legales como son el no estar al corriente de sus obligaciones tributarias o con la Seguridad Social o el hacer declaraciones falsas al proporcionar la información exigida por los

órganos de contratación (causas administrativas) y, por último, en tercer lugar se concretan aquellas situaciones relacionadas con la falta de solvencia del candidato o licitador al encontrarse éste en situación de quiebra, de liquidación, de concurso de acreedores, etc. (causas económicas).

Con independencia de su categorización, la finalidad de todas estas exclusiones es limitar el derecho a participar en un procedimiento de adjudicación a aquellos agentes económicos que, en atención a su comportamiento, han mostrado no ser merecedores de la confianza del órgano de contratación. Se protege con ello a la entidad contratante de los “operadores económicos informales”⁶⁹⁶, a la vez que, de algún modo, se desincentiva el quebrantamiento de la legalidad vigente. No obstante, esta finalidad no siempre puede verse cumplida, y ello por una serie de elementos concatenados.

Primero, porque no existe una exhaustiva armonización comunitaria en esta materia, ya que las causas de exclusión del apartado segundo del artículo 45 de la Directiva son potestativas para los Estados miembros. Esto significa dotar a los Estados miembros de la facultad para incluirlas, o no, en sus respectivas legislaciones nacionales como muestra la expresión “podrá ser excluido de la participación en un contrato (...)”, que figura al principio de esta disposición⁶⁹⁷.

Además de ello, porque para que estas exclusiones se puedan aplicar correctamente, el órgano de contratación debe conocer las circunstancias –bien condenas penales, sanciones administrativas o decisiones relativas a insolvencias y quiebras– que habilitan dichas prohibiciones de contratar. Eso significa, en la práctica, que la falta de conocimiento de las circunstancias citadas obstaculiza su efectiva aplicación. Y es que, la prueba de no estar incurso en alguna de las causas que posibilitan la exclusión de un procedimiento de adjudicación corresponde al operador económico que quiere contratar con el sector público, si bien, será la legislación de cada Estado miembro la que determine qué clase de

⁶⁹⁶ Es la expresión utilizada por el Comité de las Regiones en su Dictamen sobre la Propuesta de Directiva sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de suministro, de servicios y de obras (DOCE C 144, de 16 de mayo de 2001, pág. 26); aunque hay que indicar que en la versión inglesa la expresión que encontramos es un tanto más rotunda “*dishonest suppliers*”.

⁶⁹⁷ Sobre estas causas de exclusión véanse, las sentencias del TJCE de 9 de febrero de 2006, *La Cascina y otros*, C-226/04 y C-228/04, Rec. p. 1347; de 16 de diciembre de 2008, *Michaniki*, C-213/07; de 19 de mayo de 2009, *Assitur*, C-538/07 y de 12 de noviembre de 2009, *Comisión/Grecia*, C-199/07.

información requiere de esos candidatos o licitadores en atención a los documentos, declaraciones y certificados señalados en el artículo 45.3 de la Directiva. No se podrá, sin embargo, requerir más documentación que la solicitada a los nacionales y, en todo caso, únicamente aquella prevista en la propia Directiva que actúa así como un máximo de exigibilidad⁶⁹⁸.

Esos medios de prueba abarcan desde una certificación de antecedentes penales, un documento equivalente expedido por órganos judiciales o administrativos competentes que permita verificar la elegibilidad de los licitadores, una declaración jurada o, en los Estados miembros en los que no exista, “una declaración solemne hecha por el interesado ante una autoridad judicial o administrativa competente, un notario o un organismo profesional competente del país de origen o de procedencia” (artículo 45.3). Con la intención confesada de simplificar la participación en un procedimiento de adjudicación y reducir las cargas burocráticas a las empresas, algunas normas nacionales sobre contratación pública, como es el caso de la belga⁶⁹⁹, e incluso europeas como el Reglamento 2342/2002 sobre normas de desarrollo del Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas⁷⁰⁰, prevén generalizar el mecanismo de la declaración responsable –*déclaration sur l'honneur*– para acreditar la situación personal del licitador o candidato en el marco de estos criterios de selección cualitativa.

⁶⁹⁸ Nada dice la Directiva 2004/18 sobre si existe o no la posibilidad de que el órgano de contratación pueda abstenerse de solicitar a los candidatos o licitadores cualquier documentación relativa a no incurrir en prohibición de contratar; sin embargo, el Reglamento 2342/2002 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002, sobre normas de desarrollo del Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas sí recoge tal posibilidad al señalar que el órgano de contratación, en función de la valoración de riesgos que efectúe, podrá no exigir el certificado de que no se encuentran en ninguna de las situaciones de exclusión en el supuesto de contratos de cuantía igual o inferior a 5.000 € (artículo 134 después de su modificación por parte del Reglamento 478/2007, de 23 de abril, DOUE L 111, de 28 de abril).

⁶⁹⁹ Véase la Circular de 23 de abril de 2007 relativa a la simplificación administrativa en los contratos públicos *Déclaration sur l'honneur implicite relative à la situation personnelle dans le cadre de la sélection qualitative* (Moniteur Belge n. 22718, de 27 de abril de 2007).

⁷⁰⁰ Artículo 134.1 del Reglamento 2342/2002 de la Comisión, de 23 de diciembre de 2002 (DOUE L 357, de 31 de diciembre) “Los candidatos y licitadores presentarán una declaración por su honor, debidamente fechada y firmada, en la que declaren que no se hallan incurso en ninguno de los casos mencionados en los artículos 93 y 94 del Reglamento financiero”. El resto de documentación requerida desde los Estados miembros para acreditar no estar incurso en un supuesto de prohibición de contratar se puede consultar en http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/2004_18/index_en.htm [Fecha de consulta: enero de 2010].

La aplicación de estas prohibiciones, en atención a las pruebas aportadas por los propios interesados, plantea también problemas específicos en cuanto a la supervisión, comprobación y verificación de esa documentación, no tanto en relación a los nacionales de cada Estado miembro –que también– sino en cuanto al necesario suministro de información entre Estados miembros sobre las sanciones, condenas penales u otras medidas que pudiesen afectar a la actividad profesional del futuro contratista, puesto que, como ya hemos señalado, la única manera de aplicar eficazmente estas exclusiones es tener un conocimiento cierto de las circunstancias que las generan.

En tal sentido, conviene recordar que la Directiva 2004/18/CE no prevé disposiciones con respecto a la puesta en práctica de estas exclusiones, ni sobre la creación de un sistema informatizado de intercambio de información entre Estados miembros tal como dispone la Directiva de Servicios en su artículo 34, o incluso, como se ha previsto por algunos países y organismos como el Banco Mundial, la publicación de “listas negras” –*blacklists*– de empresas excluidas (JACOBS – ANECHIARICO: 1992; WHITE: 2005, 253; OLAYA: 2005). No obstante, en el Reglamento financiero aplicable al presupuesto general de las Comunidades Europeas, el Reglamento 1605/2002, de 25 de junio⁷⁰¹, sí se contempla la creación y gestión, por parte de la Comisión, de una base central de exclusión con el objetivo de aplicar eficazmente este mecanismo de exclusión mediante un sistema de alertas que, bajo el respeto a las normas sobre protección de datos personales, ofrezca información detallada de aquellos candidatos y licitadores que se hallen incurso en alguna de las situaciones de exclusión y que posibilite el intercambio de esta información con las autoridades de diversos niveles⁷⁰².

Esta base de datos es, sin embargo, un instrumento diferente del sistema electrónico de intercambio de información previsto en la Directiva de Servicios y que, como hemos señalado anteriormente, se desarrolla a través del sistema de Información del Mercado Interior (IMI); y es que el IMI, si bien se concibe como una herramienta electrónica multilingüe de apoyo a la coope-

⁷⁰¹ DOUE L 248, de 16 de septiembre de 2002.

⁷⁰² El acceso a los datos contenidos en la base central de exclusión se establece en el Reglamento 1302/2008, de la Comisión, de 17 de diciembre (DOUE L 344, de 20 de diciembre de 2008). Sobre las alertas véase además la Decisión de la Comisión 2008/969, de 16 de diciembre de 2008, relativa al sistema de alerta rápida para uso de los ordenadores de la Comisión y de las agencias ejecutivas (DOUE L 344, de 20 de diciembre, p. 125).

ración administrativa en lo que atañe al corpus legislativo sobre Mercado interior⁷⁰³, por el momento se utiliza únicamente en relación con la Directiva sobre cualificaciones profesionales (Directiva 2005/36/CE) y con la Directiva de Servicios, por tanto, no con respecto a las Directivas sobre contratación pública (GONZÁLEZ GARCÍA: 2009, 469).

Una vez efectuados estos comentarios acerca de la excepción contenida en el artículo 5.4 de la Directiva de Servicios en relación con los aspectos documentales de la contratación pública, queda por examinar cómo han sido incorporados a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público (LCSP).

4. Las declaraciones responsables en la Ley de Contratos del Sector Público

La Ley de Contratos del Sector Público, al transponer al ordenamiento jurídico español la Directiva 2004/18/CE, se refiere también a los documentos excepcionados de las medidas de simplificación administrativa recogidas en la Directiva de Servicios. Esta Ley establece las condiciones de participación en los procedimientos de contratación bajo el epígrafe general de aptitud para contratar con el sector público, indicando en su artículo 43.1 que “sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en una prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica, financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas”. En este sentido, el requisito de la capacidad para contratar con el sector público español se reconoce a las empresas no españolas de Estados miembros de la Unión Europea “que, con arreglo a la legislación del Estado en que estén establecidas, se encuentren habilitadas para realizar la prestación que se trate” (artículo 47.1 LCSP).

⁷⁰³ Véase la Comunicación de la Comisión *Hacer realidad las ventajas del mercado interior mediante el reforzamiento de la cooperación administrativa*, COM (2008) 703 final, de 6 de noviembre y la Decisión 2009/739/CE, de 2 de octubre de 2009, por la que se establecen las medidas prácticas del intercambio de información entre Estados miembros por vía electrónica, de conformidad con lo dispuesto en el capítulo VI de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior (DOUE L 263, de 7 de octubre de 2009).

Estos criterios de aptitud regulan, por tanto, los requisitos positivos que deben cumplir los candidatos y licitadores para llegar a ser contratista (capacidad y solvencia), a la vez que facultan a las entidades contratantes para impedir participar en un procedimiento de contratación pública a aquellos candidatos y licitadores cuyas capacidades no sean suficientes para ejecutar correctamente el contrato (prohibiciones de contratar) (FUERTES LÓPEZ: 1997; GOSÁLBEZ PEQUEÑO: 2000; MORELL OCAÑA: 2003, 136; GALLEGRO CÓRCOLES: 2008, 515).

En cuanto a la forma de acreditar el cumplimiento de las condiciones de aptitud exigidas por la legislación contractual, ésta se debe llevar a cabo de conformidad con lo dispuesto en los artículos 61 y 62 de la LCSP. Conforme al artículo 62 LCSP la prueba para que el candidato o licitador justifique no estar incurso en alguna de las prohibiciones de contratar “podrá realizarse mediante testimonio judicial o certificación administrativa, según los casos, y cuando dicho documento no pueda ser expedido por la autoridad competente, podrá sustituirse por una declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado”. En este último supuesto, y según manifiesta la Junta Consultiva de Contratación Administrativa (JCCA), la referencia a las declaraciones responsables ante un organismo profesional cualificado carece de sentido respecto de los empresarios españoles, dado que es suficiente que la declaración responsable se realice ante el órgano de contratación; no obstante, la incorporación de esta posibilidad a la normativa contractual española ha estado motivada por la necesidad de incorporar el contenido de las Directivas comunitarias y prever situaciones que pudieran darse en otros Estados miembros⁷⁰⁴. Por esa misma razón, el propio artículo 62 establece que, en el caso de tratarse de operadores económicos de origen comunitario, esta acreditación se lleve a cabo a través de una declaración responsable, siempre, eso sí,

⁷⁰⁴ Informes de la JCCA 34/1995, de 24 de octubre y 16/1997, de 14 de julio. La JCCA se ha manifestado en distintas ocasiones acerca de las declaraciones responsables en la normativa contractual. Destacan, por ejemplo, su Recomendación de 23 de marzo de 1988 en la cual este órgano consultivo tuvo ocasión de afirmar que la declaración responsable podrá ser efectuada ante el propio órgano de contratación, aunque no se excluye que también pueda ser realizada ante otra autoridad administrativa distinta del órgano de contratación. Igualmente hay que destacar sus Informes 23/01, de 3 de julio, sobre las características de la declaración responsable, y 18/2002, de 13 de junio, acerca de la declaración de hallarse al corriente de las obligaciones tributarias y con la Seguridad social.

que dicha posibilidad esté prevista en la legislación del Estado miembro de procedencia (artículo 62.2 LCSP)⁷⁰⁵.

Esta declaración responsable, que acompañará al licitador o candidato a su proposición o solicitud de participación, debe incluir, de manera expresa, la manifestación de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social, sin perjuicio de que la certificación administrativa positiva que así lo acredite deba presentarse en el momento de elevar a definitiva la adjudicación provisional⁷⁰⁶ (artículo 62.1 LCSP en relación con los artículos 130.1.c) y 135.4 LCSP).

La presentación de esta declaración responsable sustituye así la presentación de las certificaciones positivas de estar al corriente en el cumplimiento de estas obligaciones, con lo que se simplifica la documentación necesaria para la tramitación del procedimiento de adjudicación. Es decir, en este caso concreto, se libera al licitador o candidato de la carga burocrática de tener que aportar dichas certificaciones y se posibilita su sustitución por una declaración responsable, bajo la advertencia de que incurrir en falsedad al efectuar esta declaración es causa de prohibición de contratar con todo el sector público (artículo 49.1.e) LCSP)⁷⁰⁷.

Conviene, no obstante, incidir en la idea de que no se trata de un supuesto de exoneración de la obligación de estar al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad social, sino de una excepción

⁷⁰⁵ En el caso de empresas de origen comunitario la declaración responsable también puede constituir título suficiente para la inscripción de la empresa en el Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado cuando los datos relativos a la personalidad y a la capacidad de obrar de estas empresas no sea posible acreditarlos por medio de la inscripción en un Registro profesional al no existir Registros equivalentes en la legislación del Estado donde están establecidos, como por ejemplo, ocurre en el Reino Unido. Véase a este respecto el artículo 17.6 del Real Decreto 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la LCSP (BOE núm. 118, de 15 de mayo).

⁷⁰⁶ En cuanto a la forma de acreditar el cumplimiento de las obligaciones tributarias y con la Seguridad Social hay que estar a lo que señalan los artículos 13, 14 y 15 del Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, que aún se encuentran en vigor.

⁷⁰⁷ La principal novedad que presenta la LCSP en materia de prohibiciones de contratar es la previsión de unas causas generales de prohibición con todo el sector público recogidas en su artículo 49.1 y otras causas específicas que impiden contratar únicamente con las entidades que tienen el carácter de Administraciones públicas (artículo 49.2).

al requisito formal de presentar la certificación administrativa que así lo acredita y que, en todo caso, se requiere a quien resulte adjudicatario del contrato (artículo 135.4 LCSP)⁷⁰⁸. Con la declaración responsable únicamente se retrasa la presentación de dichos certificados a un momento posterior e inclusive, si así se establece en los pliegos y con el consentimiento expreso del interesado, éstos pudieran ser sustituidos por certificaciones electrónicas o por la verificación telemática de esos datos por parte del órgano de contratación (GALLEGO CÓRCOLES: 2005, 219; MEDINA ARNÁIZ: 2006, 527; DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA: 2008, 2083; GAMERO CASADO: 2008, 103; MEDINA ARNÁIZ: 2009, 86).

Hay que destacar también que los aspectos documentales relacionados con las declaraciones responsables tienen en la LCSP carácter de legislación básica de conformidad con lo dispuesto en su Disposición final séptima, por lo cual no existe una normativa autonómica diferente sobre esta materia. A pesar de lo dicho, y dado que entre los modos de acreditar el cumplimiento de las obligaciones tributarias se considera como norma de carácter no básico aquellos que se refieren a la contratación autonómica⁷⁰⁹, algunas Comunidades Autónomas –como es el caso de Castilla y León– han aprobado su propia normativa por la cual, en los procedimientos de licitación convocados por su Administración, se exime a las empresas de la certificación de hallarse al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias y se considera suficiente su acreditación mediante la presentación de una declaración responsable⁷¹⁰. Asimismo, y por lo que respecta a Castilla y

⁷⁰⁸ Durante el plazo de los quince días hábiles que median entre la adjudicación provisional y definitiva “el adjudicatario deberá presentar la documentación justificativa de hallarse al corriente en el cumplimiento de sus obligaciones tributarias y con la Seguridad social y cualesquiera otros documentos acreditativos de su aptitud para contratar”.

⁷⁰⁹ Véase la Disposición final primera del Reglamento General de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en referencia a su artículo 13.1 e), que aún se encuentra en vigor, o con anterioridad a esta norma, la Disposición final primera del Real Decreto 390/1996, de 1 de marzo, de desarrollo parcial de la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, al establecer que su artículo 7.1.e) no tenía el carácter de legislación básica siendo de aplicación a las contrataciones de las Comunidades Autónomas únicamente en defecto de normativa aplicable.

⁷¹⁰ Decreto 132/1996, de 16 de mayo de 1996, por el que se establecen normas transitorias para la contratación con la Administración de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y por el cual se exime a las empresas de la certificación de hallarse al corriente del cumplimiento de sus obligaciones tributarias (BOCyL núm. 95, de 20 de mayo).

León, se auguran más cambios en esta materia, puesto que como parte de su Plan Estratégico de Modernización 2008-2011, aprobado por Acuerdo 32/2008, de 17 de abril, se va a adoptar una serie de medidas encaminadas a implantar un nuevo sistema de información para la gestión de la contratación pública en la Administración de la Comunidad Autónoma utilizando para ello medios electrónicos, informáticos y telemáticos, que necesariamente tratarán también sobre la simplificación documental en los procesos de contratación pública⁷¹¹.

En cualquier caso, y por lo que corresponde a este apartado del trabajo, las declaraciones responsables en el ámbito de la contratación pública se puede definir como uno de los medios de los que dispone el licitador o candidato para acreditar que no se encuentra incurso en una prohibición de contratar. Sin embargo, estas declaraciones no otorgan el reconocimiento de un derecho tal y como sucede en el caso de las declaraciones responsables de las que trata el artículo 7.1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el acceso a las actividades de servicio y su ejercicio (“Ley Paraguas”) y el nuevo artículo 71 bis de la Ley 30/1992 incorporado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (“Ley Ómnibus”). En estas Leyes el sometimiento de una actividad a la realización de una declaración responsable se concibe como una técnica de intervención administrativa que permite, con carácter general, acceder a dicha actividad y a ejercerla por tiempo indefinido⁷¹². Estas declaraciones responsables son el objeto del siguiente apartado.

⁷¹¹ Véase a este respecto, el Acuerdo 33/2009, de 20 de marzo, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueban directrices vinculantes para todos los órganos de la Administración de la Comunidad en materia de contratación administrativa (BOCyL núm. 57, de 25 de marzo de 2009).

⁷¹² Artículo 7.1 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre: “Con carácter general la realización de una comunicación o una declaración responsable o el otorgamiento de una autorización permitirá acceder a una actividad de servicios y ejercerla por tiempo indefinido” y artículo 71.3 bis de la LRJ-PAC.

Tabla 1. Tabla de correspondencias de la documentación contractual entre la Directiva 2004/18/CE y la Ley de Contratos del Sector Público

Directiva 2004/18/CE Criterios de selección cualitativa	Ley de Contratos del Sector Público Aptitud para contratar con el sector público
<p>Artículo 46</p> <ul style="list-style-type: none"> • Habilitación para ejercer la actividad profesional. <ul style="list-style-type: none"> - Inscripción en un registro profesional o mercantil. - Declaración jurada. - Certificado. 	<p>Artículo 43</p> <ul style="list-style-type: none"> • Condiciones de aptitud. <p>Artículo 73</p> <ul style="list-style-type: none"> • Certificados comunitarios de clasificación.
<p>Artículo 45</p> <ul style="list-style-type: none"> • Causas de exclusión de la participación en los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos. <p>Artículo 45.3</p> <ul style="list-style-type: none"> • Medios de acreditar la elegibilidad de los licitadores y candidatos. <ul style="list-style-type: none"> - Certificado de antecedentes penales. - Documento equivalente expedido por una autoridad judicial o administrativa competente. - Declaración jurada. - Declaración solemne hecha por el interesado ante una autoridad judicial o administrativa competente, un notario o un organismo profesional competente del país de origen o de procedencia. 	<p>Artículo 47</p> <ul style="list-style-type: none"> • Normas especiales sobre capacidad de las empresas comunitarias. <p>Artículo 49</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prohibiciones de contratar. <p>Artículo 62</p> <ul style="list-style-type: none"> • Prueba de la no concurrencia de una prohibición de contratar. <ul style="list-style-type: none"> - Testimonio judicial. - Certificación administrativa. - Declaración responsable otorgada ante una autoridad administrativa, notario público u organismo profesional cualificado. <p>Artículo 130.1.c)</p> <ul style="list-style-type: none"> • Presentación de la documentación acreditativa del cumplimiento de los requisitos previos. <ul style="list-style-type: none"> - Declaración responsable de no estar incurso en prohibición de contratar.
<p>Artículo 49</p> <ul style="list-style-type: none"> • Normas de garantía de la calidad. <p>Artículo 50</p> <ul style="list-style-type: none"> • Normas de gestión medioambiental. 	<p>Artículo 69</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acreditación del cumplimiento de las normas de garantía de calidad a través de certificados. <p>Artículo 70</p> <ul style="list-style-type: none"> • Acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental a través de certificados.

Fuente: Elaboración propia.

5. Un cambio de modelo de intervención administrativa: de un régimen de autorización administrativa previa al sometimiento de la actividad a una comunicación previa o a una declaración responsable

El proceso de transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento español ha supuesto la revisión de nuestro modelo de intervención económica. Esta revisión supone sustituir, en la mayor parte de los casos, un régimen general de autorización previa para el inicio o desarrollo de una actividad de prestación de servicios por unas técnicas menos restrictivas como son la comunicación previa y la declaración responsable, o incluso, prever su supresión sin que se sustituya por ningún otro instrumento (LINDE PANIAGUA: 2008, 35; REBOLLO PUIG: 2009, 40; RIVERO YSERN: 2009, 151).

Este cambio de modelo supone una revolución administrativa –como es calificada por gran parte de la doctrina– en cuanto que obliga a las Administraciones públicas a cambiar su forma de relacionarse con los ciudadanos, pasando de un modelo de control preventivo de la actividad privada mediante el instrumento de la autorización administrativa –control *ex ante*– a un control *a posteriori* basado en la actividad administrativa de inspección y, en su caso sancionadora, que obliga asimismo a fomentar y reforzar los mecanismos de cooperación administrativa⁷¹³ (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: 2007, 192; MUÑOZ MACHADO: 2009, 3; PAREJO ALFONSO: 2009, 35; RIVERO ORTEGA: 2009, 20).

⁷¹³ Respecto a considerar estos cambios como revolución administrativa, RIVERO ORTEGA se pregunta si se trata de una revolución o más bien de la aplicación del sentido común al “cambiar una cultura burocrática de controles previos, con los funcionarios sentados en sus mesas esperando a que los empresarios les lleven sus papeles, por otra en la que tendrán que preocuparse de comprobar, sobre el terreno, que las actividades se realizan correctamente, cooperando efectivamente con el resto de autoridades administrativas, nacionales y europeas”. Para FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, el marco general que la Directiva de Servicios establece para el régimen de autorizaciones supone una verdadera revolución. PAREJO ALFONSO se refiere al cambio radical en el orden normativo interno que impone la Directiva de Servicios y a la necesidad de plantear “la reconstrucción del Derecho Administrativo y la Administración pública que requiere la funcionalidad de la policía administrativa *ex post*”. Por su parte MUÑOZ MACHADO habla de cambio radical de carácter legislativo y administrativo ya que “con la Directiva de Servicios las instituciones comunitarias han dado un gran golpe de timón a las prácticas e instituciones administrativas, enraizadas en la mayor parte de los Estados europeos, como el nuestro, desde hace decenios”. No podemos olvidar, sin embargo, que a pesar de que esta Directiva aplica el mismo régimen a buena parte de los servicios europeos, su alcance no está generalizado ya que deja fuera de su ámbito de aplicación muchas otras actividades de servicios (artículo 2.2 Directiva).

Y es que, la Directiva de Servicios entiende que establecer un marco normativo que facilite el acceso a las actividades de servicio y a su ejercicio pasa irremediamente por la supresión de la mayor parte de los regímenes de autorización, considerando por tales “cualquier procedimiento en virtud del cual el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio” (artículo 4.6 de la Directiva de Servicios)⁷¹⁴. De esta manera, pone bajo sospecha la regulación del acceso al mercado de servicios mediante autorización administrativa al partir de la idea de que ésta constituye una restricción de la libertad de establecimiento por implicar una carga burocrática que puede llegar a obstaculizar, disuadir o hacer menos atractivo el ejercicio de dicha libertad⁷¹⁵. En este mismo sentido, la Directiva de Servicios considera contraria a la libertad de establecimiento y de circulación de servicios la exigencia de una autorización previa que reserve el ejercicio de una actividad a aquellos operadores económicos que cumplen unos requisitos predeterminados si el mismo objetivo que se persigue con la autorización se puede alcanzar con medidas menos restrictivas⁷¹⁶; no obstante, y a pesar de lo dicho, es importante señalar que la Directiva de Servicios no prohíbe el régimen autoriza-

⁷¹⁴ La definición de régimen de autorización que nos ofrece el considerando 39 de esta Directiva se ajusta bastante a la noción clásica de autorización como acto administrativo que permite a una persona el ejercicio de un derecho o facultad que le corresponde previa valoración de la legalidad de tal ejercicio en relación con el interés específico que el sujeto autorizante debe tutelar (LAGUNA DE PAZ: 2006). Así entiende este considerando que son regímenes de autorización “los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar concertado con un organismo o de obtener un carné profesional” (VILLAREJO GALENDE: 2009, 21).

⁷¹⁵ Recordemos que según reiterada jurisprudencia del TJCE, deben considerarse restricciones a la libertad de establecimiento todas aquellas medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad. Y es que, el artículo 43 CE –hoy artículo 49 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea– se opone a cualquier medida nacional de este tipo, aun cuando sea aplicable sin discriminación por razón de la nacionalidad al ser aplicable también a sus propios nacionales. Véase, entre otras, las sentencias de 14 de octubre de 2004, *Comisión/Países Bajos*, C-299/02, Rec. p. 19761, apartado 15; de 21 de abril de 2005, *Comisión/Grecia*, C-140/03, Rec. p. 13177, apartado 27 y de 19 de mayo de 2009, *Comisión/Italia*, C-531/06, apartado 43.

⁷¹⁶ Véanse en este mismo sentido las sentencias del TJCE de 10 de marzo de 2009, *Hartlauer*, C-169/07, apartado 34 y de 19 de mayo de 2009, *Apothekerkammer*, C-171/07 y C-172/07, apartado 23.

En efecto, las autorizaciones administrativas no desaparecen como técnica de intervención en el mercado de servicios. En principio, porque no todas las actividades de servicios están incluidas en el ámbito de aplicación de esta Directiva (artículo 2.2) y, además de ello, porque su artículo 9 supedita el acceso de una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se cumplan tres requisitos: En primer lugar que no tenga carácter discriminatorio, en segundo término, que esté justificado por razones de interés general y, por último, que sea proporcionado, lo cual significa que el objetivo de interés general no pueda ser conseguido mediante una medida menos restrictiva (SALVADOR ARMENDÁRIZ - VILLAREJO GALENDE: 2008, 45; SÁNCHEZ ARMAS: 2009, 405). Por tanto, y a *sensu contrario*, la Directiva de Servicios establece la eliminación de todo procedimiento de autorización que afecte al acceso o ejercicio de una actividad de servicios, si dicho procedimiento no cumple con los requisitos de necesidad, proporcionalidad y carácter no discriminatorio⁷¹⁷.

6. La transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León: especial referencia a las declaraciones responsables

La transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León se lleva a cabo por parte del Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León⁷¹⁸, si bien algunas medidas para la simplificación en la tramitación administrativa ya habían sido implantadas con anterioridad por el Decreto 23/2009, de 26 de marzo, con el fin de hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a no presentar documentos

⁷¹⁷ Según las conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Ján Mazák el 30 de septiembre de 2009 en el asunto *Comisión/Alemania*, C-546/07, apartado 50 "las razones que puede invocar un Estado miembro para justificar una excepción al principio de la libre prestación de servicios deben ir acompañadas de pruebas adecuadas o de un examen de la oportunidad y de la proporcionalidad de la medida restrictiva adoptada por ese Estado, así como de datos precisos en los que pueda sustentarse su argumentación". En este mismo sentido, véase también las sentencias de 19 de junio de 2008, *Comisión/Luxemburgo* C-319/06, Rec. p. I4323, apartado 51 y la de 7 de julio de 2005, *Comisión/Austria*, C-147/03, Rec. p. I5969, apartado 63.

⁷¹⁸ Publicado en el BOCyL núm 247, de 26 de diciembre de 2009.

no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, o que ya se encuentren en poder de la Administración⁷¹⁹.

A lo largo del articulado del Decreto Ley 3/2009, se operan distintas modificaciones de la legislación castellano y leonesa eliminando la previa autorización administrativa para el acceso a algunas actividades de servicios –que no a todas– y sustituyéndose por una declaración responsable. Nace así la obligación para la Administración autonómica de tener a disposición de todos los interesados modelos de declaración responsable “cuya presentación se podrá efectuar vía electrónica y a distancia”⁷²⁰.

Por parte de este Decreto Ley se prevé la supresión del régimen autorizatorio sustituyéndolo por un régimen de declaraciones responsables en las siguientes materias: turismo, caza, ruido y mediación familiar, si bien para el reconocimiento de la condición de Feria Comercial Oficial, “las entidades organizadoras presentarán ante la Consejería competente una solicitud en la que se incluyan sus datos identificativos y los relativos a las actividades feriales para las que solicitan el reconocimiento de la condición de feria comercial oficial”⁷²¹.

- a) Turismo. Se modifica el artículo 14 de la Ley 10/1997, de 19 de diciembre, de Turismo de Castilla y León, en el sentido que para el establecimiento y desarrollo de la actividad turística en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, las empresas turísticas ya no necesitan obtener de

⁷¹⁹ El Decreto 23/2009, de 26 de marzo, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos, desarrollado por la Orden ADM/941/2009, de 2 de mayo, suprime, por un lado, la obligación de aportar determinados documentos en la tramitación de un procedimiento administrativo y, por otro, inicia una línea de sustitución de esos documentos por declaraciones responsables (BOCyL núm. 81, de 4 de mayo de 2009).

⁷²⁰ Nuevo apartado 2 del artículo 59 de la Ley 3/2001, de 3 de julio, del Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León. En el ámbito de la Administración de la Generalidad de Cataluña se ha puesto a disposición de los interesados un modelo de declaración responsable en las oficinas de la Oficina de Gestión Empresarial (OGE) y en soporte electrónico en la Web institucional de la Administración de la Generalidad <http://www.gencat.cat/oge/documents/docscast/index.html> [Fecha de consulta: enero de 2010]. Por su parte, el Decreto de las Islas Baleares 60/2009 de 25 de septiembre, por el cual se establecen la unificación de los procedimientos y la simplificación de los trámites en materia turística, establece un modelo de declaración responsable de inicio de actividad turística en su Anexo I y de comunicación de modificación de datos en su Anexo II (BOIB núm. 143, de 1 de octubre de 2009).

⁷²¹ Artículo 11 de la Ley 6/1997, de 22 de mayo, de Ferias Comerciales Oficiales de Castilla y León.

la Administración competente las autorizaciones y clasificaciones preceptivas, sino que es suficiente presentar las declaraciones responsables que se establezcan que, en todo caso, conllevará la inscripción de oficio de la empresa turística en el Registro de Empresas, Actividades y Profesiones Turísticas.

- b) Caza. Se modifica el artículo 54 de la Ley 4/1996, de 12 de julio, de caza de Castilla y León para eliminar el régimen de autorización de las granjas cinegéticas y sustituirlo por una declaración responsable hecha por el titular de la granja con carácter previo a la puesta en marcha de su actividad y que le habilita, desde el día de su presentación, para el desarrollo de la actividad con una duración indefinida.
- c) Ruido. Se modifica el artículo 18 de la Ley 5/2009, de 4 de junio, del Ruido de Castilla y León, en referencia a las Entidades de Evaluación Acústica. Estas entidades ya no necesitan contar con la correspondiente autorización de la Consejería competente en materia de medio ambiente para desarrollar su actividad en esta Comunidad Autónoma, pues ahora únicamente se requiere que con carácter previo al inicio de su actividad, presenten, ante la misma Consejería, una declaración responsable en la que manifiesten, bajo su responsabilidad, que cumplen los requisitos establecidos para el ejercicio de la actividad, que dispone de documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante la vigencia de la actividad.
- d) Mediación familiar. Se modifica el artículo 8 de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar en el sentido de eliminar la previa inscripción en el Registro de Mediadores Familiares –en su condición de régimen autorizador– sustituyéndolo por la presentación de una declaración responsable que habilita a la realización de las actividades de mediación familiar desde el día de su presentación al Registro de Mediadores Familiares de Castilla y León.

Por lo que respecta a los modelos de declaración responsable que deben estar a disposición de todos los interesados, éstos deberán reflejar el contenido mínimo que señalan tanto el artículo 3.9 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el acceso a las actividades de servicio y su ejercicio (“Ley Paraguas”), como el artículo 71 bis de la LRJ-PAC incorporado por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre (“Ley Ómnibus”), y en el ámbito de Castilla y León, el artículo 16 del Decreto 23/2009, de 26 de marzo, de medidas

relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos que, al definir las declaraciones responsables, señalan que éstas deben recoger: que se cumple con los requisitos establecidos en la normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo, que se dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio⁷²².

Además de los datos anteriores, un posible modelo de declaración responsable en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Castilla y León para las actividades sometidas a declaración responsable, debiera atender a lo dispuesto en la Orden ADM/942/2009, de 2 de mayo, sobre normalización de formularios asociados a procedimientos administrativos⁷²³ y en el artículo 70 de la LRJ-PAC, con lo que ese hipotético modelo de declaración responsable pudiera tener el siguiente contenido:

1. Los símbolos y logotipos corporativos, así como los elementos de identidad que correspondan al procedimiento.
2. La denominación del formulario. Un título que exprese claramente el objeto de la solicitud.
3. Datos del interesado. Identificación de la persona titular o promotora.
4. Datos de identificación de la empresa.
5. Declaración responsable que incluya distintos apartados:
 - 5.1 Declaración responsable de cumplimiento de los requisitos previstos en el artículo 71 bis de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, esto es: (a) que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de ese derecho o facultad o para su ejercicio, (b) que dispone de la documentación que así lo acredita, (c) que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inhe-

⁷²² El artículo 16 del Decreto 23/2009, de 26 de marzo, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos, señala que: "A los efectos de lo dispuesto en este Decreto, se entenderá por declaración responsable, aquélla que suscribe la persona interesada o quien la presente, en la que manifiesta, con todas las responsabilidades que se deriven de su inexactitud, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa reguladora del correspondiente procedimiento administrativo, que, en su caso, se compromete a mantener su cumplimiento durante el tiempo que cada procedimiento disponga o que dispone de la documentación cuya presentación es obligatoria. En la declaración responsable constará, necesariamente, la identificación de la persona que la suscribe".

⁷²³ (BOCyL núm. 81, de 4 de mayo de 2009).

rente a dicho reconocimiento o ejercicio y (d) que se compromete a aportar los justificantes y documentos que sean requeridos por parte de la Administración.

- 5.2 Declaración de otros requisitos de carácter general: (a) que los datos consignados en esta declaración son ciertos y que se es conocedor de que la inexactitud o falsedad de estos datos comportará la suspensión de la actividad y la cancelación de la inscripción en el Registro pertinente, así como la instrucción del correspondiente expediente sancionador, (b) que está informado de que el hecho de presentar esta declaración faculta a la Administración autonómica, si procede, en cualquier momento, electrónicamente o por otros medios, a realizar las comprobaciones necesarias para verificar la conformidad de los datos declarados.
- 5.3 Declaración responsable del cumplimiento de los requisitos específicos previstos por la normativa propia de cada actividad de servicios (a) que la empresa de la cual soy el titular / representante /promotor, cumple los requisitos establecidos para el ejercicio de la actividad XX en su normativa específica XX.
6. El lugar y fecha
En....., a de de 20.....
7. La firma del interesado o acreditación de su voluntad expresada por cualquier medio.
8. Destino. El órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige.
9. Protección de datos. Se incluirán las referencias oportunas para asegurar el tratamiento confidencial de los datos de carácter personal contenidos en la solicitud, así como su adecuado uso y su posible cesión por parte del órgano gestor, de acuerdo con lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de noviembre, de Protección de datos de carácter personal, y demás normativa de desarrollo. Igualmente, se hará referencia expresa al Centro Directivo que efectúe el tratamiento de dichos datos, así como la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición ante él.



Capítulo XI

Administración electrónica
y Directiva de Servicios.
La transposición real
de la en Castilla y León:
¿para cuándo?

SUMARIO

1. Falta de concreción de la normativa ¿quién, cómo y cuándo se harán los cambios necesarios para aplicar la Directiva a los procedimientos? 2. ¿Por qué la Unión Europea apuesta por la Administración Electrónica? 3. Necesidades Concretas de la Unión Europea: Una Administración Europea *on line*. 4. La Ley 11/2007 de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los servicios. Una norma que se aprobó pensando, fundamentalmente, en la Administración General del Estado. 5. Administración Electrónica en Castilla y León: insuficiente regulación, dificultades para la aplicación y transposición de la Directiva de Servicios hasta 2011. 6. Regulación de la Administración electrónica en la Ley 11/2007 y efectos en la normativa castellano-leonesa. A. Un mecanismo de buena administración para asegurar los derechos de los ciudadanos. B. Ley 11/2007: incumplimiento de las exigencias de la Directiva en las Comunidades Autónomas y los entes Locales, el inicio de la demora. 7. El Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre de Medidas de Impulso de las Actividades de servicios en Castilla y León: otra prórroga para la efectividad práctica de la Directiva en materia de Administración Electrónica. A. Una nueva organización. B. Un desarrollo tecnológico aún en proceso de elaboración. a) *e-Identificación* y *e-Tramitación*. b) *Interoperabilidad*. c) *e-tramitación*. 8. Administración Electrónica para todos los prestadores de servicios, en 2011

ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA Y DIRECTIVA DE SERVICIOS. LA TRANSPOSICIÓN REAL EN CASTILLA Y LEÓN: ¿PARA CUÁNDO?

Zulima Sánchez Sánchez
Profesora Contratada de Derecho Administrativo
Universidad de Salamanca

1. Falta de concreción de la normativa ¿quién, cómo y cuándo se harán los cambios necesarios para aplicar la Directiva a los procedimientos?

Hace poco que el Parlamento aprobó las normas encargadas de la transposición de la Directiva 2006/123/CE en España, y ya son varias las críticas de la doctrina⁷²⁴ sobre la Ley 17/2009, de libre acceso a las actividades y servicios así como a la Ley Ómnibus en cuanto a la necesaria creación de una serie de mecanismos técnicos que hagan posible la implementación de la Directiva. La tramitación de procedimientos *on line* desde cualquier país de la Unión necesita de un soporte que facilite el acceso a todos los trámites que

⁷²⁴ Vid. GAMERO CASADO, E.: "Los Municipios y la ventanilla única de la Directiva de Servicios", en Transposición de la Directiva de Servicios, *Revista de Estudios Locales*, número 122, ed. Thomson-Aranzadi, 2009, p. 154. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z.: "Administración Electrónica y Directiva de Servicios: ¿al servicio del mercado o paradigma de buena administración?", en *Mercado Europeo y Reformas Administrativas. La transposición de la directiva de servicios en España*, Director: RICARDO RIVERO ORTEGA, ed. Civitas, 2009, p. 216.

deben realizarse para cada uno de los Servicios. Al menos este es el objetivo reflejado en la normativa Europea y así aparece también en la normativa de transposición de la Directiva en España y también en el propio Decreto de la Junta de Castilla y León. Este nuevo soporte técnico necesita cambios en un doble sentido: por un lado es preciso adaptar técnicamente la Administración mediante equipos y soportes que faciliten la labor de acceso a procedimientos e información, y por otro lado también es necesaria una nueva reestructuración de la organización administrativa, como se pone de relieve desde el primer artículo del Decreto 3/2009, con la aparición de los denominados Centros de Gestión Unificada.

El problema se plantea porque, si bien teóricamente las administraciones y el legislador nacional y autonómico tienen clara la necesidad de proceder a estos cambios, parece que la aprobación de estas primeras normas que se encargan de transponer la Directiva de Servicios en España y en la Comunidad Autónoma de Castilla y León posponen a un momento ulterior la adopción de tan importantes medidas técnicas, que por otro lado resultan esenciales para que toda la legislación tenga ejecutividad práctica. Por tanto podemos avanzar la patente falta de concreción en cuanto a la forma en la que se van a articular estos procedimientos, así como quien será el órgano encargado de realizar los mismos.

El Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre de Medidas de Impulso de las Actividades y Servicios de Castilla y León también es una muestra más de falta de concreción en cuanto a la forma en que se reestructurará la Administración Autónoma para hacer frente a gran cantidad de procedimientos nuevos, o antiguos pero modificados (acortando plazos, o suprimiendo presentación de documentación mediante la declaración responsable para la concesión de licencias). Parece que el soporte que se empleará será el que ya se empezara a poner en marcha tras la aprobación de la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos... y que ha dado lugar, en el ámbito autonómico, a la aprobación de la Orden PAT/136/2005, de 18 de enero, por la que se crea el registro telemático de la Administración de Castilla y León y se establecen criterios generales para la presentación telemática de escritos⁷²⁵ y también a la inclusión de un Capítulo III en el pro-

⁷²⁵ Modificada por las Órdenes ADM/1909 y 1910/2009, que introducen variaciones en el Anexo.

yecto de Ley de Derechos de los Castellano y Leoneses, que tiene el título de Administración Electrónica. En el proyecto, el artículo 48, dice que la ubicación para acceder a los servicios *on line* de la administración autonómica se ubicará dentro de la página Web corporativa <http://www.jcyl.es>. Por otro lado, parece que desde la Administración General del Estado se ha optado por unificar en un único portal todos los trámites que cada prestador de servicios deberá seguir frente a las distintas administraciones... lo que implicará redireccionar al ciudadano desde la página estatal a la autonómica que posibilite la tramitación de procedimiento *on line*.

Pero por el momento, ni la normativa existente, ni el nuevo Decreto solucionan el problema práctico de cómo funcionará la Administración Electrónica para dar solución a la realidad del mercado europeo único que debería ser efectivo desde el 1 de enero de 2010. A continuación veremos cuales han sido las posibles causas de que la Directiva, pese a que ha llegado la fecha para su implementación, no es una realidad porque los prestadores de servicios, aún, no pueden en todos los ámbitos materiales ni territoriales tramitar *on line* sus solicitudes.

2. ¿Por qué la Unión Europea apuesta por la Administración Electrónica?

La aparición de nuevas tecnologías aplicadas a la información y a la comunicación (TIC), se conoce con el nombre de la Era de la Información⁷²⁶. Esta transformación se ha incorporado en las relaciones entre los ciudadanos, las empresas y las Administraciones públicas que en los últimos cinco años han empezado a modificar su normativa y también su organización y medios adoptando las tecnologías de la información y comunicación en un proceso definido como Administración electrónica o "e-government". Esta nueva forma de relación supone el acceso libre y en condiciones de igualdad para

⁷²⁶ CASTELLS, M.: *La era de la Información: economía, sociedad y cultura*. (I) La sociedad en red, Alianza, Madrid, 2005 p. 61. Gamero Casado, E.: *El derecho Administrativo ante la Era de la Información*, La Ley de Administración Electrónica, Ed. Aranzadi, Navarra, 2008, p. 29.

todos a la información⁷²⁷, y nosotros añadimos que ese acceso debe ampliarse a la información en poder de las Administraciones públicas, respetando la protección de datos de carácter personal, claro está. Sin duda esta es una de las posibilidades que permite la administración electrónica siempre que se termine con uno de sus principales obstáculos: la brecha electrónica. La Administración electrónica ha de implementarse desde el desarrollo de una infraestructura que haga posible que todo ciudadano tenga el mismo derecho a comunicarse por estos medios con la Administración, otro de los grandes retos de la administración electrónica. Esta situación ha llevado, precisamente, a que en los últimos tiempos se haya pensado en la teleadministración como un mecanismo más universal de acceso que la administración electrónica, puesto que muchos ciudadanos no poseen ordenador o acceso a Internet y, en cambio, si cuentan con un teléfono móvil⁷²⁸.

Desde la Unión Europea se ha impulsado esta nueva forma de Administración ya que puede ayudar a los gobiernos, empresas y sociedad a afrontar el reto que impone la propia evolución en el establecimiento de un mercado común y del que depende el avance y consolidación que del proyecto de la Unión Europea, que como afirma Linde no ha llegado al mercado único y no es ni siquiera un mercado interior acabado⁷²⁹. La última exigencia de adaptación de las administraciones a la realidad de la Administración electrónica viene incluida en la Directiva de Servicios que es un paso adelante en la consecución real de un mercado único y para ello se exige la eliminación de las trabas burocráticas y administrativas que, hasta el momento, frenaban en la práctica la circulación real de empresas en la prestación de servicios. La exigencia de simplificación administrativa establecida por la Directiva de Servicios obliga a utilizar como

⁷²⁷ MOGLEN, E.: *The dotComunist Manifesto*, Columbia University Publications, Nueva York, 2003, p. 1. <http://emoglen.law.columbia.edu/publications/dcm.html>, p. 9. En este manifiesto se establece en el apartado 7 el derecho a acceder a la información institucional, así como el acceso a materiales educativos utilizados en el sistema público de educación.

⁷²⁸ VV.AA.: *Las TIC en la Administración local del futuro*, Ariel, Barcelona, 2008, pp. 163 a 171. En este apartado se desarrollan distintas experiencias prácticas para la utilización de la telefonía móvil en el ámbito local. El proyecto recoge el contenido de la "ciudad móvil" que permite utilizar el dispositivo móvil para gestión administrativa, en concreto consultar el estado de procedimientos como concesiones de licencia, avisos de trámites, certificación de obras o pago telefónico de sanciones.

⁷²⁹ LINDE PANIAGUA, E.: "Libertad de Establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº14-1^{er} semestre 2008, pp. 83 y 84.

herramienta para su implementación real la modernización de la Administración. Esta modernización exige una nueva organización, una reducción y simplificación procedimental y una apuesta por la administración electrónica⁷³⁰. Estos tres elementos deben ser tenidos en cuenta para que la Directiva cumpla su objetivo. Y en este estudio analizaremos si estas modificaciones se han introducido en las normas que se han aprobado en el Estado y en la Comunidad Autónoma de Castilla y León para la transposición de la Directiva.

En la Unión Europea la preocupación por esta materia empieza con la entrada del nuevo milenio. Las Directivas aprobadas sobre Administración electrónica tienen la finalidad de permitir mejoras en la consecución de un mercado único: la Administración electrónica se encuentra al servicio del mercado, de su desarrollo y existe con el objetivo de conseguir mejoras en las barreras burocráticas que en la Unión puede encontrarse cualquier empresario o prestador de servicios. Por tanto la regulación que se ha hecho sirve como un medio y nunca ha constituido, en la práctica, un fin para reformar por completo las prácticas de las administraciones de los países que conforman la Unión. Esto queda patente en la escasa regulación que hay, siempre en protección de otros derechos o para conseguir la efectividad de otras políticas o decisiones pero no como un fin de buena administración.

La alternativa no es, de momento, que se exija desde la Unión abordar una reforma completa de la Administración que implique que todas las actuaciones se hagan por medios electrónicos. Al problema de la brecha digital se unen otros financieros y de organización que probablemente hicieran imposible acometer a corto o medio plazo tales reformas. Lo que sí se debe plantear, partiendo de la idea de Administración electrónica como medio, es a qué fines debería servir. Parece claro que desde Europa se ha apostado por la Administración electrónica para facilitar las exigencias burocráticas a empresas prestadoras de servicios, pues este es el fin de la Directiva de Servicios, o en materia de contratación pública como las dos Directivas de adjudicación de contratos en los sectores de agua, energía y transportes y de servicios postales (2004/17/CE) y los de obras suministro y servicios (2004/18/CE).

⁷³⁰ VILLAREJO GALENDE, H.: "La simplificación administrativa en la directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la administración electrónica española y el desafío que plantea su trasposición", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº14-1^{er} semestre 2008.

No obstante, aunque las Directivas aprobadas defienden la simplificación en aras de conseguir un verdadero mercado único, analizando los objetivos de las iniciativas eEurope, se vislumbra una intención a largo plazo de implementar las nuevas tecnologías para conseguir mejoras en aspectos puntuales que se pueden identificar con mecanismos de buena administración. En el plan de acción de eEurope 2005, aunque el texto no hace un reconocimiento expreso, sí podría intuirse que la Administración electrónica es un aliado para defender derechos y principios de buena Administración y de derechos del procedimiento administrativo que existen en todas las legislaciones. Además la Unión al poner las nuevas tecnologías al servicio de las empresas, también se ha visto en la necesidad de defender a otros colectivos: es un buen aliado para la defensa de los derechos de los consumidores que contratan por Internet; así la Directiva de 8 de junio de 2000 de comercio electrónico, se aprueba con la finalidad de garantizar una serie de derechos a los consumidores que optan por este tipo de servicios⁷³¹ También supone una herramienta idónea para cumplir con el principio de información y transparencia administrativa, prueba de ello es la Directiva de reutilización de la información del sector público, que afecta a la información disponible en documentos y soportes electrónicos (2003/98/CE). Y es la herramienta que puede permitir que la cooperación intergubernamental de las Administraciones sea real y efectiva, que es lo que se pretende con el plan de acción eEurope 2005, sucesor del plan 2002, orientado sobre todo hacia la extensión de la conectividad a Internet en Europa, tanto en administraciones como también en ciudadanos y pequeñas y medianas empresas.

3. Necesidades Concretas de la Unión Europea: Una Administración Europea *on line*

La unión pretende conseguir una buena Administración que sirva a los principios de coordinación y eficacia y que permita servir a los fines que tiene encomendados utilizando medios telemáticos. Así debería ser interpretado de modo genérico el objetivo que se denomina desde Europa como "Administración en línea" y que implica:

⁷³¹ Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular del comercio electrónico del mercado interior.

- a) Trabajar de manera coordinada y eficaz, reduciendo la necesidad de que los ciudadanos presenten documentos que obren en poder de la Administración, que éstos tengan acceso a la información, o que puedan tramitar procedimientos *on line*, para lo que se exige la dotación a las administraciones de banda ancha (objetivo fijado para 2005 y que aún está por conseguirse en la administración local⁷³²).
- b) Que se garantice la interoperabilidad, objetivo fijado por los programas IDA de intercambio de datos entre administraciones públicas⁷³³. Este programa es el instrumento de aplicación del objetivo «Administración en línea» que se analiza aquí. El programa IDA, ha financiado TESTA: una infraestructura de comunicación segura en red para el intercambio de información, que quiere implantarse en todos los países⁷³⁴. Sin duda la inversión no sólo en infraestructura, sino también en una serie de programas comunes garantizaría por un lado la interoperabilidad y por otro un ahorro considerable para las administraciones en la contratación de programas, utilizando los propios que requieren una financiación inicial y soporte pero que sin dudas reducen los costes de mantenimiento y compra de programas privados que suelen ser conscientemente “ininteroperables”, por cuestiones de mercado. En este sentido sería importante el desarrollo de programas informáticos y otras formas de software público europeo que fueran utilizados por todas las administraciones y que garantizarían la interoperabilidad real entre todas las administraciones de los Estados miembros. En el manifiesto se llega más allá incluso ya que reclama estos programas como bienes públicos⁷³⁵.

⁷³² En los pequeños municipios no se presta servicio de banda ancha, porque aunque las empresas de Telecomunicaciones tienen que dar cobertura universal de banda ancha, en la práctica el medio necesario (cableado, radio, etc.) no llega a zonas muy alejadas, y generalmente tampoco hay servicio GPRS que permita la transmisión de datos por telefonía móvil. En estos casos se suele utilizar un servicio denominado TRAC, o transmitir datos vía satélite, pero este sistema resulta sumamente caro. Igual sucede con el sistema IBERBANDA, que proporciona cobertura por radio para dar banda ancha, pero que también es costoso y no llega a todos los municipios.

⁷³³ IDA: I interchange of Data between Administrations que tiene por objeto facilitar el desarrollo y la aplicación operativa de redes telemáticas transeuropeas de intercambios de datos entre las administraciones de los Estados miembros y las instituciones europeas.

⁷³⁴ TESTA: Servicios transeuropeos de telemática entre administraciones.

⁷³⁵ Cfr. Moglen, E.: op. cit. “4. Common social development of computer programs and all other forms of software, including generic information as public goods”.

El último plan de acción en este sentido, que fija objetivos para 2009, es la Decisión 2004/387/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, que habla de la prestación interoperable de servicios paneuropeos de Administración electrónica al sector público, las empresas y los ciudadanos. Con una dotación económica de 148 millones de euros se pretende dar solución al problema de la interoperabilidad de sistemas de las distintas administraciones, cuestión abordada por los programas IDA, pero ampliando su radio de acción a empresas y ciudadanos. Como vemos el objetivo de la Administración electrónica se centra, después de conseguir una serie de mejoras para garantizar la cooperación interadministrativa a escala europea, en facilitar a las empresas el periplo burocrático al que deben someterse para actuar en todo el mercado europeo. Así el considerando 10 dice que el objetivo del programa es: “Eliminar los obstáculos a las comunicaciones electrónicas entre administraciones públicas a todos los niveles, así como con las empresas y los ciudadanos, contribuye a mejorar el entorno empresarial europeo, reducir los trámites administrativos y limitar la burocracia. También puede estimular a las empresas y los ciudadanos de la Unión Europea a cosechar los beneficios de la sociedad de la información y a tener una relación interactiva con las administraciones públicas mediante sistemas electrónicos”.

Si bien el programa e-Europe 2005 pretende destinarse a administraciones, empresas y ciudadanos, observando el contenido del anexo I en el que se indica el ámbito de actuación de los proyectos de interés común, nos damos cuenta de que se refiere a proyectos para aplicar entre administraciones públicas o referentes al desarrollo de determinadas actividades económicas pero ninguna directamente aplicable a la ciudadanía, lo que refuerza la idea que se expone en este trabajo de que la Administración electrónica, en esta fase inicial, está más bien centrada en garantizar la libertad de mercado real, suprimiendo las barreras burocráticas entre países, para favorecer el desarrollo del libre mercado en la prestación de servicios que es lo que defiende la Directiva. La cristalización de todos estos planes, y de su intención garantista del crecimiento económico, más que de buena administración, culmina con el Plan i2010 que se describe como una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo con un fin primordial: conseguir un sistema de firma electrónica aceptada por todas las administraciones europeas así como conseguir que al menos el 50% de la contratación pública electrónica se realice por esta vía.

- c) Garantizar el acceso a los Servicios Públicos interactivos mediante un “acceso multiplataforma”, que es una de las cuestiones que exige la Directiva de Servicios, que se ha implementado en nuestro país mediante la Ley de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos y que en la Administración del Estado se concreta en el borrador de reglamento y que luego se analizará.
- d) Asegurar que gran parte de los contratos públicos puedan realizarse por medios electrónicos: lo que, sólo en parte, y sin el necesario acceso multiplataforma, que lo haga más efectivo, se ha establecido en la Ley de Contratos del Sector Público (30/2007).
- e) Que se establezcan puntos de acceso público a Internet (PAPI) con el fin de apaliar la realidad de la brecha electrónica, en la idea de garantizar el acceso a Internet como servicio público si bien puntual, ya que la experiencia ha demostrado la imposibilidad de suministro de *wifi* gratuito que cubra todas las áreas geográficas del mismo en ciudades como New York, pero si es frecuente encontrar estos accesos puntuales junto a bibliotecas públicas, organismo oficiales, etc. El Manifiesto, en su punto tres también reclama el desarrollo de la infraestructura necesaria para implementar el derecho de toda persona a comunicarse, también por medios electrónicos⁷³⁶.

Por último se habla de servicios electrónicos para promover Europa y la Unión, y el turismo. Pero son los cuatro primeros lo que realmente suponen unos objetivos claros en los que centrarse para que la Administración electrónica impulse las relaciones entre los ciudadanos, las empresas y la Administración o entre las administraciones y sirva así de paradigma de buena Administración.

Europa pretende que la Administración Electrónica se implemente de manera colateral (en la propia Unión y en los Estados miembros) para facilitar la actividad económica y el desarrollo real del concepto de mercado único y mitigando en el consumidor los efectos que la nueva regulación pueda plantear. El número de normas aprobadas es escaso, y como su existencia está siempre

⁷³⁶ “3. Development of electromagnetic spectrum infrastructure that implements every person’s equal right to communicate”.

vinculada a otros fines los avances que se van produciendo en los estados en cuanto a su implementación deben seguir aguardando a estos cambios que traen aparejadas las reformas y la inclusión de criterios o prácticas de Administración electrónica. Así ha sucedido con la venta electrónica, la contratación administrativa o la Directiva de Servicios, que requiere, para su aplicación, de una serie de mejoras de las Administraciones en materia electrónica, como veremos.

4. La Ley 11/2007 de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los servicios. Una norma que se aprobó pensando, fundamentalmente, en la Administración General del Estado

España, con la aprobación de la Ley 11/2007, de 22 de junio de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, ha sido pionera en la transposición de la Directiva de servicios en la Unión Europea, con matices. No deben olvidarse casos como el de Reino Unido que, con antelación a la Directiva, emprendió internamente un proceso de reforma administrativa y de procedimientos que se ajusta a las exigencias de la directriz europea, pero que no fueron consecuencia de la misma⁷³⁷. La Ley 11/2007 ha sido la primera norma en la Unión que se aprobó teniendo en cuenta la Directiva (al menos en parte, como veremos), no sólo en el ámbito de la Administración Electrónica, se trata de la primera norma de la Unión que incorpora alguna las exigencias de la Directiva, seguida por la Ley Austriaca 38/2008, de 8 de mayo⁷³⁸.

Este echo no es casual, el libre acceso a las actividades y servicios en la Unión no cabe sin la conexión de las distintas administraciones públicas utilizando las nuevas tecnologías y sin empezar a caminar hacia una Administración

⁷³⁷ Vid. VILLAREJO GALENDE, H.: "La Fierecilla Domada: la Directiva de Servicios en el Reino Unido", *Revista de estudios locales...* op. cit. p. 62.

⁷³⁸ Para ver las fechas de adaptación de la directiva puede consultarse la página EUR-lex, en la que aparecen las normas que van modificando la legislación interna para trasponer la directiva adaptando la legislación: http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:72006L0123:ES:NOT#FIELD_UK.

electrónica comunitaria, primero por la necesidad de adaptación a la nueva realidad que hemos descrito, pero por otro lado es una necesidad para la supervivencia de un mercado europeo real y que debe adaptarse a la regulación de la actividad empresarial presente en la legislación y que probablemente se acreciente tras la crisis económica que azota a las economías mundiales desde el año 2008. Otros organismos como la OCDE advierten de la importancia de la Administración electrónica como mecanismo para activar la economía y mejorar el gobierno⁷³⁹, lo que también conecta la Administración electrónica con la idea de gobernanza democrática.

Por otro lado en nuestro país aunque si han existido reacciones contrarias a la aprobación de la Directiva no han sido éstas tan contundentes como las experimentadas en países como Francia, que durante años ha vivido una oposición frontal a la aplicación de la directriz de servicios, especialmente en el ámbito del derecho del trabajo⁷⁴⁰. Esta realidad permite que la adaptación sea más sencilla si se tiene en cuenta el coste político de su implementación y que la discusión de las normas que introducen modificaciones derivadas de la Directiva se encuentren con una oposición menor que en el país vecino. La necesidad de adaptar la Administración a las nuevas tecnologías es algo comúnmente aceptado en toda la Unión y todas las iniciativas adoptadas en esta dirección han sido aplaudidas por los estados miembros desde que en 2002 se iniciara el proceso hacia el actual i2010. Por ello no debe extrañar que haya sido esta una de las primeras materias en ser transpuesta por producir menos enfrentamientos y ser recibida con éxito siempre que se introdujo en la normativa de cada país⁷⁴¹.

La Ley de acceso electrónico es clara en cuanto a su finalidad modernizadora alentada por la propia Unión Europea. En la exposición de motivos (apartado

⁷³⁹ VV.AA.: La administración electrónica: un imperativo, OECD Publishing, 2003 o e-government for better government, OECD Publishing, 2005, E-government as a tool of transformation, OECD Publishing, 2007.

⁷⁴⁰ Vid. DRIGUEZ L.: "Le Détachement des travailleurs après la directive sur les services", Europe. Actualité du Droit Communautaire, JurisClasseur, nº 6, 2007, 35 a 47. SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z.: «La Transposición de la Directiva de Servicios en Francia», Revista de Estudios Locales, op. Cit. p. 40.

⁷⁴¹ Fue el caso del programa IDA que permitió instalar programas que permiten controlar, por ejemplo, las autorizaciones de todos los barcos que pasan por aguas de los países de la Unión. Una solicitud permite que cualquier guardacostas se conecte a una base de datos en la que figuran los datos de buque y la carga para la que solicitó licencia.

IV) reconoce su existencia entre otras razones, como “respuesta a los compromisos comunitarios y a las iniciativas europeas puestas en marcha a partir de Consejo Europeo de Lisboa y Santa María de la FERIA”. Por tanto la aprobación de esta Ley es la respuesta a las iniciativas eEurope 2002⁷⁴² y eEurope 2005⁷⁴³, que culmina en el proyecto i2010 que se aprueba en la cumbre de Manchester con el objetivo preciso de desarrollar una Administración electrónica en la Unión. La Ley de acceso electrónico introduce en la normativa española el contenido de los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva 2006/123/CE, al menos así se establece en la exposición de motivos, sobre la información y trámites relacionados con las actividades de servicios (ventanilla única, derecho de información y procedimientos por vía electrónica respectivamente). El proceso de transposición en esta materia culmina con la aprobación del Reglamento de desarrollo de la Ley que marca el hito trascendental que comienza a construir la Administración pública de la sociedad de la información, que será largo, costoso, y requerirá de muchas más reformas normativas y más aún prácticas en el seno de la Administración, para conseguir implementar “de facto” los criterios de la Directiva de Servicios en Administración Electrónica.

El Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 11/2007 de Acceso Electrónico, apoyado en las experiencias que se iniciaron en 1992, con la entrada en vigor de la Ley 30/1992 y de los preceptos 38, 45, 46 y 59 que permitían ir adaptando la actividad administrativa a las nuevas tecnologías⁷⁴⁴, incluye las experiencias del 2007, y amplía el contenido de la Ley en cuestiones técnicas y sólo aplicables a la Administración General del Estado. La Ley de 2007 fija los derechos del ciudadano en materia de Administración electrónica, criticables como luego se dirá, pero no desarrolla cuestiones de ejecución prác-

⁷⁴² Comunicación de la Comisión, de 13 de marzo de 2001: «eEurope 2002 - Impacto y prioridades».

⁷⁴³ Comunicación de la Comisión, de 28 mayo 2002, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Plan de acción eEurope 2005: una sociedad de la información para todos.

⁷⁴⁴ Así se introducen las primeras experiencias avanzadas en el ámbito de las nuevas tecnologías en materia tributaria, como los que supuso la promulgación de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General tributaria que recogía la automatización de la actividad administrativa tributaria.

tica de los mismos, entre otras razones, porque al tratarse de una ley transversal ésta afectaba a competencias autonómicas que no podían ser reguladas por el Estado. El reglamento aclara las actuaciones concretas para la Administración General del Estado: da un alcance práctico a derechos como el de protección de datos, o acceso a información administrativa; flexibiliza la implantación de estos medios de comunicación para que las administraciones tengan tiempo para adaptarse y que los ciudadanos no se vean obligados a adoptar mecanismos nuevos... permitiendo la coexistencia con los tradicionales lo que permite tener en cuenta problemas como la brecha electrónica; aclara cual será el esquema nacional de interoperabilidad y el esquema nacional de seguridad de datos. Por último se establecen una serie de mecanismos para hacer efectivo el derecho de no presentar escritos que estén en poder de la Administración y que da respuesta a la Directiva en cuanto a la aceptación de autorizaciones de otras administraciones del ámbito de la UE que facilitará prestar servicios en todos los países sin necesidad de enfrentarse a la burocracia de cada uno de ellos, consiguiendo una simplificación administrativa⁷⁴⁵. Por último se amplía el sistema de identificación del administrado: no es imprescindible el DNI electrónico y se permitirán otros, lo que podría facilitar la inclusión de mecanismos como la tarjeta profesional europea⁷⁴⁶.

Sin duda todas estas normas son el resultado de la transposición de la Directiva en materia electrónica, pionera en adaptarse a las exigencias de la directriz, en parte, pero no en su totalidad, como se dirá. Las bases teóricas están sentadas pero no del todo, y menos para el ámbito autonómico, ni se explica claramente cual va a ser el conjunto de medidas que se pongan en práctica para que exista una interoperabilidad entre las diferentes administraciones de la Unión que pueda permitir una libertad de circulación real, efectiva en apli-

⁷⁴⁵ VILLAREJO GALENDE, H.: "La simplificación administrativa en la directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la administración electrónica española y el desafío que plantea su trasposición", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 14-1^{er} semestre 2008.

⁷⁴⁶ CEDERSCHIÖD, C.: (ponente) Informe de la Comisión de Mercado Interior y Protección del Consumidor al Parlamento sobre la creación de una tarjeta profesional europea para los proveedores de servicios [2008/2172 (INI)].

cación del principio de coordinación que debe existir entre administraciones y que, aplicando las nuevas tecnologías, abriría la posibilidad de consulta y transmisión de datos y expedientes entre las diferentes administraciones, siempre en beneficio del administrado, al que le resultaría más fácil la prestación de servicios sin enfrentarse a la burocracia de cada país en que quiera prestarlos, cumpliendo únicamente los trámites en el de origen, que consolida el tan discutido y polémico principio del país de origen⁷⁴⁷.

Por ello debe afirmarse que, si bien hemos sido los primeros, no será esta la última reforma legal que se haga en la materia porque la Directiva no ha sido plenamente implementada en la ley, ni ha cumplido con todas las exigencias de los tres artículos que deberían haberse transpuesto. Esto nos hace ser escépticos en cuanto a la afirmación de que se sea pionero realmente en la transposición, aún queda mucho por hacer para que las normas internas realmente permitan cumplir con los objetivos a que se alude en la Directiva de Servicios en materia de Administración Electrónica. Además, países como Francia⁷⁴⁸, Italia⁷⁴⁹ o Gran Bretaña no tendrán que hacer modificaciones a la legislación con la que ya cuentan, anterior a la aprobación de la Directiva, porque en ésta ya se reconoce el derecho de acceso a los servicios públicos por medios telemáticos, en otros países tal vez tengan que producirse algunas variaciones a la legislación que existe (República Checa, Polonia, Estonia, Eslovenia, Austria o Finlandia). Por tanto, el que la Ley 11/2007 aparezca como una de las primeras que han transpuesto la Directiva de Servicios en lo referente a Administración electrónica sólo evidencia el retraso que con otros países existía en España en esta materia.

La Directiva de Servicios sólo podrá implementarse en los países que aseguren que cuentan con unas bases administrativas preparadas para afrontar las

⁷⁴⁷ BARNARD, Catherine: Unravelling the services directive, *Common Market Law Review*, nº 45, 323-394, 2008, pp. 360-364. La autora comenta los temores que existen en cada país miembro en cuanto a este principio.

⁷⁴⁸ *Ordonnance N° 2005-1516, de 8 de diciembre*, sobre los intercambios electrónicos entre usuarios y autoridades administrativas y entre autoridades administrativas.

⁷⁴⁹ Decreto Legislativo N° 82, de 7 de marzo, por el que se aprueba el código de administración digital: un texto completo, que regula en una sola norma distintas materias como certificaciones electrónicas, ventanilla única electrónica, documentos electrónicos, firma y certificados electrónicos en vía administrativa y judicial, pago electrónico, contratación electrónica y crea órganos administrativos de cooperación e impulso de la administración electrónica.

exigencias reales y prácticas que la directriz supone. Una Administración ágil, eficiente y eficaz, al servicio de los ciudadanos y que cumpla los fines para los que ésta se dota de potestades y medios, que tenga procedimientos que sin perder su carácter garantista de derechos, sean ágiles y que cuente con medios electrónicos para poner a disposición de una buena administración. La Ley 11/2007 y su desarrollo parlamentario era una exigencia “sine qua non” para romper con las barreras burocráticas que impiden la libre prestación de servicios en la Unión Europea.

5. Administración Electrónica en Castilla y León: insuficiente regulación, dificultades para la aplicación y transposición de la Directiva de Servicios hasta 2011

Ante la escasez de regulación existente en la Comunidad Autónoma sobre Administración Electrónica, habría sido adecuado aprovechar la aprobación del Decreto-Ley 3/2009, de Medidas de Impulso de las Actividades y Servicios de Castilla y León, para poner al día esta materia y así hacer efectiva la transposición de la Directiva. Sin una verdadera posibilidad de acceso de los prestadores de servicios a procedimientos *on line*, difícilmente se cumple con la directriz europea.

Solo basta analizar la información publicada en el Observatorio de la Administración Electrónica del Ministerio de la Presidencia⁷⁵⁰, para constatar que, con la excepción de algunas Comunidades como la Catalana, el resto tienen mucho por hacer en esta materia. La confusión que creó la Disposición Final III de la Ley 11/2007, probablemente sea una de las causas de este inoportuno retraso... que hará que la Directiva no se pueda implementar, de facto, por falta de coordinación y de reestructuración de la organización administrativa para gestionar todos los trámites que deben realizarse *on line*.

Una muestra de la necesidad imperiosa de abordar cambios en la organización administrativa autonómica aparece reflejado en el Acuerdo 29/2009, de

⁷⁵⁰ Este observatorio tiene la finalidad de analizar cómo se va implementando en España la realidad de la Administración Electrónica. Sobre la normativa autonómica puede consultarse: http://www.obsae.map.es/jahia/Jahia/lang/es_ES/pid/98.

12 de marzo, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueba el Plan de Implantación de la Administración Electrónica en Castilla y León 2009-2011. Las fechas indican que se necesita tiempo para que esté en funcionamiento esta necesaria herramienta para la transposición de la Directiva. Este programa será la respuesta al contenido de la Ley 11/2007 que antes comentamos por parte de la Comunidad que no terminará hasta 2011. Así lo reconoce el propio plan: “[...] quiere dar respuesta a ese desafío (adaptar la actividad de gestión a las enormes posibilidades que ofrece la tecnología), recogiendo todas las medidas necesarias que es preciso poner en marcha en nuestra Administración para hacer efectivo el derecho de los ciudadanos a acceder electrónicamente a ella”. Además en el apartado 6.1 del plan habla de las medidas que se tomarán para crear el portal de Administración Electrónica, por tanto aún falta mucho para que los procedimientos que ya deberían tramitarse *on line*, efectivamente se puedan tramitar por los prestadores de servicios por esta vía.

Analizando el cronograma del plan puede verse como a finales de 2009, cuando debería estar implementada la Directiva, se había terminado de diseñar la aplicación informática para la base de datos de información administrativa y se habrá terminado la implementación de los procedimientos de gran impacto (nivel 3). En la medida número 10, se establecen los criterios para determinar cuales fueron los procedimientos que entraron en esta categoría:

- > Racionalización del procedimiento, aprovechando trabajos realizados sobre este aspecto.
- > Grado de complejidad del procedimiento.
- > Volumen de tramitaciones realizadas al año.
- > Evaluación del objetivo público del procedimiento.
- > Usuarios potencialmente proclives a la utilización de las nuevas tecnologías.
- > Impacto en la sociedad.
- > Evaluar si el procedimiento dispone de algún tipo de aplicación que gestione sus datos.

Pues bien, de estos indicadores, se puede constatar que los procedimientos que se implementaron en 2009 fueron precisamente aquellos que tienen un mayor volumen de tramitación o impacto en la sociedad... que no coinciden necesariamente con los que la Directiva de Servicios exige que estén *on line* por lo que éstas no serán tramitadas electrónicamente hasta que pase un tiempo y se vaya adaptando el programa y que por ello deberán esperar a 2011.

Cronograma del Plan de Implantación de la Administración Electrónica

Implantación Teletramitación																		
Nº	Proyectos y medidas de actuación	2009				2010				2011								
		En	Fb	Mr	Ab	My	Jn	Jl	Ag	Sp	Oc	Nv	Dc	I Trim.	II Trim.	III Trim.	IV Trim.	
Creación de una base de datos de información administrativa...																		
6	Identificación y catalogación de procedimientos																	
7	Diseño de una aplicación informática...																	
Medidas normativas de simplificación e interoperabilidad																		
8	Elaboración de una guía de simplificación...																	
9	Elaboración de un Decreto																	
Selección de los procedimientos para el nivel 3																		
10	Establecimiento de criterios previos...																	
11	Selección procedimientos gran impacto																	
12	Implantación procedimientos nivel 3																	
Selección de los procedimientos para el nivel 4																		
13	Establecimiento de criterios previo...																	
14	Selección procedimientos nivel 4																	
15	Implantación automatización...																	
Adecuación del 012 como soporte intermedio entre ciudadanos y órganos gestores (Véase Acceso a los servicios electrónicos)																		
16	Adecuación para el inicio de solicitudes																	
17	Adecuación para información sobre expedientes																	

Anexo del Acuerdo 29/2009, de 12 de marzo, de la Junta de Castilla y León, por el que se aprueba el Plan de Implantación de la Administración Electrónica en Castilla y León 2009-2011 (BOCyL nº 53, de 18 de marzo de 2009, p. 8653).

Cronograma del Plan de Implantación de la Administración Electrónica

		Desarrollo tecnológico																			
		2009						2010						2011							
Nº Proyectos y medidas de actuación		En	Fb	Mr	Ab	My	Jun	Jl	Ag	Sp	Oc	Nv	Dc	I Trim.	II Trim.	III Trim.	IV Trim.	I Trim.	II Trim.	III Trim.	IV Trim.
e-Identificación																					
18	Integración DNI-e en plataforma corporativa																				
19	Integración otras formas identificación																				
20	Creación módulo capacidades de representación																				
21	Ampliación certificados electrónicos reconocidos																				
e-Tramitación																					
22	Integración nueva versión firma electrónica																				
23	Integración nueva versión registro telemático salida																				
Interoperabilidad																					
24	Sistemas externos (AEAT, TGSS, MAP, ...)																				
25	Sistemas internos (TFN, RGM, RA, ...)																				
26	Simplificación protocolo de acceso																				
e-Notificación																					
27	Sistema de notificaciones electrónicas																				
Módulo básico de información																					
28	Modelo básico de información (MBI)																				

Continúa

Nº	Proyectos y medidas de actuación	2009												2010				2011			
		En	Fb	Mr	Ab	My	Jun	Jl	Ag	Sp	Oc	Nv	Dic	I Trim.	II Trim.	III Trim.	IV Trim.	I Trim.	II Trim.	III Trim.	IV Trim.
Conservación documental																					
29	Implantación custodia documental																				
30	Desarrollo e implantación Dep. Originales Electr. (DOE)																				
Copias electrónicas																					
31	Desarrollo copias electrónicas																				
Gestor de expedientes																					
32	Gestor de expedientes y documental																				
Archivo																					
33	Definición expediente electrónico de archivo																				
34	Definición sistema de archivo electrónico																				
35	Implantación sistema archivo electrónico																				
Disponibilidad de la plataforma de administración electrónica																					
36	Creación aplicativos para el personal...																				
37	Infraestructura de comunicaciones... alta disponibilidad																				
Red corporativa de telecomunicaciones																					
38	Mejora de la seguridad servicios soportados red corporativa																				
39	Implantación de servicios avanzados telecomunicaciones...																				
40	Impulso conectividad entidades locales a la intranet...																				
Mejora del SIAU																					
41	Mejora y desarrollos SIAU																				

En concreto habrá medidas tan importantes como el reconocimiento de ciertos certificados electrónicos que no se cerrará hasta 2011, o algo básico, como el gestor de Expedientes y documental que se empezó a implementar en julio, según el cronograma y que hasta 2011, estará siendo implementado, asimismo sucede con la definición e implementación del sistema de Archivo Electrónico.

Otro dato relevante es que estas medidas suponen un cambio en la organización y forma de trabajo de los funcionarios de la administración autonómica... Según el cronograma, la disponibilidad de la plataforma de administración electrónica, está muy reducida y empezará a ser una realidad a partir de 2011. Si los funcionarios aún no tienen instalada la plataforma, y son los encargados de parte de la tramitación de los expedientes que exige la Directiva, difícilmente podrá llevarse a la práctica hasta 2011.

Resumiendo, podemos afirmar que hasta 2011, no será posible que todos los trámites que exige la directiva de servicios estén disponibles por medios electrónicos, y no se podrán, por tanto, tramitar desde cualquier país de la Unión... ni tampoco estarán disponibles en esas ventanillas únicas que, aún, no podrán contar con toda la información que se requiere, ni dar acceso a expediente que no podrán ser tramitados por vía telemática.

6. Regulación de la Administración electrónica en la Ley 11/2007 y efectos en la normativa castellano-leonesa

A. UN MECANISMO DE BUENA ADMINISTRACIÓN PARA ASEGURAR LOS DERECHOS DE LOS CIUDADANOS

La Ley 11/2007 de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los servicios Públicos, cuya tramitación fue rápida⁷⁵¹ y no muy controvertida probablemente por su complejidad, es la primera que regula en nuestro país los “aspectos básicos de la utilización de las tecnologías de la información en la

⁷⁵¹ El borrador de anteproyecto es de 11 de octubre de 2006, la ley se aprueba el 22 de junio del año siguiente, ni un año en su tramitación.

actividad administrativa" tanto en las relaciones entre las propias administraciones como en las de éstas con los ciudadanos⁷⁵². La Ley utiliza el término que ha elegido la Unión Europea y la mayoría de los países de nuestro entorno: Administración electrónica, en lugar del de eGovernment, acuñado en Estados Unidos a finales de los noventa⁷⁵³, no obstante en la Directiva sólo se hace referencia a la "vía electrónica" (artículo 7.3 y 8.1) o a "procedimientos electrónicos" (artículo 8.3):

"7.3. Los Estados miembros se asegurarán de que la información y la ayuda contempladas en los párrafos 1 y 2 se faciliten de forma clara e inequívoca, se pueda acceder a ellas fácilmente a distancia y por vía electrónica y estén actualizadas."

El artículo 8.2 repite lo mismo respecto a todos los trámites y procedimientos de acceso a una actividad de servicio y a su ejercicio.

En el artículo 8.3 de la Directiva, en cuanto a la interoperabilidad de los sistemas, habla de la "utilización de los procedimientos electrónicos entre los Estados miembros, teniendo en cuenta las normas comunes desarrolladas a escala comunitaria".

Pero al margen de la terminología utilizada, el artículo 1.1 de la ley dice que el objeto de la misma es el de reconocer "el derecho de los ciudadanos a relacionarse con las Administraciones Públicas por medios electrónicos", y por tanto, indirectamente se reconoce ese derecho a utilizar procedimientos electrónicos o la "vía electrónica" que reclama la Directiva.

Debe manifestarse que de entrada no parece adecuada la idea de la Ley que pretende, desde su artículo 1, acuñar un nuevo derecho de los ciudadanos: el de relacionarse por medios electrónicos con la Administración. Como se viene afirmando, la aplicación de las TICs a la Administración es un medio para reforzar los derechos de los ciudadanos que ya existen, tradicionales, que permiten una buena Administración, más eficaz y servidora de los fines y servicios que presta. En toda la normativa que hemos expuesto anteriormente la

⁷⁵² Vid. Art. 1.1. de la Ley.

⁷⁵³ Vid. Ztaráin del Valle, R.: "Recepción Jurídica de la Administración Electrónica en España, estrategias para su desarrollo", *Administración Electrónica y Procedimiento Administrativo*, Ministerio de Economía, Madrid, 2004, p. 73.

Administración electrónica es un medio de acceder a la administración, o de conseguir un mercado común sin trabas burocráticas, y no un fin en sí mismo. Además, analizando el contenido concreto de la ley éste no se trata de un mecanismo de desarrollo de ese nuevo derecho, sino un compendio incompleto (si lo comparamos con la Ley Italiana, por ejemplo) de aspectos que permiten empezar a hablar de una Administración Electrónica (queda fuera la firma electrónica, tal vez habría sido buen momento para unificar la escasa regulación en esta materia). El Reglamento de desarrollo parcial de la Ley 11/2007, no hace mención alguna al derecho al que se refería la Ley de relacionarse por medios electrónicos, y de manera muy concreta tiene como finalidad desarrollar aspectos técnicos de la Ley, para permitir la aplicación práctica de los criterios establecidos en el 2007 por la Ley en la Administración General del Estado exclusivamente.

Esta regulación estrictamente estatal ha sido criticada, ya que el reglamento podría haber servido para establecer y desarrollar también los aspectos básicos en esta materia que pudieran constituirse como el punto de partida unificador del desarrollo de este nuevo sistema electrónico de relación entre los ciudadanos y las administraciones en cualquier nivel territorial. Por tanto se ha desaprovechado esta oportunidad para unificar criterios y cumplir así con uno de los retos que impone la transposición de la Directiva en materia de Administración Electrónica: la coordinación de una gran cantidad de fuentes diversas de información y de diferentes trámites, con peculiaridad territoriales derivadas del complicado sistema competencial Español.

Esta falta de apoyo y coordinación por parte de la normativa estatal, que no fija las pautas prácticas a seguir para hacer realidad la administración electrónica, sin duda ha favorecido la falta de regulación que en esta materia aún nos encontramos en la normativa Autonómica. En Castilla y León, no se ha seguido la Ley 11/2007 en lo referente a considerar éste como un Derecho de los ciudadanos... si bien si se recoge en el proyecto de ley que reconoce los derechos de los mismos en la Comunidad Autónoma.

Así, en el artículo 44 y siguientes no se reconoce que sea éste un derecho de los ciudadanos como tal... y además aclara que la utilización de este medio de relación "...no supondrá, en ningún caso, una merma de los derechos de los ciudadanos, ni restricciones o discriminaciones de cualquier naturaleza en su acceso a los servicios públicos". Por lo que se puede entender que este mismo no se encuentra comprendido dentro de aquellos derechos que

deben ser protegidos por la utilización de medios electrónicos para las relaciones con la administración. Por tanto, es acertada, a la luz de lo expuesto anteriormente, que en castilla y león se trata como un una forma de comunicación con la administración y no como un derecho nuevo. La definición de Acceso electrónico a la Administración de la Comunidad Autónoma aparece en el artículo 45.1. “Los ciudadanos tienen derecho a comunicarse electrónicamente con la Administración Autonómica, pudiendo realizar sus trámites por este medio, de conformidad con lo dispuesto en la legislación básica”. Por tanto la administración electrónica se entiende como un medio para conseguir mejores derechos para los ciudadanos y una práctica de buena administración. El Plan de Implementación de la Administración electrónica en Castilla y León 2009-2011 así lo entiende cuando habla de que las medidas servirán para crear una administración más fácil y que de respuesta de forma satisfactoria a las necesidades de los ciudadano.

B. LEY 11/2007: INCUMPLIMIENTO DE LAS EXIGENCIAS DE LA DIRECTIVA EN LAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS Y LOS ENTES LOCALES, EL INICIO DE LA DEMORA

Este nuevo derecho, según la Disposición Final tercera de la Ley 11/2007 de Acceso Electrónico, sólo quedaba garantizado para los ciudadanos en sus relaciones con la Administración General del Estado, por tanto ya no se trataría de un derecho reconocido de forma tan general como la ley afirmaba, y esto entra en conflicto con las necesidades de administración electrónica que hagan posible implementar la directiva. La Ley garantizaba la existencia de la Administración electrónica sólo en el ámbito Estatal, para diciembre de 2009:

“2. En el ámbito de la Administración General del Estado y los organismos públicos vinculados o dependientes de ésta, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente Ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009.”

Este plazo si cumple con las expectativas de la Directiva de Servicios, pero no sucede así con las disposiciones finales tercera y cuarta relativas a la Administración Autonómica y la Local respectivamente:

“3. En el ámbito de las Comunidades Autónomas, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad

de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009 siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias.

4. En el ámbito de las Entidades que integran la Administración Local, los derechos reconocidos en el artículo 6 de la presente ley podrán ser ejercidos en relación con la totalidad de los procedimientos y actuaciones de su competencia a partir del 31 de diciembre de 2009 siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias. A estos efectos las Diputaciones Provinciales, o en su caso los Cabildos y Consejos Insulares u otros organismos supramunicipales, podrán prestar los servicios precisos para garantizar tal efectividad en el ámbito de los municipios que no dispongan de los medios técnicos y organizativos necesarios para prestarlos.”.

Como se puede comprobar la obligación de cumplir con los derechos de los ciudadanos del artículo 6 que se refieren a uno más genérico: el de relacionarse con la Administración por medios electrónicos, del artículo 1, sólo deberá cumplirse “siempre que lo permitan sus disponibilidades presupuestarias (las de las Comunidades Autónomas y Entes Locales)”: esto supone un cheque en blanco en el cumplimiento de toda la Ley, en definitiva, ya que el plazo es indeterminado para las administraciones autonómicas y locales y por tanto no cumple con las exigencias de la Directiva, que pide que todos los trámites para la prestación de servicios se hagan por esta vía, con independencia de la Administración territorial de que se trate y por supuesto sin que tenga relevancia alguna las disponibilidades presupuestarias con la que estas administraciones territoriales cuenten, que deberán presupuestar los gastos que les permitan cumplir con las exigencias de la aplicación de las nuevas tecnologías para implementar también la Directiva de Servicios.

Además, se une a esta cuestión, la que Gamero ha bautizado como “centrifugación del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del procedimiento administrativo común”. El Estado no ha asumido en materia de Administración electrónica todas las competencias que pudiera, y que habrían podido unificar los aspectos que la Directiva exige. La Ley provoca que “meras disposiciones reglamentarias de entes territoriales infraestatales, o incluso de administraciones especializadas (institucionales), puedan determinar decisivamente el régimen jurídico de la Administración electrónica⁷⁵⁴”. Con ello se deja en sus manos la transposición de la Directiva, lo

⁷⁵⁴ Cfr. Gamero, E.: La L... op. cit. pp. 81 y 82.

que implica que, para implementar las exigencias de la misma, todas estas disposiciones deben ser modificadas adaptándolas a los artículos 6, 7, 8 y 21. Además estas disposiciones no tienen rango de ley, se trata de reglamentos, lo que acrecienta la dificultad de su control de legalidad por parte de los prestadores de servicios, las asociaciones, los consumidores o para la propia Administración del Estado así como la fiscalización por parte de la Unión Europea, a través de la Comisión.

Un ejemplo de esto puede verse en los criterios para la adaptación de la Directiva previstos en la Ley Ómnibus, todos hacen referencia a modificaciones de normas con rango de ley pero no de reglamentos. Por tanto no tenemos una Ley básica en materia de Administración electrónica y existen otras normas que regulan cuestiones similares. Además algunos aspectos que pudieran haberse considerado básicos, se han “deslegalizado” y se desarrollarán por cada Administración por vía legal o reglamentaria⁷⁵⁵. Este problema también ha sido advertido por el informe del Consejo de Estado sobre la Ley Ómnibus y que recoge el de otros dictámenes criticando la utilización de leyes transversales para modificar normas que versan sobre distintas materias: “el empleo de esta técnica legislativa –ley ómnibus– no hace sino aumentar la dispersión normativa existente; dispersión que dificulta la aplicación de unas normas jurídicas que tienen como destinatarios principales, no sólo a autoridades, funcionarios y profesionales del derecho, sino también a particulares”... “razones de técnica jurídica y de buena técnica legislativa aconsejan que las normas legales nazcan en el seno propio de la materia objeto de regulación y vivan dentro de ella hasta que sean sustituidas por otras”⁷⁵⁶.

⁷⁵⁵ Así se establece en el artículo 10.3 sobre la determinación de las condiciones e instrumentos de creación de las sedes electrónicas. El 15.2 para determinar la relación de sistemas de firma electrónica admitidos en cada administración. El artículo 18.1 sobre los sistemas de firma electrónica para la actuación administrativa automatizada. El 21.3 sobre los mecanismos de verificación del estado de revocación y la firma con los certificados electrónicos admitidos en su ámbito competencial. El 23 sobre habilitaciones genéricas o individuales para la realización de transacciones electrónicas en representación de los interesados o el 27 sobre la regulación de las comunicaciones electrónicas (apartados 4 a 6).

⁷⁵⁶ Dictamen del Consejo de Estado número 779/2009, de 21 de mayo de 2009, al anteproyecto de ley de modificación de diversas leyes Para su adaptación a la Ley .../... sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, p. 19.

Con esta realidad jurídica será muy difícil detectar los posibles incumplimientos en normas tan sumamente dispersas, y por otro se creó en Comunidades Autónomas y Municipios la sensación contraria a las exigencias comunitarias, de que no sería necesario implementar la Administración Electrónica... en cambio, las dos normas nacionales que implementan a finales de 2009 la Directiva de Servicios, ya parten de la existencia de una administración electrónica que sólo se puso en marcha para el Estado, y que desde luego no estaba lista en los entes territoriales inferiores en los que su instauración dependía exclusivamente de la voluntad política. Así, se aprueba la norma sin herramientas necesarias para implementarla, sin haber modificado las oficinas de tramitación ni haberlas preparado para la tramitación de expedientes electrónicos. Y es ahora, cuando empieza el trabajo que debiera haberse realizado con anterioridad a la aprobación del Decreto Ley de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León, para que la norma pudiera tener efectividad en la práctica.

7. El Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre de Medidas de Impulso de las Actividades de servicios en Castilla y León: otra prórroga para la efectividad práctica de la Directiva en materia de Administración Electrónica

La Ley dedica a la inclusión de las novedades en materia de administración electrónica de manera tangencial, el artículo 1, en el que se habla de los Centros de Gestión Unificada. Estos centros son la consecuencia de la aplicación de las nuevas tecnologías a la tramitación de expedientes administrativos. Es necesaria una nueva estructuración de medios personales y de las propias unidades administrativas para poder tramitar por vía electrónica procedimientos tan dispares y distintos en cuanto a plazos, informes requeridos, materias, como los que se exigen en la Directiva de Servicios. Además, la posibilidad de tramitación electrónica supone una reestructuración de la forma de trabajo, con nuevos programas informáticos. La respuesta a este cambio vendrá con la aparición de nuevas oficinas encargadas de la tramitación de los procesos más complejos o de gran incidencia económica y social. El hecho de que se incluyan en la propia norma que implementa la directiva, indica que éste tipo de Servicios, serán tramitados en este tipos de oficinas.

A. UNA NUEVA ORGANIZACIÓN

La reestructuración de las unidades administrativas como consecuencia de reformas legislativas y de la utilización de las nuevas tecnologías es una consecuencia lógica y que no sólo afecta a la Administración Autonómica, sino que lo hará también en la Administración General del estado e incluso ha extendido ya sus efectos en un ámbito de actuación sumamente ligado a la actividad administrativa: sus órganos de control. Así, también se producirá en poco tiempo una modificación importantísima en las unidades de tramitación en el ámbito judicial, no sólo en materia Contenciosa, sino en toda la oficina judicial. Esta nueva oficina también tiende a unificar en una sola unidad la tramitación de todos los procedimientos judiciales que antes se hacía en cada una de las oficinas de los distintos juzgados. Esto es posible gracias a la existencia de expedientes (judiciales o administrativos) electrónicos, completos y que serán accesibles *on line* para todos aquellos legitimados y con derecho de acceso al mismo. Por tanto los centros de gestión unificada responden a la realidad que se programa en la Comunidad Autónoma de Castilla y León desde ahora hasta 2011, como antes hemos dicho.

Esta debe ser la causa de que la norma no despeje muchas dudas sobre cómo será el funcionamiento de estos centros, pero sabiendo el retraso que existe en materia de Administración Electrónica, no puede extrañar la falta de concreción sobre los mismos. Los Centros de gestión unificada no pueden funcionar si no existe un desarrollo tecnológico adecuado.

Probablemente esta sea la razón por la que la propia norma no obliga a la creación de dichos centros. La inclusión de este nuevo artículo 35.bis, a la Ley 3/2001, de 3 de julio, de Gobierno y de la Administración de la Comunidad de Castilla y León, se hace en los siguientes términos: "1. Los centros de gestión unificada son órganos administrativos que **se podrán** crear para la gestión unificada de aquellos procesos complejos en su tramitación o de gran incidencia económica o social."

Por tanto la Comunidad Autónoma, en ejercicio de su potestad de autoorganización podrá o no utilizar estos centros de gestión unificada para la tramitación de los procedimientos de actividades y servicios comprendidos en la Directiva o de otro tipo. Pero aún no parece ser esta la opción adoptada para la reorganización de la tramitación administrativa autonómica. Pensamos que para que los Centros de Gestión Unificada sean realmente operati-

vos deben haberse alcanzado los objetivos fijados por la junta para la implantación de la Administración Electrónica, y por ello, la tramitación de expedientes se hará como se pueda, hasta que en 2011 se consigan los medios tecnológicos necesarios para poder utilizar estos Centros de Gestión unificada. Porque para unificar deben haberse creado unas redes de comunicación necesarias (por medios informáticos, fundamentalmente) que permitan agrupar toda la información que se tramita en los procedimientos administrativos (el propio expediente administrativo, las solicitud de iniciación, la declaración responsable, los informes que emitan los cuerpos de inspección, las propuestas de resolución de una o varias Consejerías e incluso cierta documentación de otras administraciones de países miembros de la Unión Europea...).

De este modo, los centros de gestión unificada serán los responsables de elaborar el expediente, de agilizar el proceso solicitando a cada órgano o unidad administrativa la información que de él se requiera, y para que esto sea posible en un Comunidad Autónoma como la de Castilla y León, tan extensa en su territorio y compleja, es imprescindible que estos expedientes puedan tramitarse de forma electrónica. Esto permite rescatar en tiempo real el informe o dictamen de unidad administrativa, o un documento de la administración central o de cualquier país de la Unión Europea y añadirlo de manera inmediata al expediente. También será posible la transmisión de datos para que éstos se encuentren unificados en un centro de gestión y sean accesibles para el resto de las unidades administrativas que tienen que trabajar sobre ellos, emitiendo informes, realizando labores de inspección. Por ello la implantación de la Administración Electrónica es la única forma de que estas oficinas puedan satisfacer a las complejas necesidades que plantea la transposición de la Directiva⁷⁵⁷.

Será un Decreto el que se encargará de establecer las normas de funcionamiento y coordinación de todos los órganos y unidades que van a formar parte en cada procedimiento. Además de este Decreto se hará necesario sus-

⁷⁵⁷ La propia norma en el párrafo segundo del artículo 35 bis, es consciente de la complejidad de la tramitación de ciertos expedientes cuando aclara qué tipo de procesos (o procedimientos) se tramitarán en los centros: "A estos efectos, se entiendo por proceso la secuencia ordenada de trámites administrativos interrelacionados que son necesarios para dar respuesta o prestar servicios a los ciudadanos, en los que, de acuerdo con la normativa reguladora, deban intervenir órganos o unidades administrativas de una o varias Consejerías".

cribir acuerdo o convenios de colaboración con otras administraciones, por ejemplo las locales, para realizar funciones propias de éstas (sin que esto altere la titularidad de la competencia) y que haría más ágil el proceso y solucionaría la problemática situación en la que se encuentra la Administración Local para hacer frente a las exigencias de la Directiva (por ejemplo en la concesión de ciertos permisos), dados sus escasos medios materiales, técnicos y personales⁷⁵⁸.

Si establece el Decreto las funciones que se asignarán a los centros: se encargaran de la información a los ciudadanos sobre trámites. Serán los encargados del registro, que en muchos casos será telemático. Serán los encargados de la tramitación de los expedientes y de informar a los interesados sobre el estado del mismo, en el caso de que éste no sea electrónico, en cuyo caso la consulta se podrá realizar *on line* desde cualquier país de la Unión. Se encargarán también de la resolución de los procedimientos.

Junto a la normativa de desarrollo de los centros, deberá esperarse al desarrollo reglamentario del Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, en el que esperamos que se recojan todas las necesidades relacionadas con la aplicación efectiva de la directiva y que establezca prioridades para la implementación real de la Administración Electrónica en Castilla y León.

B. UN DESARROLLO TECNOLÓGICO AÚN EN PROCESO DE ELABORACIÓN

Para poner en marcha los centros de gestión unificada es necesario que exista el desarrollo tecnológico adecuado. Como dijimos este viene detallado en el Plan de Implantación de la Administración Electrónica en la Comunidad Autónoma, y que se hará en distintas fases que prevén su finalización para 2011. A continuación explicaremos algunos puntos clave a desarrollar en los próximos meses y sin los cuales no será posible que los futuros centros de Gestión Unificada, que al parecer serán los encargados de tramitar la mayor

⁷⁵⁸ Esta opción se contempla en el nuevo artículo 35.bis.4. A través del correspondiente instrumento de colaboración, los centros de gestión unificada podrán ejercer, además, funciones pertenecientes a otras Administraciones públicas sin que ello suponga alteración de su titularidad.

parte de las Actividades de Servicios que establece la Directiva, empiecen a funcionar.

a) e-Identificación y e-Tramitación

Ambos aspectos hacen referencia a la firma electrónica y a la necesidad de que exista un registro telemático de salida.

El desarrollo tecnológico debe tener en cuenta, por un lado la posibilidad de e-identificación. La Directiva aclara que esta identificación tal vez debería ser en un futuro europea o por sectores o actividades en el ámbito europeo utilizando el carné profesional europeo, del que ya hablamos. Entre tanto se deberán utilizar los sistemas de identificación aprobados por las entidades con competencias en estas materias en cada uno de los países de la Unión. Esta realidad operará, según el plan de implantación, en el cuarto trimestre de 2011. Así aparece en la medida de actuación número 21: “ampliación de certificados electrónicos reconocidos”.

La identificación de la Administración actuante se hará mediante la sede electrónica y la firma o sello electrónico de la autoridad competente en cada acto administrativo que así lo requiera⁷⁵⁹. Los prestadores de servicios utilizarán todos los mecanismos que la Ley de firma electrónica les permite consiguiendo un certificado como persona jurídica y teniendo en cuenta lo establecido en la Directiva de Firma electrónica transpuesta en la Ley que antes citábamos. Esto implica, en un principio, que cada prestador que pretenda realizar sus servicios en España deberá conseguir un Certificado electrónico⁷⁶⁰. En la actualidad se permite utilizar el de la Fabrica Nacional de Moneda y Timbre y los de otras autoridades certificadoras admitidas (Agencia Catalana de Certificación (o la equivalente Vasca o Valenciana), Agencia Notarial de Certificación, Consejo General de la abogacía, algunas de entidades bancarias como Banesto o el Servicio de Certificación de los Registradores), a esta lista de autoridades certificadoras admitidas deberán añadirse las de los distintos países de la Unión Europea, puesto que no debe ser éste

⁷⁵⁹ Vid. Linares Gil, M.: “Identificación y Autenticación de las Administraciones Públicas”, en *La Ley de Administración Electrónica*, o. cit. pp. 281 y ss.

⁷⁶⁰ Vid. Martín Delgado, I.: Identificación y autenticación de los ciudadanos, en *La Ley de Administración Electrónica*, o. cit. pp. 317 y ss.

un trámite que haya de requerirse en España o no se conseguiría el objetivo de tramitación a distancia⁷⁶¹. Además, el plan i2010 también tiene entre sus objetivos primordiales, como se dijo, conseguir un sistema de firma electrónica aceptada por todas las administraciones europeas.

Debe mencionarse también la posibilidad que podría tener la aplicación a este sector de la Tarjeta Profesional Europea para los Prestadores de Servicios. El Informe 2008/2172 (INI) de la Comisión del Mercado Interior y Protección del Consumidor hace referencia a este mecanismo. En el considerando G dice que el: “considerando 32 de la Directiva 2005/32/CE reza como sigue: «La introducción a escala europea de certificados profesionales por asociaciones u organizaciones podría facilitar la movilidad de los profesionales, en particular, al agilizar el intercambio de información entre el Estado miembro de acogida y el Estado miembro de origen. Estos certificados profesionales deben posibilitar el seguimiento de la carrera profesional de los profesionales que se establecen en distintos Estados miembros. Dentro del respeto de las disposiciones relativas a la protección de los datos, dichos certificados profesionales pueden contener información sobre la cualificación del profesional (universidades o centros de formación en los que se han cursado estudios, calificaciones obtenidas, experiencia profesional), el establecimiento legal, las sanciones que se le hayan impuesto en relación con su profesión e información sobre la autoridad competente en su caso»”. Nada dice el informe de que esta tarjeta también tenga un dispositivo de firma electrónica, pero sería de gran utilidad que así fuera. El apartado 17 abre esa posibilidad ya que dice que “si la correspondiente profesión ya dispone de una tarjeta profesional nacional, procede, por consideraciones prácticas, integrar las funciones de la tarjeta nacional en la tarjeta profesional europea”. En numerosos casos esas tarjetas profesionales tienen firma electrónica, así debería incluirse ésta en la tarjeta europea y que todos los países reconocieran a las entidades que certifican con una serie de convenios y haciendo efectiva la coordinación interadministrativa.

⁷⁶¹ En la actualidad se pueden consultar las Autoridades Certificadoras Admitidas en una página oficial: http://rea.mtin.es/rea/pub/rea_ca.htm a la que deberán añadirse las autoridades que admitan los distintos países.

b) Interoperabilidad

Este es uno de los objetivos que se pretende conseguir en todo el ámbito europeo. La interoperabilidad debe ser posible con administraciones territoriales distintas a la de la Comunidad autónoma que abarcan también otras administraciones europeas, así como la necesidad de que los sistemas internos también sean interoperables. Para ello es importante la simplificación al máximo de los protocolos de acceso.

La Directiva de Servicios recuerda en tres de sus apartados esta necesidad. En el artículo 8.3, delega en la Comisión la labor de aprobar normas de desarrollo que permitan la interoperabilidad de sistemas de información y para la utilización de procedimientos entre Estados miembros, implicando pues una labor de cooperación y adaptación mutua de sistemas. La labor de la Comisión en este punto será la de especificar los detalles técnicos de los intercambios de información entre organismos de Estados Miembros distintos y, particularmente, de la interoperabilidad de sistemas de información teniendo en cuenta normas comunes aprobadas por ella (artículo 21.4 y 36 de la Directiva).

El procedimiento para aprobar esta serie de disposiciones se regula en el artículo 40.2 de la Directiva, que hace una remisión a la Decisión 1999/468/CE, relativa a los procedimientos para el ejercicio de las competencias de ejecución atribuidas a la Comisión. Se trata concretamente del procedimiento regulado en el artículo 5 y que recibe el nombre de Procedimiento de Reglamentación: el comité de reglamentación, compuesto por representantes de países miembros, y presidido por el representante de la Comisión, emite un informe al proyecto de interoperabilidad que planté el representante de la Comisión. Este informe es vinculante para la Comisión, y ésta deberá presentar una serie de medidas a adoptar que serán presentadas al Parlamento Europeo.

Por tanto debemos estar a la espera de que la Comisión apruebe una serie de criterios en esta cuestión, que como hemos dicho antes, darán lugar a la introducción de otra norma al respecto. Por el momento ha aprobado, en materia de interoperabilidad, reglamentos sobre redes ferroviarias y en el acuerdo sobre el cielo único europeo. También realizó un informe al respecto en el procedimiento contra Microsoft, en su investigación antimonopolio. Se debe reiterar la importancia de utilizar software público, que puede ser finan-

ciado por la propia Unión mediante proyectos como E-europe, para toda la Unión y que se asegure así la interoperatividad. Esta sería una buena solución para todos los Estados, armonizadora y que garantizaría la facilidad en el acceso a la información y la utilización de las distintas herramientas por parte de los prestadores de servicios y consumidores.

c) e-tramitación

La tramitación electrónica será uno de los procesos que más se dilate en el tiempo...porque para que ésta sea posible es necesario que todo el entramado que comporta una verdadera Administración Electrónica funcione, y esto no será factible hasta, al menos, finales de 2011, así se desprende del plan de implantación de la Administración Electrónica en Castilla y León. La causa de este retraso se encuentra en varios factores:

Aún no se ha terminado de elaborar el gestor de expedientes y documental, que es la herramienta con la que los empleados públicos deben tramitar electrónicamente y que no estará hasta finales de 2011. Otro problema es que el mismo tiempo tardará en ser real el sistema de archivo electrónico y su implantación. Igual sucede con la disponibilidad de la plataforma de administración electrónica, que, como depende de otros parámetros, no estará finalizada hasta 2011.

8. Administración Electrónica para todos los prestadores de servicios, en 2011

No es descabellado pensar que muchos prestadores de servicios, en el mejor de los escenarios, deberán esperar a 2011 para poder utilizar la Administración Electrónica castellano leonesa para la tramitación de todos los permisos necesarios para prestar determinados servicios en este territorio. La administración electrónica es la herramienta que, junto con la simplificación administrativa, permite agilizar la actividad económica para que ésta no dedique su tiempo a luchar contra la burocracia y se oriente a la consecución de buenos resultados económicos. Este es el objetivo que persigue la Directiva y del que hace tiempo son conscientes en países como Holanda o Inglaterra. Las administraciones deben facilitar la actividad empresarial, y para ello es esencial la Administración Electrónica que permite tramitar procedimientos desde cual-

quier país de la Unión Europea, 24 horas al día y durante los 365 días el año... ese es el reto y la realidad que se reclama a todos los niveles territoriales desde Europa. Ese es el objetivo que debería haberse alcanzado ya, y que no será posible hasta, con suerte 2011.

El resultado de esta dilación ha tenido diversas causas que se han analizado aquí. Por un lado, las administraciones españolas deberían haberse planteado hace tiempo esta nueva posibilidad de comunicación electrónica entre los ciudadanos y la administración que tiene muchos beneficios. Esto es evidente puesto que, como sucede con frecuencia, ha sido empleada por la administración para recaudar impuestos y en materia de Seguridad Social, con excelentes resultados y una gran acogida por la ciudadanía. No debiera haber quedado ahí, habría sido interesante hacer un ejercicio de buena administración y haber implantado estos sistemas en todas las relaciones con los ciudadanos, antes de que la Unión nos obligue a hacerlo en un tiempo record. Tampoco la ambigua legislación estatal en materia de Administración Electrónica ha ayudado a que Comunidades Autónomas y entes locales hagan una reforma en esta materia a tiempo para poder cumplir con Europa, y ello por haber dejado en manos de la voluntad política instrumento tan elemental como la instauración de un nuevo sistema de comunicación entre ciudadanos y administración.

La Comunidad Autónoma ni siquiera aborda este problema en la transposición de la directiva de servicios. El Decreto 3/2009 nada dice de la importancia de esta materia, tal vez porque sea consciente de que es imposible cumplir en plazo con los requisitos necesarios.

Esperemos que el reglamento de desarrollo del Decreto sea algo mas preciso y, más aún, confiemos en que el plan de implantación de la Administración Electrónica en Castilla y León se haga realidad, en 2011.



Capítulo XII

Ventanilla única
y Administración electrónica
en la transposición
de la Directiva de Servicios

SUMARIO

1. La Directiva de Servicios en el mercado interior y la ventanilla única electrónica. 1.1 Naturaleza de la ventanilla única. 1.2 Contenidos y funcionalidades de la ventanilla única. **2. Interoperabilidad y ventanilla única.** 2.1 El problema de la interoperabilidad. 2.2 Las normas dictadas por la Comisión para garantizar la interoperabilidad de las ventanillas únicas a nivel comunitario. 2.3 La interoperabilidad en la Ley 11/2007. **3. La ventanilla única en las leyes de trasposición de la Directiva de Servicios.** **4. La implementación de la ventanilla única: el proyecto piloto y su desarrollo.** 4.1 Metodología. 4.2 Resultados

VENTANILLA ÚNICA Y ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA EN LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

Eduardo Gamero Casado
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

1. La Directiva de Servicios en el mercado interior y la ventanilla única electrónica

La implantación de servicios de administración electrónica adecuadamente diseñados constituye un medio innegable de mejora de la eficacia administrativa: no solo facilita la atención al ciudadano ampliando los canales de comunicación y su disponibilidad (24 horas al día, 365 días al año), sino que supone además un importante ahorro de costes (humanos, económicos, materiales y temporales), tanto a la propia Administración como a quienes deben relacionarse con ella⁷⁶².

⁷⁶² Sobre las ventajas e inconvenientes de la administración electrónica, y las consecuencias que entraña su regulación para nuestro ordenamiento jurídico, véanse PIÑAR MAÑAS, J.L.: "Revolución tecnológica, Derecho administrativo y Administración pública", en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy*, Navarra, 2007; GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords): *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Navarra, (2ª edición) 2009; VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen jurídico de la e-Administración*, Granada, 2007; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, Civitas, Navarra, 2009; BARNÉS VÁZQUEZ, J.: "Una reflexión introductoria sobre el Derecho administrativo y la Administración pública de la sociedad de la información y del conocimiento", *Revista Andaluza de Administración Pública*, nº 40, 2000; PUNZÓN MORALEDA, J. (coord.): *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Valladolid, 2005; PALOMAR OLMEDA, A.: *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos*, Navarra, 2007; y BERNADÍ GIL, X.: "Derecho público y Administración electrónica: una visión panorámica", *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones públicas*, nº 1, 2005.

Esta es la filosofía subyacente en las aportaciones relativas a administración electrónica que se contienen en la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en lo sucesivo, Directiva de Servicios o DSMI), que para dinamizar el mercado de servicios promueve dos iniciativas principales en esta materia: la implantación de una “ventanilla única”, accesible por medios electrónicos, desde la que el prestador de la actividad de servicios pueda llevar a cabo todos los trámites precisos para el inicio de su actividad (lo que supone la tramitación del procedimiento por medios electrónicos, al menos en todo cuanto suponga comunicaciones entre el interesado y la Administración); y el suministro a través de dicha ventanilla única de toda la información general relativa a los requisitos que debe satisfacer el prestador de la actividad de servicios. El propósito de tales previsiones es facilitar el acceso a las actividades de servicios, y con ello, dinamizar el mercado interior, de tal manera que se concibe la implantación de servicios de administración electrónica como un modo de profundizar en el mercado único⁷⁶³.

Los preceptos en que se contienen estas previsiones son los arts. 6 a 8 DSMI, que transcribo a continuación para su posterior comentario:

Artículo 6. Ventanilla única

1. Los Estados miembros garantizarán que los prestadores puedan llevar a cabo los siguientes procedimientos y trámites a través de ventanillas únicas:
 - a) todos los procedimientos y trámites necesarios para acceder a sus actividades de servicios, en especial las declaraciones, notificaciones o solicitudes necesarias para la autorización por parte de las autoridades competentes, incluidas las solicitudes de inscripción en registros, listas oficiales, bases de datos o colegios o asociaciones profesionales;
 - b) las solicitudes de autorización necesarias para el ejercicio de sus actividades de servicios.

⁷⁶³ Así lo expresa el Considerando 46 DSMI: “Con el fin de facilitar el acceso a las actividades de servicio y su ejercicio en el mercado interior, procede establecer un objetivo, común a todos los Estados miembros, de simplificación administrativa y establecer disposiciones relativas, en concreto, al derecho de información, los procedimientos por vía electrónica y la creación de un marco para los regímenes de autorización”. En esta misma idea abundan VILLAREJO GALENDE, H.: “La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 14, 2008; y SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z.: “Administración electrónica y Directiva de Servicios: ¿al servicio del mercado o paradigma de buena administración?”, en RIVERO ORTEGA, R. (coord.): *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Navarra, 2009, p. 191.

2. La creación de ventanillas únicas no supone una interferencia en el reparto de funciones o competencias entre las autoridades competentes dentro de cada sistema nacional.

Artículo 7. Derecho de información

1. Los Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores y los destinatarios puedan acceder fácilmente a la siguiente información por medio de ventanillas únicas:
 - a) los requisitos aplicables a los prestadores establecidos en su territorio, en especial los relativos a los procedimientos y trámites necesarios para acceder a las actividades de servicios y ejercerlas;
 - b) los datos de las autoridades competentes que permitan ponerse directamente en contacto con ellas, incluidas las autoridades competentes en materias relacionadas con el ejercicio de actividades de servicios;
 - c) los medios y condiciones de acceso a los registros y bases de datos públicos relativos a los prestadores y a los servicios;
 - d) las vías de recurso generalmente disponibles en caso de litigio entre las autoridades competentes y el prestador o el destinatario, o entre un prestador y un destinatario, o entre prestadores;
 - e) los datos de las asociaciones u organizaciones distintas de las autoridades competentes a las que los prestadores o destinatarios puedan dirigirse para obtener ayuda práctica.
2. Los Estados miembros harán lo necesario para que los prestadores y los destinatarios puedan obtener, cuando así lo soliciten, ayuda de las autoridades competentes, que consistirá en dar información sobre la forma en que se interpretan y aplican generalmente los requisitos contemplados en el apartado 1, letra a). Cuando proceda, dicho asesoramiento incluirá una guía simple y detallada. La información se facilitará de manera clara e inteligible.
3. Los Estados miembros se asegurarán de que la información y la ayuda contempladas en los apartados 1 y 2 se faciliten de forma clara e inequívoca, se pueda acceder a ellas fácilmente a distancia y por vía electrónica y estén actualizadas.
4. Los Estados miembros se asegurarán de que las ventanillas únicas y las autoridades competentes den respuesta lo antes posible a toda solicitud de información o de ayuda contemplada en los apartados 1 y 2 y, si la solicitud es errónea o carente de fundamento, informen de ello al solicitante lo antes posible.
5. Los Estados miembros y la Comisión tomarán medidas complementarias para fomentar que en las ventanillas únicas pueda accederse a la información contemplada en el presente artículo en otras lenguas comunitarias. Esto no interferirá con la legislación de los Estados miembros sobre el uso de las lenguas.
6. La obligación de las autoridades competentes de asistir a los prestadores y los destinatarios no les exige que faciliten asesoramiento jurídico en casos

particulares, sino que se refiere únicamente a información general sobre la forma en que suelen interpretarse o aplicarse los requisitos.

Artículo 8. Procedimientos por vía electrónica

1. 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.
2. El apartado 1 no se aplicará a las inspecciones del lugar en que se presta el servicio o del equipo utilizado por el prestador ni al examen físico de la capacidad o de la integridad personal del prestador o del personal responsable.
3. Con arreglo al procedimiento contemplado en el artículo 40, apartado 2, la Comisión adoptará normas de desarrollo para la aplicación del apartado 1 del presente artículo, con el fin de facilitar la interoperabilidad de los sistemas de información y la utilización de los procedimientos electrónicos entre los Estados miembros, teniendo en cuenta las normas comunes desarrolladas a escala comunitaria.

1.1 NATURALEZA DE LA VENTANILLA ÚNICA

Todos los elementos novedosos que se perciben en la normación transcrita basculan alrededor de la ventanilla única, lo que podría llevar a pensar que se trata de un instrumento unitario e integral con que satisfacer plenamente el propósito perseguido. Sin embargo, *la ventanilla única es tan sólo un instrumento funcional*, un mecanismo visualmente unitario para el usuario que pretende identificarle un interlocutor único con el que realizar todos los trámites que precise y al que solicitarle toda la información que necesite⁷⁶⁴. A pesar de esta percepción unitaria que creará en los usuarios, la ventanilla única esconde en sus entrañas posibilitadores radicalmente diversos, tanto en su naturaleza jurídica, como en su arquitectura técnica y en su aplicación práctica. Importa dejar claro, en este sentido, que la ventanilla única:

⁷⁶⁴ El Considerando 48 de la DSMI lo expresa del siguiente modo: “A efectos de una mayor simplificación de los procedimientos administrativos, conviene garantizar que todo prestador disponga de un interlocutor único al que dirigirse para realizar todos los procedimientos y trámites (denominados en lo sucesivo “ventanillas únicas”). (...) La finalidad de las ventanillas únicas es desempeñar un importante papel de ayuda al prestador, ya sea como autoridad directamente competente para expedir los documentos necesarios para acceder a una actividad de servicios, ya sea como intermediario entre el prestador y dichas autoridades directamente competentes”.

1. *No altera el reparto de competencias* entre las distintas autoridades administrativas –art. 6.2 DSMI–, cada una de las cuales podrá (y deberá) ejercer las suyas propias. La ventanilla única tan sólo unifica el intercomunicador que utiliza el prestador con el conjunto de Administraciones públicas implicadas en el inicio de la actividad de servicios, constituye un interfaz mediante el que el prestador logra comunicarse con todas las autoridades implicadas en el inicio de la actividad, evitando que el reparto competencial se convierta en un problema para el prestador y le obligue a soportar una peregrinación de organismo en organismo para lograr el inicio de su actividad.
2. No implica que deba existir una *única ventanilla única* que englobe todas las actividades de servicio sujetas a algún trámite administrativo en un concreto Estado miembro: podrán existir diferentes ventanillas únicas, siempre que el prestador sólo deba utilizar una para iniciar la concreta actividad de servicios que se propone ejercer⁷⁶⁵. Por ejemplo, en el supuesto de que el prestador deba reunir supervisiones de un Ayuntamiento y de la Administración Tributaria, pero no de la Comunidad Autónoma o la Administración General del Estado, la ventanilla única en cuestión podrá encontrarse en un punto de acceso electrónico municipal. Anticipo, en cualquier caso, que no es este el modelo que se ha promovido en España, pues todo apunta a la creación de una *única ventanilla única* accesible en un punto de acceso electrónico de la Administración General del Estado, en la que se integran todos los trámites para cualquier actividad de servicios que pretenda prestarse en todo el territorio nacional.

⁷⁶⁵ El Considerando 48 DSMI lo aclara suficientemente: “El número de ventanillas únicas por Estado miembro puede variar según las competencias regionales o locales o según las actividades de que se trate. En efecto, la creación de ventanillas únicas no debe interferir en el reparto de competencias entre autoridades competentes dentro de cada sistema nacional. Cuando varias autoridades tienen competencias a nivel regional o local, una de ellas puede hacerse cargo del papel de ventanilla única y de coordinador con las demás. Las ventanillas únicas pueden estar constituidas no solo por autoridades administrativas sino también por cámaras de comercio o de oficios, colegios profesionales u organismos privados a los que los Estados miembros encomienden esta función”. En todo ello abunda también el *Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios* preparado en 2007 por la Dirección General de Mercado Interior y Servicios de la Comisión Europea, accesible en http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_en/htm, y es asimismo la opinión de SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z.: “Administración electrónica...”, *op.cit.*, p. 207.

1.2 CONTENIDOS Y FUNCIONALIDADES DE LA VENTANILLA ÚNICA

La primera funcionalidad de la ventanilla única consiste en erigirla en una fuente de información administrativa general sobre los requisitos exigibles al prestador para el inicio de la actividad de servicios –art. 7.1 DSMI–. Se trata de información administrativa general, no particular: la ventanilla única no se convierte en un asesor técnico del prestador que le orienta acerca del mejor modo para atender las exigencias administrativas en su concreto caso, ni tampoco se configura como un instrumento de acceso de los interesados al estado de tramitación de un expediente administrativo relativo al inicio de una actividad de servicios. Es importante notarlo, pues en el segundo caso sería muchísimo más complicado articular técnicamente la ventanilla única. No obstante, el art. 7.2 DSMI quiere que los prestadores dispongan de un mínimo servicio de información administrativa acerca de “la forma en que se aplican e interpretan generalmente los requisitos” de la letra a) anterior, facilitando esta información “de manera clara e inteligible”, y cuando proceda, incluyendo en el asesoramiento “una guía simple y detallada”.

La primera funcionalidad de la ventanilla única –el suministro de información administrativa general– es relativamente fácil de articular. Supone únicamente la necesidad de inventariar los trámites que exige el inicio de una actividad de servicios en las diferentes Administraciones públicas, recopilando la información mediante alguna herramienta estandarizada, y articular un medio para su integración en un solo portal de Internet desde el que los interesados puedan descargar la información, lo cual puede llevarse a cabo mediante un simple cribado o *screening*. El protocolo a seguir sería:

- a) Identificar en cada procedimiento de servicios la autoridad que asume la tarea de recopilar la información, procesarla, y articular el portal desde el que se suministra a los prestadores de servicios. Importa notar que la Directiva imputa a los Estados la responsabilidad de atender los requerimientos derivados de su aplicación –arts. 6.1, 7.1, 7.3...–, por lo que no es descabellado atribuir a la Administración del Estado esta responsabilidad.
- b) Diseñar un formulario normalizado con el que recabar la información, para poderla presentar después con un mínimo de uniformidad y garantías de suficiencia, y ponerla seguidamente a disposición de los prestadores a través de un portal. El art. 7.3 DSMI quiere además que la información y el asesoramiento anteriormente comentados “se faciliten

de forma clara e inequívoca, se pueda acceder a ellos fácilmente a distancia y por vía electrónica y se encuentren actualizados”.

A pesar de tratarse de un mero instrumento de información por vía telemática (lo cual constituye el nivel primario o elemental de administración electrónica, en una escala de cuatro que culmina con la tramitación integral del procedimiento en soporte electrónico), cabe imaginarse lo complicado que resulta articular un centro único de información tomando como premisa dos elementos:

- a) El enmarañado esquema de reparto competencial existente en nuestro sistema de Administraciones públicas, en el que intervienen entidades de diferente nivel geográfico –estatal, autonómico y local–, y tanto de carácter territorial como instrumental, autónomo o corporativo –Agencia Tributaria, registros, cámaras de comercio, agencias de impacto ambiental...–, obligando a coordinar una gran cantidad de fuentes heterogéneas de información.
- b) La extraordinaria variedad de actividades comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios, cuyo mero ámbito de aplicación ya constituye de suyo un importante problema interpretativo, y que hace radicalmente diversos los procedimientos de aplicación, que en unos casos son sencísimos (una mera licencia municipal y el alta en la Administración Tributaria), y en otros comprende una interminable variedad de trámites cuya mera recopilación e integración en un solo portal supone un esfuerzo de dimensiones fabulosas.

La segunda funcionalidad de la ventanilla es la de erigirse en el intercomunicador integral del prestador de servicios con el conjunto de Administraciones públicas implicadas en el inicio de su actividad –arts. 6.1 y 8.1 DSMI–. Constituye una medida sin precedentes en nuestra tradición institucional. Exige la integración necesaria de todos los procesos en un único canal de comunicación. Conviene puntualizar que esto no supone necesariamente la integración de todos los sistemas de información, sino tan sólo la integración de todos los trámites y comunicaciones en que intervenga el prestador de servicios (ya sea enviando o recibiendo documentación) a través de un portal único, lo cual es bien distinto y mucho menos complicado. La tramitación electrónica integral supondría la necesidad de que todas las Administraciones públicas dispusieran de sistemas de información en soporte electrónico, así como gestores y motores de tramitación del procedimiento que lo vayan impulsando en sus

sucesivas fases en soporte electrónico. En cambio, la fórmula adoptada por la Directiva permite, por ejemplo, que el prestador de servicios disponga de un canal electrónico para la presentación de la solicitud y de su documentación de acompañamiento, y que cada Administración pública tramite después sus correspondientes fases o aportaciones al procedimiento (solicitud al interesado de información adicional, informe favorable o desfavorable de impacto ambiental, otorgamiento o denegación de la licencia) en soporte papel, volcando luego el resultado en un sistema centralizado de información que la presenta al prestador de servicios en soporte electrónico. En definitiva, la ventanilla única no obliga necesariamente a instrumentar un procedimiento electrónico integral. No obstante, la apuesta de la Directiva de Servicios supone un extraordinario esfuerzo de coordinación interadministrativa, que tiene como principal obstáculo la interoperabilidad, como veremos más tarde.

Un elemento a considerar es que la Directiva de Servicios no impone necesariamente que sean las autoridades administrativas quienes pongan en servicio y gestionen directamente las ventanillas únicas, pudiendo hacerlo entidades privadas⁷⁶⁶ o de carácter corporativo, como las Cámaras de Comercio. Cabe anticipar, en cualquier caso, que no ha sido este el modelo finalmente implantado en España, donde la ventanilla única ha sido implementada por el Ministerio de Economía y Hacienda, a pesar de que las Cámaras de Comercio venían impulsando desde hace tiempo una iniciativa de gran arraigo.

2. Interoperabilidad y ventanilla única

2.1 EL PROBLEMA DE LA INTEROPERABILIDAD

La Decisión 2004/387/CE, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de administración electrónica al sector público, las empresas y

⁷⁶⁶ Pone de relieve esta cuestión NEVADO-BATALLA, P.: "Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio", en RIVERO ORTEGA, R. (coord.): *Mercado europeo y reformas administrativas, op.cit.*, p. 180. El autor destaca, además, la posibilidad que se cobre a sus usuarios una tarifa por los servicios prestados, lo que constituye una actividad económica susceptible de explotación.

los ciudadanos⁷⁶⁷, define la interoperabilidad –art.3.f)– 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”. El Anexo de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (en lo sucesivo, LAE) define la interoperabilidad como la “capacidad de los sistemas de información, y por ende de los procedimientos a los que éstos dan soporte, de compartir datos y posibilitar el intercambio de información y conocimiento entre ellos”. La interoperabilidad podría equipararse a un proceso de normalización que permite a un programa o sistema informático compartir la información con otros programas y sistemas y establecer comunicaciones con ellos⁷⁶⁸.

La interoperabilidad es el mayor paso adelante que se puede lograr en la gestión administrativa, ahorrando cantidades incalculables de tiempo y de dinero a las Administraciones públicas y a los ciudadanos. La Directiva de Servicios lo pone claramente de manifiesto, y supone un desafío sin precedentes, pues constituye un exponente necesario y extraordinariamente ambicioso de interoperabilidad: por una parte, la ventanilla única obliga a hacer interoperables los sistemas de información de las diferentes Administraciones públicas involucradas en el proceso de autorización de las actividades de servicios; por otra parte, las Administraciones públicas nacionales no podrán exigir documentos o trámites ya satisfechos en otros Estados miembros, lo que obliga realmente a hacer interoperables los sistemas de información de las Administraciones públicas de todos los Estados miembros.

No puedo detenerme ahora en detalle sobre estas cuestiones, que he tratado ampliamente en otro lugar⁷⁶⁹. Me limito pues a sintetizar algunos aspectos de necesaria consideración en esta materia.

⁷⁶⁷ Decisión 2004/387/CE de la Comisión de 28 de abril de 2004–Decisión 2004/387/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de administración electrónica al sector público, las empresas y los ciudadanos.

⁷⁶⁸ El enchufe es un ejemplo rudimentario de interoperabilidad en procesos puramente industriales: la clavija de que disponga un aparato debe ser compatible con la clavija de suministro de corriente a la que vamos a conectarlo, porque en caso contrario no podríamos enchufar el equipo, cosa que no es tan fácil de lograr cuando son muchos los fabricantes y la distribución del producto abarca grandes áreas.

⁷⁶⁹ Vid. GAMERO CASADO, E.: “Interoperabilidad y administración electrónica: conéctense, por favor”, *RAP*, nº 179, 2009, pp. 291 y ss.

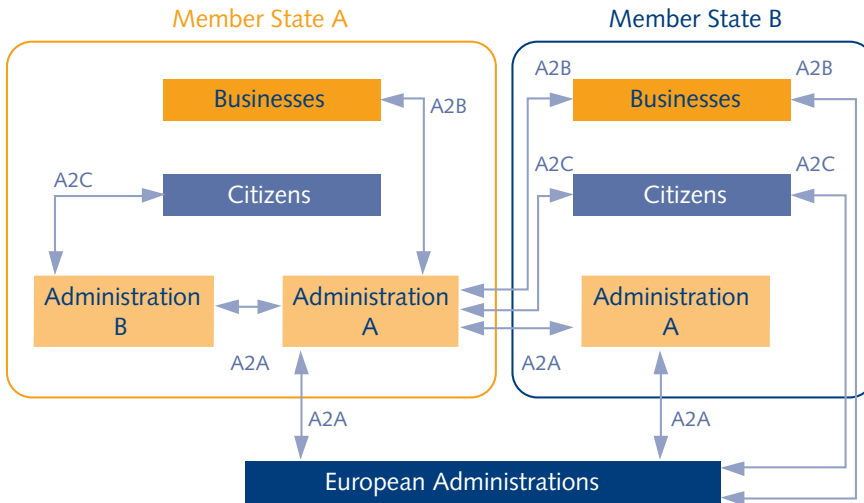
En este sentido es preciso resaltar en primer lugar que la interoperabilidad supone un esfuerzo de concertación a diferentes niveles que conocemos como *dimensiones* de la interoperabilidad. Tradicionalmente se observan tres, a las cuales se añade recientemente una cuarta⁷⁷⁰:

- > **Interoperabilidad organizativa:** es relativa a la capacidad de las entidades y de los procesos a través de los cuales llevan a cabo sus actividades para colaborar al objeto de alcanzar logros mutuamente acordados relativos a los servicios que prestan. En la dimensión organizativa de la interoperabilidad hacemos referencia a los diferentes universos de sujetos y usuarios, públicos o privados, que pueden verse implicados en la necesidad de ser interoperables. La interoperabilidad es, de hecho, un objetivo a escala mundial, y su implantación no debe limitarse a grupos cerrados de sujetos o a entidades de un mismo sector. Ha de ser interoperable un determinado órgano administrativo con el resto de órganos y entidades de la Administración matriz; han de ser interoperables unas Administraciones públicas con otras; han de ser interoperables los ciudadanos –personas físicas y jurídicas– con la Administraciones públicas. Y todo ello, no sólo a escala local, regional o nacional, sino también a escala europea (donde por una parte deben ser interoperables los Estados con la Unión y por otra los Estados entre sí) e incluso mundial. El siguiente gráfico muestra los actores implicados en la dimensión organizativa de la interoperabilidad y las complejas relaciones que entablan entre sí⁷⁷¹.
- > **Interoperabilidad semántica:** hace referencia a que la información intercambiada pueda ser interpretable de forma automática y reutilizable por aplicaciones que no intervinieron en su aplicación. Por ejemplo, si se rellena un formulario en línea para remisión de un anuncio de licitación de

⁷⁷⁰ Las tres primeras definiciones se han extraído del Borrador ENI, cuya fórmula se expresa en términos análogos a las que se utilizan extendidamente en los ámbitos técnico, científico, administrativo y normativo. La cuarta definición la he tomado del documento de trabajo de la nueva versión del Marco Europeo de Interoperabilidad, “European Interoperability Framework for Pan-European eGovernment Services. Draft for public comments, as basis for EIF 2.0”, versión de 15 de julio de 2008, accessible en <http://ec.europa.eu/idabc> (visitada el 15 de marzo de 2009). Uno de los primeros documentos en que se cita la dimensión jurídica de la interoperabilidad es en la Declaración de Valencia de 2006, citada.

⁷⁷¹ Fuente: Comisión Europea, Programa IDABC: *Draft document as basis for EIF 2.0*, 2008, accesible en <http://ec.europa.eu/idabc> (última visita: 28 de enero de 2010).

Figura 1.



A2A: administration to administration • A2B: administration to business • A2C: administration to citizen

un contrato al Boletín Oficial del Estado, esa información debe ser directamente (re)utilizable (sin necesidad de aportarla de nuevo en otro formulario diferente) para enviar el anuncio pertinente al Diario Oficial de la Unión Europea, e incluso para el resto de trámites comprometidos en el procedimiento de contratación. La principal dificultad que encuentra la interoperabilidad semántica es la diversidad de los lenguajes de programación, que pueden hacer ininteligibles para un sistema informático los datos existentes en otro. Una de las principales aportaciones acuñadas hasta hoy a favor de la interoperabilidad semántica es el lenguaje XML. Por otra parte, un problema específico de la interoperabilidad semántica que nos afecta e interesa particularmente es la diversidad lingüística en el plano jurídico: las mismas instituciones jurídicas reciben denominaciones diferentes en cada idioma, lo cual debe tenerse presente cuando se pretende interconectar sistemas informáticos que dan soporte a tradiciones jurídicas distintas⁷⁷².

⁷⁷² La recomendación 8 del Marco Europeo de Interoperabilidad trata esta particular cuestión, recordando que las directivas comunitarias constituyen un excelente parámetro posibilitador de la interoperabilidad semántica, por cuanto que las expresiones utilizadas en la traducción de cada directiva a los idiomas oficiales presupone el uso de ese vocabulario en el plano nacional. Reconoce, en todo caso, la conveniencia de acometer una armonización de esta cuestión en el plano paneuropeo.

Este plano debe distinguirse de la dimensión jurídica de la interoperabilidad a la que me refiero más tarde, por cuanto que esta última hace referencia a la diversidad de los regímenes legales (por ejemplo, requisitos de la firma electrónica reconocida), en tanto que en su dimensión semántica evoca problemas estrictamente lingüísticos (cómo se denomina la firma electrónica reconocida en cada idioma). Es habitual resolver este problema con técnicas de normalización, creando formularios informáticos que incluyen campos claramente segmentados, a los que se asocian librerías o catálogos cerrados de expresiones previamente definidos que garantizan la perfecta interoperabilidad de los contenidos.

- > **Interoperabilidad técnica:** viene determinada por la relación entre sistemas y servicios de tecnologías de la información, incluyendo aspectos tales como los interfaces, la presentación de la información, la interconexión, la integración de datos y servicios, la presentación de la información, la accesibilidad y la seguridad. Un potente instrumento para lograr la interoperabilidad técnica es la utilización de estándares abiertos⁷⁷³, aspecto en el que inciden invariablemente todos los marcos de interoperabilidad⁷⁷⁴.
- > **Interoperabilidad jurídica (o legal):** es la sincronización adecuada de la legislación de un determinado ámbito político para que los datos electrónicos originarios del mismo sean conformes al Derecho aplicable en otros, y se reconozcan recíprocamente cuando ello sea necesario para su utilización en ámbitos distintos del originario. Esta dimensión de la interoperabilidad se preocupa, por ejemplo, de que un certificado electrónico (o una

⁷⁷³ Con arreglo al glosario que figura en el Anexo de la Ley 11/2007, se define al estándar abierto como “Aquel que reúna las siguientes condiciones: sea público y su utilización sea disponible de manera gratuita o a un coste que no suponga una dificultad de acceso; su uso y aplicación no esté condicionado al pago de un derecho de propiedad intelectual o industrial”. Esta noción genérica tiene manifestaciones específicas para diferentes productos o servicios. Por ejemplo, la aplicación de fuentes abiertas se define por el propio glosario como “Aquella que se distribuye con una licencia que permite la libertad de ejecutarla, de conocer el código fuente, de modificarla o mejorarla y de redistribuir copias a otros usuarios”. Tanto el estándar abierto en sentido genérico, como en particular la utilización (y reutilización) de aplicaciones de fuentes abiertas, son piezas clave para promover la interoperabilidad.

⁷⁷⁴ Sobre la importancia de los estándares abiertos para promover la interoperabilidad véase especialmente MARZANO, F.: “Interoperability and eGovernment through adoption of standards”, ponencia presentada a la cumbre ESIG2, accesible en <http://www.esig2.it> (visitada el 15 de marzo de 2009).

firma electrónica) válido en España también lo sea en Holanda; que una firma válida en La Rioja lo sea en Aragón o el País Vasco; que una firma válida en el Ayuntamiento de Aguadulce (Almería) lo sea también en Almería capital o en Madrid; y así, sucesivamente, en relación con todos los ámbitos políticos y con todos los procesos implicados en la administración electrónica.

Cada elemento que conduce desde el *back-office*, es decir, la trastienda o interior de la oficina administrativa (en este caso, del sistema de información), hasta el *front-office*, mostrador o ventanilla (que en este caso será un punto de acceso electrónico), plantea necesidades de interoperabilidad en cada una de estas dimensiones (conectividad, identificación, integración de aplicaciones...), y paralelamente existen infraestructuras, herramientas y otros posibilitadores que permiten satisfacer tales necesidades de interoperabilidad. La conjunción de todas estas dimensiones de interoperabilidad anteriormente expuestas da lugar a la *cadena de interoperabilidad*, que se define como "la interoperabilidad que se manifiesta en la práctica en el despliegue de los sistemas y los servicios como una sucesión de elementos enlazados e interconectados, de una forma dinámica, a través de interfaces y con proyección a las dimensiones técnica, semántica y organizativa"⁷⁷⁵.

2.2 LAS NORMAS DICTADAS POR LA COMISIÓN PARA GARANTIZAR LA INTEROPERABILIDAD DE LAS VENTANILLAS ÚNICAS A NIVEL COMUNITARIO

El principal instrumento para promover la interoperabilidad a nivel comunitario es el *European Interoperability Framework* o Marco Europeo de Interoperabilidad, aprobado en 2004 –EIF 1.0⁷⁷⁶– en el marco del Programa IDABC⁷⁷⁷. Constituye un referente mundial en la materia, si bien se limita a

⁷⁷⁵ Anexo-glosario del Borrador ENI.

⁷⁷⁶ El documento puede obtenerse en <http://ec.europa.eu/idabc/en/document/3473#finalEIF> (visitada el 28 de enero de 2010).

⁷⁷⁷ Cuya última edición tiene lugar mediante la Decisión 2004/387/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril, relativa a la prestación interoperable de servicios paneuropeos de administración electrónica al sector público, las empresas y los ciudadanos (IDABC).

recoger una serie de principios genéricos que además no tienen carácter vinculante para los Estados miembros. Actualmente se encuentra en revisión. El nuevo documento –EIF 2.0– pretende ser mucho más minucioso en sus contenidos y ambicioso en sus resultados⁷⁷⁸. El EIF resulta pues insuficiente para atender las necesidades de interoperabilidad presentes en la ventanilla única.

Consciente de ello, la Directiva de Servicios anuncia en su art. 8.3 que la Comisión Europea dictará normas de desarrollo relativas a la ventanilla única “con el fin de facilitar la interoperabilidad de los sistemas de información y la utilización de los procedimientos electrónicos entre los Estados miembros”. En desarrollo de esta previsión se ha dictado la Decisión 2009/767/CE de la Comisión, de 16 de octubre de 2009, por la que se adoptan medidas que facilitan el uso de procedimientos por vía electrónica a través de las ventanillas únicas⁷⁷⁹. Se trata de un documento muy decepcionante, incapaz de afrontar con un mínimo de profundidad las necesidades de interoperabilidad presentes en la puesta en marcha de las ventanillas únicas.

En efecto, la Decisión en examen no promueve la integración efectiva de los sistemas de información, ni establece pautas concretas acerca de cuestiones tan cruciales como los requisitos técnicos de las conexiones, y en especial, que sea posible acceder a las ventanillas únicas sin condicionar excesivamente las opciones tecnológicas de los ciudadanos: por ejemplo, sistemas operativos y navegadores utilizables. Ni siquiera se promueve el empleo de estándares abiertos, o de aplicaciones de fuentes abiertas. La Decisión se limita a disponer unas escasas e insuficientes previsiones en materia de firma electrónica.

Así, el art. 1 de la Decisión permite que los Estados miembros exijan la realización de ciertos trámites mediante la ventanilla única utilizando firmas electrónicas avanzadas basadas en un certificado reconocido, con o sin dispositivo

⁷⁷⁸ Véase Comisión Europea, Programa IDABC: *Draft document as basis for EIF 2.0*, 2008, citado.

⁷⁷⁹ En su publicación original se omitieron contenidos relevantes, por lo que conviene manejar la Corrección de errores de la Decisión 2009/767/CE de la Comisión, de 16 de octubre de 2009, por la que se adoptan medidas que facilitan el uso de procedimientos por vía electrónica a través de las ventanillas únicas con arreglo a la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior (DO L 274 de 20.10.2009).

seguro de creación de firma, según se definen y regulan en la Directiva 1999/93/CE (transpuesta por la Ley 59/2003, de Firma Electrónica, LFE), siempre que lo hagan sobre la base de una evaluación apropiada de los riesgos existentes y de conformidad con el art. 5, apartados 1 y 3, de la Directiva de Servicios. De modo que pueden darse todas las variables, desde que un Estado miembro no requiera el empleo de ningún medio de identificación digital, hasta que exija el más fiable de todos (en nuestro derecho, la firma electrónica reconocida), según evalúe los riesgos existentes, y ello, para todos o para alguno o algunos de los trámites realizables mediante la ventanilla. Esta previsión sería extrapolable a todos los niveles territoriales tácitamente incorporados a la expresión Estados miembros, es decir, en nuestro sistema político, el Estado, las Comunidades Autónomas y los Entes Locales, todos los cuales podrían exigir el empleo de firmas electrónicas para la realización de estos trámites. Se renuncia pues a establecer un sistema unificado de identificación digital accesible por todos los prestadores sin restricciones geográficas.

Por otra parte, se impone a los Estados miembros el deber de aceptar cualquier firma electrónica que responda al nivel genérico que haya determinado previamente, de modo que no se puede exigir a los prestadores de servicios la disposición de un concreto certificado (por ejemplo, en España, el certificado reconocido clase C2A que emite la FNMT), sino que podrán utilizar todos los incluidos a la clase correspondiente (por ejemplo, cualquier certificado electrónico reconocido). Se proclama así indirectamente un derecho de los prestadores a utilizar los certificados electrónicos de que ya dispongan en su país para realizar los trámites incorporados a las ventanillas de otros países, siempre que el certificado en cuestión corresponda al tipo exigido por el país titular de la ventanilla, lo cual es francamente positivo. En efecto, es habitual que la expedición de certificados exija un trámite presencial de su titular o de su representante legal, a fin de acreditar fehacientemente su voluntad de obtenerlo (retomando el ejemplo del certificado de la FNMT, el interesado debe acudir a una dependencia administrativa y expresar su voluntad ante un fedatario). En este sentido, el régimen dispuesto por la Decisión permite evitar que se imponga a los prestadores utilizar un concreto certificado, y obligarle por consiguiente a realizar este trámite presencial en el país donde pretenden operar, pues tal exigencia desvirtuaría por completo la existencia de la ventanilla única. Para hacer operativo este derecho, se obliga a los Estados miembros a mantener publicadas listas de confianza en

las que se contenga la relación de prestadores de servicios de certificación supervisados o acreditados en el propio Estado. Los certificados emitidos por los prestadores incluidos en la lista de confianza deben ser admitidos sin restricciones por los Estados miembros.

Esta previsión resulta muy interesante, pero claramente insatisfactoria, desde el momento en que la Decisión no exige que los prestadores de servicios de certificación pongan *gratuitamente* a disposición de los Estados miembros la información relativa a la vigencia de los certificados (plataformas de verificación de firmas). En este sentido, puede suceder que el certificado electrónico emitido por una entidad incluida en la lista de confianza haya caducado, o haya sido suspendido o revocado, es decir, que carezca de valor al momento de firmar. Para comprobar la vigencia del certificado es preciso acudir a servicios de verificación de firma que ofrece el propio prestador del servicio de certificación, y que suelen estar sujetos al pago de tarifas. Nuestra FNMT es un claro exponente de este modelo de negocio. De tal manera que si un país tercero (Bélgica, pongamos por caso) exige a los prestadores de servicio que para realizar ciertos trámites a través de la ventanilla única utilicen un certificado electrónico reconocido, los españoles podremos servimos del que expide la FNMT; pero si Bélgica desea comprobar la vigencia de ese certificado en el momento de nuestra firma, deberá abonar una tarifa por obtener esa información de la correspondiente plataforma de verificación de estado de vigencia de certificados de la FNMT. No parece ser un orden de cosas satisfactorio.

Es mucho más ponderada la previsión establecida en el art. 21.1 de nuestra Ley de acceso electrónico, que establece la aceptación obligatoria por parte de las Administraciones públicas de los certificados electrónicos reconocidos emitidos por prestadores de servicios de certificación, siempre que el prestador ponga a disposición de las Administraciones públicas la información que sea precisa en condiciones que resulten tecnológicamente viables y *sin que suponga coste alguno para ellas*. La Decisión 2009/767/CE logra satisfactoriamente el objetivo de ofrecer la información en condiciones viables, por cuanto que incluye un largo Anexo que concreta el modo de publicar las listas de confianza; pero olvida la última y sabia previsión de nuestra Ley –la gratuidad de la información que sea precisa, entre la que sin duda se encuentra el estado de vigencia de los certificados–, por lo que no será raro que aparezcan conflictos en este tema. Esto puede llevar a los Estados a renunciar a su derecho a imponer el uso de certificados reconocidos debido a que pue-

den ser incapaces de predecir el coste que ello les llegue a suponer; o, en contrapartida, puede dar lugar a conflictos cuando una Administración rechace un trámite realizado por un prestador de servicios mediante una ventanilla única al no poder verificar gratuitamente el estado de vigencia del certificado empleado.

Y hasta aquí llegan las aportaciones de la Decisión en materia de interoperabilidad. El art. 8.3 de la Directiva de Servicios generó una expectativa (y esconde una potencialidad) claramente desaprovechada por las instituciones comunitarias, que disponen de la habilitación necesaria para concretar otras muchas exigencias y no han dado el paso de abordarlas.

2.3 LA INTEROPERABILIDAD EN LA LEY 11/2007

La Ley 11/2007 demuestra una gran preocupación por la interoperabilidad que se refleja a lo largo de todo su articulado. De entrada, concede un gran papel a la *cooperación interadministrativa*, a la que el art. 4 e) LAE reviste del carácter de principio, en los siguientes términos: “Principio de cooperación en la utilización de medios electrónicos por las Administraciones Públicas al objeto de garantizar tanto la interoperabilidad de los sistemas y soluciones adoptados por cada una de ellas como, en su caso, la prestación conjunta de servicios a los ciudadanos. En particular, se garantizará el reconocimiento mutuo de los documentos electrónicos y de los medios de identificación y autenticación que se ajusten a lo dispuesto en la presente Ley”. Es de notar, por otra parte, que todo el Título V de la Ley se dedica a la cooperación, y en particular, los arts. 41 a 44 se centran específicamente en la cooperación en materia de interoperabilidad. El categórico art. 41 LAE dispone: “Las Administraciones Públicas utilizarán las tecnologías de la información en sus relaciones con las demás administraciones y con los ciudadanos, aplicando medidas informáticas, tecnológicas, organizativas, y de seguridad, que garanticen un adecuado nivel de interoperabilidad técnica, semántica y organizativa y eviten discriminación a los ciudadanos por razón de su elección tecnológica”; sin embargo, el precepto establece un fin sin indicar el medio de alcanzarlo, ni sancionar las eventuales infracciones de que sea objeto, limitándose pues a proponer una aspiración más que a lograr su cumplimiento.

Por otro lado, a efectos de la interoperabilidad técnica interesa notar la existencia de una *red de comunicaciones de las administraciones públicas*, prevista en el art. 43 LAE: se trata de la red SARA (antiguamente Intranet administrativa) que recibe en ese precepto tratamiento legal sin aportar novedades a lo que de suyo existía previamente. En este mismo contexto puede citarse el art. 44 LAE, que postula la creación de ventanillas únicas y de una *red integrada de atención al ciudadano*⁷⁸⁰, previsión que podemos suponer inspirada en la Directiva de Servicios y dirigida a darle cumplimiento.

No obstante, el más poderoso instrumento de interoperabilidad contemplado por la Ley 11/2007 es el Esquema Nacional de Interoperabilidad (ENI), regulado en el art. 42.1 LAE, que se aprobará mediante real decreto y “comprenderá el conjunto de criterios y recomendaciones en materia de seguridad, conservación y normalización de la información, de los formatos y de las aplicaciones que deberán ser tenidos en cuenta por las Administraciones Públicas para la toma de decisiones tecnológicas que garanticen la interoperabilidad”. Esta previsión puede ejecutarse de maneras extraordinariamente diversas. Conforme a su regulación legal, el ENI podría limitarse a ser un mero marco orientativo, al modo tradicional del Marco Europeo de Interoperabilidad (EIF 1.0), o incrementar su grado de vinculación hasta donde se desee llegar, siempre en el contexto de las competencias estatales proclamadas en el art. 149.1.18ª CE. Este último es el modelo finalmente adoptado, según revela el Proyecto ya informado por el Consejo de Ministros y actualmente en tramitación, que constituye un texto minucioso, concreto y técnicamente depurado con el que se promueven altas dosis de interoperabilidad en nuestro sistema de Administraciones públicas. Aunque todavía no se ha aprobado, el art.42 LAE nos hace ver la potencialidad que alcanza el título competencial del Estado en materia de interoperabilidad y los positivos resultados que podría haber incorporado al proceso de transposición de la Directiva de Servicios relación con la ventanilla única.

⁷⁸⁰ Sobre todo ello véase CERRILLO MARTÍNEZ, A.: “Cooperación entre Administraciones públicas para el impulso de la Administración electrónica”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *La Ley de Administración electrónica*, op. cit, pp. 517 y ss.

3. La ventanilla única en las leyes de trasposición de la Directiva de Servicios

Parece claro que la ventanilla única es uno de los mayores desafíos de coordinación que se ha planteado hasta el día de hoy al sistema español de Administraciones públicas, tanto por su magnitud como por los exiguos plazos en que es preciso ponerlo en marcha. En este apartado se aborda el plano estrictamente normativo de la cuestión, a fin de evaluar el modo en que se transponen a nuestro Derecho las determinaciones contenidas en la Directiva de Servicios. Un poco más tarde se verá de qué manera se ha implementado efectivamente la ventanilla única.

La Ley 17/2009, de de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (LLAAS), regula la ventanilla única en sus arts. 18 y 19, así como en la Disposición adicional primera, preceptos que resultan escasamente innovadores respecto a lo que, de suyo, establece la Directiva de Servicios, cuyas proposiciones normativas se limita básicamente a transcribir para incorporarlas al Derecho interno, mejorando en algunos aspectos la redacción e incluyendo puntualmente alguna nueva previsión, como la disponibilidad de la información en las lenguas cooficiales del Estado además de en alguna otra lengua comunitaria, pero sin ofrecer innovaciones significativas. Tampoco aporta grandes novedades el art.3 de la Ley ómnibus, que modifica el art.6.3 de la Ley 11/2007 para mejorar la transposición al Derecho interno de la Directiva de Servicios que ya contenía ese precepto, pormenorizando el alcance de la información que los ciudadanos podrán obtener por medios electrónicos en relación con el acceso y ejercicio de las actividades de servicios. No obstante, es pertinente hacer algunos comentarios de estas disposiciones.

Ya expuse anteriormente que las determinaciones de la Directiva de Servicios no interfieren en el reparto competencial existente en los Estados miembros. Esta afirmación es válida por lo que concierne a la competencia material, es decir, a la adopción de decisiones implicadas en el inicio de las actividades de servicios, que continúan confiándose a las mismas autoridades que las ejercían antes de aprobarse la Directiva. Ahora bien, lo que se resiente inevitablemente es la potestad de autoorganización de cada Administración en relación con el ejercicio de sus competencias, pues la puesta en marcha de un sistema integrado de información y comunicación como la ventanilla única, que exige determinaciones unitarias y homogéneas, deriva inevitables

consecuencias sobre el modo en que cada Administración se organiza para el ejercicio de sus propias competencias.

Sin embargo, existe un rasgo común y profundamente llamativo de todas las disposiciones de transposición, y es la falta de atribuciones competenciales específicas a cada Administración pública para la efectiva implantación de la ventanilla única y de su sistema de tramitación asociado. Se declaran obligaciones de resultado, pero sin asignar responsabilidades concretas a cada Administración para su efectiva puesta en marcha.

Así, la Disposición adicional primera de la Ley de libre acceso establece que “Las Administraciones públicas dispondrán de un sistema electrónico de intercambio de información entre ellas y con las de los demás Estados miembros que garantice el cumplimiento de las obligaciones establecidas en esta ley”. Sin insistir demasiado en el hecho de que esta proclamación encontraría mejor acomodo en el art. 19 LLAAS, debe notarse que el precepto no establece quién se va a ocupar de diseñar el sistema de información y decidir sus parámetros técnicos (obligando por consiguiente a los demás a incorporar las tecnologías precisas para garantizar la interoperabilidad), quién va a costear su puesta en funcionamiento, quién se va a responsabilizar de su mantenimiento y, en definitiva, cómo va a participar cada Administración pública en la ejecución de un deber legal que corresponde a todas ellas de manera inespecífica. Se diría que el sistema de información es una creación caída del cielo, algo que viene dado y al que todos, sencillamente, se suman. Nada menos cierto: es preciso imputar tales responsabilidades a una concreta autoridad, o distribuir su articulación a las Administraciones de manera diferenciada, pero no cabe dejar este tema en el aire y sin la suficiente concreción.

Parece que el actor principal del sistema ha de ser la Administración del Estado, que además cuenta con competencia para ello. En efecto, La Ley 17/2009 invoca el art. 149.1.18ª CE como título competencial sustentador de sus contenidos, y entiendo que, en concreto, es deducible su competencia de las funciones de coordinación interadministrativa que la propia cláusula constitucional atribuye al Estado⁷⁸¹. Puede que en los redactores de la

⁷⁸¹ Véase la STC 76/1983, así como los comentarios sobre esta cuestión que recojo en GAMERO CASADO, E.: “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de administración electrónica; su posición en el sistema de fuentes”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (COORDS.): *La Ley de administración electrónica*, op. cit., pp. 69 y ss.

Ley haya pesado algún temor a las reivindicaciones autonomistas, o quizá hayan pensado que la atribución de estas funciones al Estado se encuentra implícita en el texto y no resulta preciso evidenciarla de manera más contundente. Sin embargo, pienso que debería haberse prestado más atención a este aspecto y resolverlo de con mayor claridad, sobre todo teniendo en cuenta las advertencias de la Directiva acerca de que la implantación de la ventanilla única no afectará al reparto competencial, y que pueden existir muchas ventanillas únicas siempre que, en cada una de ellas, el prestador de servicios acceda a la totalidad de trámites implicados en el inicio de su actividad.

Sobre todo, porque la Administración del Estado no es la única que debe intervenir activamente para materializar el sistema de información: todas las Administraciones públicas, en efecto, han de poner algo de su parte. Por ejemplo, un posibilitador esencial del sistema de información es el tendido de una red de interconexión entre las Administraciones públicas que permita el cruce electrónico de datos comprometido en el funcionamiento de la ventanilla única. En el apartado anterior se puso de manifiesto que ya existe de antemano la red SARA. La Administración del Estado puede asumir –y de hecho viene asumiendo– las dotaciones comunes que precisa la red y prestarle soporte operativo, pero en línea de principio ello no supone que deba sufragar los costes derivados del tendido material –cableado– para la conformación de la red, y resulta lógico que cada Administración asuma la parte que le corresponda en el coste del tendido de su bucle de conexión. Todas las Comunidades Autónomas lo han hecho, pero hay muchísimos municipios que todavía no. ¿Cómo va a articularse la realización de trámites electrónicos a prestadores de servicios interesados en operar en esos municipios? A mi modo de ver, estas cuestiones deberían quedar suficientemente perfiladas en los correspondientes instrumentos normativos, sin dejarlas en el aire.

Por otra parte, el art. 19.3 LAAS afirma: “Las Administraciones públicas adoptarán las medidas necesarias e incorporarán en sus respectivos ámbitos las tecnologías precisas para garantizar la interoperabilidad de los distintos sistemas”. Pero tampoco se dice cómo se alcanzará concretamente esta interoperabilidad: ¿quién va a establecer las reglas comunes que la garanticen? ¿se sobreentiende que lo hará el Estado por corresponderle de hecho esta función conforme al art. 42 LAE, ya analizado? Las reglas de interoperabilidad aplicables en materia de libre prestación de servicios ¿son las comunes del ENI, o se trata de otras específicas? ¿cuándo se dispondrá de ellas? Nada

de esto queda dicho en el plano normativo, y las respuestas se entregan al desarrollo material de la cuestión.

Estas sombras normativas, estos vacíos de regulación, abren un posible frente de problemas: si existe un buen entendimiento por parte de todas las Administraciones públicas en la fase de puesta en marcha del sistema no pasará nada, pero si aparecen divergencias en cuanto a los deberes que atañen a cada uno, careceremos de un instrumento adecuado para afrontar la situación.

Por otra parte, el art. 3 de la Ley Ómnibus modifica el art. 6.3 LAE, para mejorar la transposición de la Directiva de Servicios, perfilando más satisfactoriamente los deberes de información; y adiciona una nueva letra c) al art. 40.2 LAE, mediante la que se atribuye al Comité Sectorial de Administración Electrónica la competencia para “Asegurar la cooperación entre las Administraciones públicas para proporcionar al ciudadano información administrativa clara, actualizada e inequívoca”. Esta previsión no deriva de la Directiva de Servicios, y por tanto supone una novación propia de nuestro Derecho. En ella hubiera podido anidar el mecanismo de resolución de los conflictos que pudieran desatarse en punto a concretar el reparto de responsabilidades entre Administraciones públicas, al menos en lo que se refiere al suministro de información sobre las actividades de servicios; pero sucede que el art. 40 LAE carece de carácter básico, y por tanto sólo vincula a la Administración del Estado, por lo que resulta difícil imaginar cómo el Comité Sectorial puede *asegurar* resultados cuya ejecución depende decisivamente de otras Administraciones públicas.

En otro orden de consideraciones, importa notar que los requerimientos derivados de la Directiva de Servicios suponen una excepción a la cláusula de dispensa incorporada en la Disposición Final 3ª de la Ley 11/2007. Como es sabido, el art. 6 LAE proclama el derecho de acceso de los ciudadanos a los servicios públicos, que se pormenoriza en un amplio haz de facultades: obtener informaciones, realizar consultas y alegaciones, formalizar solicitudes, manifestar consentimiento, efectuar pagos, interponer recursos... La Administración General del Estado debe hacer plenamente efectivo este derecho a más tardar el 31 de diciembre de 2009, pero las comunidades autónomas y las entidades locales gozan de una cláusula de salvaguardia: sólo están obligadas a ello en la medida que lo permitan sus disponibilidades económicas. Esta excepción decae en lo referente a las actividades de servicios, pues

la propia Directiva establece el 28 de diciembre de 2009 como fecha límite de transposición, y en ese momento debe garantizarse el pleno ejercicio del derecho de acceso electrónico de los prestadores de servicios a la información y a la realización de trámites que reconoce la Directiva de Servicios.

Cambiando de nuevo la línea del discurso conviene reflexionar ahora sobre el principio de no discriminación: la Directiva de Servicios no exige que la ventanilla única pueda utilizarse también con carácter presencial, pues el único canal obligatorio que contempla para ofrecer las facilidades referentes a la ventanilla única es el telemático, sin establecer la obligación de suministrar los mismos servicios de manera presencial, lo que se interpreta como una posible infracción del derecho a la igualdad⁷⁸². Esto es rotundamente cierto a nivel comunitario, por cuanto que no existe una declaración de derechos de los ciudadanos que contemple este supuesto, el cual tampoco tiene cabida en la prohibición de discriminación proclamada en el art. 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (Anexo I del Tratado de Lisboa). Sin embargo, en nuestro Derecho interno no cabría plantear esta objeción, puesto que la Ley 11/2007, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos, sí proclama en su art. 4 c) el principio de igualdad, “con objeto de que en ningún caso el uso de medios electrónicos pueda implicar la existencia de restricciones o discriminaciones para los ciudadanos que se relaciones con las Administraciones públicas por medios no electrónicos”. Aunque la propia Ley 11/2007 tolere que se imponga el uso exclusivo del medio electrónico por vía reglamentaria –art. 27.6–, salva al propio tiempo el principio de igualdad previendo la identificación y autenticación de los ciudadanos por funcionario público –art. 22– y la habilitación de representantes –art. 23–. De este modo, aunque un ciudadano carezca de los medios (por ejemplo, de la firma electrónica que se exija para realizar trámites a través de la ventanilla única), puede llevarlos a cabo por cualquiera de estas fórmulas⁷⁸³.

⁷⁸² Vid. NEVADO-BATALLA, P.: “Simplificación administrativa...”, *op. cit.*, p. 179, nota 32.

⁷⁸³ Para profundizar en ellas, *vid.* especialmente VALERO TORRIJOS, J.: *El régimen jurídico...*, *op. cit.*, pp. 56 y ss.; MARTÍN DELGADO, I.: “Identificación y autenticación de los ciudadanos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J.: *La Ley de administración electrónica*, *op. cit.*, pp. 365 y ss.; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, *op. cit.*, pp. 595 y ss.

Para concluir este punto dedicado a la transposición normativa de la Directiva de Servicios, no es superfluo reparar en que el Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León, omite toda referencia a la ventanilla única, con la sola excepción de la que obliga a tener a los Colegios Profesionales y a sus Consejos⁷⁸⁴. El dato no es superfluo porque confirma la sensación subyacente antes apuntada: es la Administración del Estado la que asume el peso principal de la iniciativa. El próximo apartado confirma esta impresión.

4. La implementación de la ventanilla única: el proyecto piloto y su desarrollo

4.1 METODOLOGÍA

La implantación de una ventanilla única en materia empresarial fue impulsada inicialmente por el Ministerio de Economía y Hacienda, tomando como punto de partida la llamada “Ventanilla Única Empresarial” (VUE), un proyecto inicialmente liderado por las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación en el que se integran Administraciones públicas de todos los niveles territoriales (estatal, autonómico y local)⁷⁸⁵.

Sin embargo, la ventanilla única que da acceso al sistema de información implicado en el acceso o ejercicio de actividades de servicios constituye un modelo diferente, cuyos trazos esenciales se conocieron a través del servidor del Ministerio de Economía y Hacienda⁷⁸⁶, resultando de especial utilidad el Manual que se preparó para las entidades locales en orden a racionalizar el

⁷⁸⁴ Mediante modificación del art.27 de la Ley 8/1997, de 8 de julio, de Colegios Profesionales de Castilla y León.

⁷⁸⁵ Para sostener esta iniciativa se creó inicialmente el portal <http://www.vue.es>, pero en la actualidad todo el soporte ha migrado a la Web del 060, encontrándose accesible en la sección de “Servicios en línea”, cuando se activa el perfil “060 Empresas”.

⁷⁸⁶ En la página principal del Ministerio, accesible en <http://www.meh.es>, en el margen derecho figura un enlace a “Transposición de la Directiva de Servicios”, que dispone de una sección específica dedicada a la ventanilla única, en la que se dispone de la información utilizada para elaborar este apartado del trabajo.

cribado de información y su puesta a disposición a través de la ventanilla⁷⁸⁷. Finalmente ha sido desarrollado por el Ministerio de la Presidencia (al que tras la última reordenación ministerial se acabó adscribiendo la Dirección General de Administración Electrónica que anteriormente se enclavaba en el Ministerio de Administraciones Públicas). En cualquier caso, el acervo adquirido por las VUEs se ha incorporado al proceso concediendo a estas ventanillas el carácter de oficinas presenciales, en las que se presta ayuda y asesoramiento al emprendedor en la elaboración y tutoría del Plan de Empresa así como en la realización telemática de sus trámites empresariales⁷⁸⁸. También se suma a este perfil la red PAIT, de Puntos de Tramitación Empresarial, inicialmente creada para dar soporte al sistema de tramitación telemática del Centro de Información y Red de Creación de Empresas (CIRCE), cuyos propósitos eran más modestos (se circunscribían a la creación de unos concretos tipos de sociedades), pero que permitían la realización de todos los trámites necesarios para la puesta en marcha de estas empresas⁷⁸⁹.

La ventanilla única española ha sido bautizada como *Sistema EUGO*, y se inspira en los siguientes principios:

> *Existencia de un interlocutor único*. En forma de portal nacional, al que los proveedores de servicios pueden dirigirse para realizar todos los procedimientos y trámites necesarios para su instalación y desarrollo de actividad, de una manera electrónica, sin necesidad de tener que recurrir a los portales de múltiples instituciones de diferentes Administraciones para conocer o tramitar su petición. Se encuentra accesible en la URL www.eugo.es. No se opta pues por el modelo descentralizado que también admite la Directiva de Servicios (diversas ventanillas únicas según la cantidad de Administraciones implicadas en cada procedimiento), sino por esta otra fórmula

⁷⁸⁷ Véase en dicho portal el documento *Directiva de Servicios: Manual de Evaluación para las Entidades Locales*, preparado por el Ministerio de Administraciones Públicas y el Ministerio de economía y Hacienda, con la colaboración de la Federación Española de Municipios y Provincias y el Consejo General de Secretarios, Interventores y Tesoreros de la Administración Local.

⁷⁸⁸ Una relación de estas oficinas presenciales puede consultarse en: http://documentos.060.es/060_empresas/mapa/Mapa.html

⁷⁸⁹ El sistema es accesible en <http://www.circe.es/Circe.Publico.Web/pub/Default.aspx>

integradora mucho más eficiente de cara al ciudadano y menos caótica en su puesta en funcionamiento. En lo que se refiere a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, esto supone renunciar a la creación de una ventanilla propia. Debe notarse, en cualquier caso, que podrían articularse múltiples puntos de acceso electrónico a la ventanilla única del Estado, habilitando portales simultáneos de acceso a un mismo sistema de información y tramitación electrónica. Deberíamos entender que ese portal es una sede electrónica en el sentido del art. 10 LAE, y por consiguiente, que genera responsabilidad de su titular (el Ministerio de la Presidencia, o más exactamente, la Administración del Estado), en relación con la información y los servicios accesibles a su través⁷⁹⁰. En la siguiente imagen se puede ver la página principal del portal de soporte de la ventanilla única.

Figura 2. Página principal de la ventanilla única, www.eugo.es

The image shows the homepage of the EUGO portal. At the top, there is a navigation bar with the EUGO logo, the word 'España', and several utility links: 'Inicio', 'Mapa', 'Accesibilidad', and 'Idiomas'. Below this, the main header identifies the portal as the 'Ventanilla Única de la Directiva de Servicios' and provides the URL 'www.eugo.es'. The main content area is organized into three numbered steps: '1 Localización', '2 Actividad', and '3 Modo de Prestación'. The 'Localización' step is currently active, showing a map of Spain and a 'Búsqueda por Mapa' section. To the right of the map is a 'Búsqueda Directa' section with three dropdown menus for selecting 'Comunidad Autónoma', 'Provincia', and 'Población'. Further to the right, there is a section titled '¿qué puedes encontrar?' which lists various services available on the portal. At the bottom right, there is a section for 'Información guiada' featuring a photo of a man and the text 'Para prestadores de servicios'.

⁷⁹⁰ Es la opinión de SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z.: “Administración electrónica...”, *op. cit.*, p. 207, fundada en el art.10.2 LAE. Sin embargo, no sería unívoca en la doctrina la calificación del portal referenciado como sede electrónica en sentido estricto, por cuanto que no ha sido creado atendiendo a los requisitos y al procedimiento previstos en el art.10.3 LAE. Sobre el particular pueden verse VALERO TORRIJOS, J.: “Acceso a los servicios y difusión de la información por medios electrónicos”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *La Ley de administración electrónica, op.cit.*, pp. 235 y sigs.; y MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica, op.cit.*, pp. 477 y ss.

- > *Aprovechamiento de las iniciativas en funcionamiento de las diferentes Administraciones.* Los trabajos ya desarrollados para facilitar el acceso electrónico a los trámites y servicios que afecten a la Directiva de Servicios han sido aprovechados por la ventanilla y a la vez las funcionalidades de la ventanilla se ponen a disposición de todas y cada una de las Administraciones.
- > *Responsabilidad de todas las Administraciones.* La ventanilla única no debe interferir en el reparto de competencias de las diferentes Administraciones. Por ello cada autoridad competente es responsable de la información sobre el trámite que le compete, de ejecutar dicho trámite y de prestar asistencia a otras autoridades competentes de los países miembros.
- > *Garantía del mantenimiento, actualización y calidad de la información y de los servicios.* La obligación de ofrecer una información completa y actualizada requiere crear una *red de responsables de contenidos y mecanismos de actualización de la información* sobre procedimientos y trámites. Igualmente se ha de asegurar el correcto funcionamiento de los servicios que los implementan en cada sistema de la correspondiente Administración competente.

La ventanilla única está soportada tanto por un sistema de información como por un sistema de tramitación. El proyecto se desarrolla en tres etapas: el análisis de los procedimientos y trámites (etapa 1), su integración en el sistema de información (etapa 2) y su integración en el sistema de tramitación (etapa 3).

En la etapa 1, tomando como base el catálogo de procedimientos administrativos que cada Administración ha debido construir previamente para identificar los que se ven afectados por la Directiva de Servicios, se procederá a realizar las siguientes actuaciones:

1. Analizar el catálogo de los procedimientos y trámites afectados e identificar el canal de inicio y gestión de cada trámite (manual, telemático, etc.). El objetivo de esta actividad es obtener un mapa completo de los servicios involucrados en cada trámite, y la forma en la que se realiza dicho trámite, identificando en especial los que se ofrecen al ciudadano por vía telemática.
2. Realizar una breve descripción del objeto de cada uno de los procedimientos incluidos en el catálogo y la secuencia de ejecución de los trámites.

3. Identificar y catalogar los formularios necesarios para iniciar cada uno de los procedimientos y trámites incluidos en el catálogo, en su formato correspondiente (papel, electrónico, etc.).
4. Identificar el órgano responsable del procedimiento/trámite.
5. Identificar el órgano de resolución del procedimiento/trámite, indicando si es por competencia propia o por delegación.
6. Identificar la unidad o personas que gestionan el procedimiento/trámite así como sus datos de contacto.
7. Identificar los medios de identificación y firma solicitados por el procedimiento/trámite.
8. Identificar los productos (autorizaciones, número de registro, acuses de recibo, notificaciones, comunicaciones, etc.) o resultados que se dan al destinatario como resultado de la tramitación.
9. Determinar a que sector y actividad aplica cada procedimiento o trámite. (Si el organismo tiene ya una catalogación se establecerá una correspondencia de la existente con el CNAE 09).

El Ministerio ofreció unas fichas normalizadas a fin de facilitar la recopilación de la información y el intercambio de datos.

En la segunda etapa se siguieron los siguientes pasos:

1. Identificar los modos para acceder a la información que se están utilizando en la actualidad.
2. Identificar, o desarrollar, el modo de conectarse a la información que ha de ponerse a disposición del Sistema de Información.
3. Determinar el responsable y el modo de mantener actualizada la información de procedimientos y trámites.

El sistema de información de la ventanilla proporciona, en todo caso una aplicación para actualizar los procedimientos y trámites desde el mismo.

Por último, la tercera etapa comprendió las siguientes tareas:

1. Identificar detalladamente los requisitos para iniciar los procedimientos y trámites de forma electrónica y sus posibles resultados.
2. Identificar los formularios si los hubiere.
3. Identificar las condiciones de acceso a los registros y directorios públicos si los hubiere.

4. Identificar los centros de información sobre trámites (direcciones electrónicas, Web, etc.).
5. Describir el modo en el que el sistema de tramitación puede conectar con los servicios de tramitación.
6. Organizar el sistema, e identificar los responsables, de mantener actualizada toda la información y los procedimientos de tramitación, incluidos los sistemas de ayuda y las conexiones con la Ventanilla Única.

La ventanilla única, más que un verdadero sistema integral de tramitación electrónica de procedimientos, se articula en España como un mero interfaz o *front-office*. Se ha optado pues por la fórmula menos comprometida de implantación de la ventanilla electrónica y de su sistema de información asociado, lo cual facilita indudablemente las cosas. El modelo centraliza el cuerpo principal de las responsabilidades en la Administración del Estado. Ello es coherente con la situación que presentan las entidades locales en materia de administración electrónica. También se aprecia que el modelo de interoperabilidad elegido es vinculante, flexible y centralizado. De momento, parece idóneo para resolver la papeleta que se presenta a España de cara al cumplimiento de la Directiva de Servicios. Ahora bien, sería deseable que, a medio plazo, la cosa no quedara aquí, de manera que la integración en la ventanilla única se convierta en la gran ocasión que todas las Administraciones públicas utilizan de consuno para proceder a una verdadera transición a la administración electrónica integral y a la plena interoperabilidad de sus respectivos sistemas de información y tramitación.

Debido a su complejidad, en octubre de 2009⁷⁹¹ se puso en marcha un proyecto piloto en un ámbito geográficamente reducido, para verificar su rendimiento y extenderlo después al resto de Administraciones públicas, sin perjuicio de que todas ellas (incluso las no incorporadas al proyecto piloto) puedan ir avanzando en paralelo para integrarse en el proyecto definitivo. Actualmente (enero de 2010), la consulta al servidor parece mostrar que el proceso está concluido en su integridad.

⁷⁹¹ Es una información suministrada por el Ministerio de la Presidencia el 24 de abril de 2009.

4.2 RESULTADOS

Por lo que se refiere a la accesibilidad de la información referente a la actividad de servicios, el sistema dispone de una base de datos estructurada por los siguientes criterios: la concreta actividad empresarial de servicios que vaya a prestarse; la forma de prestación (con o sin establecimiento); la localidad en la que el prestador pretende desarrollar la actividad; y la forma jurídica adoptada. La conjunción de esos parámetros desemboca en un concreto resultado de la información, que el prestador obtiene en tres formatos diferentes: una lista secuencial de los trámites que debe realizar para iniciar la prestación del servicio; un gráfico que muestra de manera claramente inteligible la autoridad administrativa competente para cada trámite; y una "guía de asistencia" que se descarga en formato pdf y contiene toda la información necesaria de manera estructurada.

Por ejemplo, si introducimos en el sistema los datos de un servicio de comidas en Sevilla, como empresario individual, dotado de establecimiento, nos devuelve el siguiente resultado (listado de trámites):

Figura 3. Ejemplo de listado de trámites para inicio de una actividad de servicios



Trámites de Ejercicio

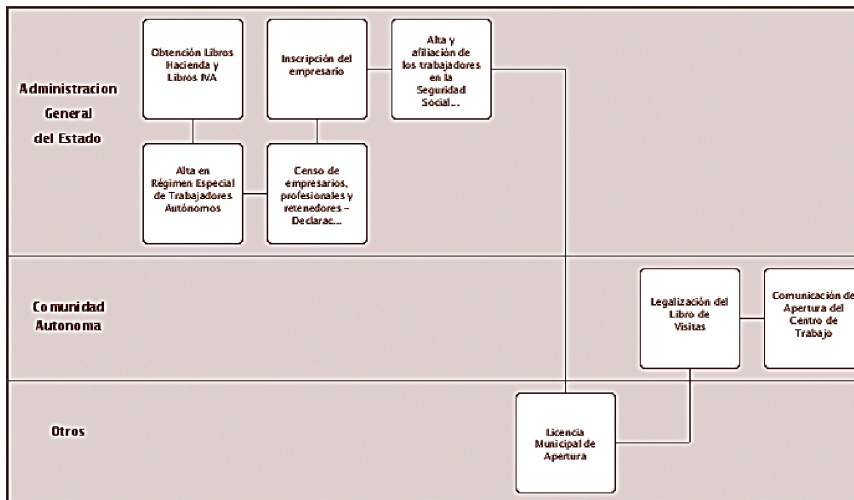
Ver Formato: [Gráfico](#) | [Listado](#)

- ❑ Paso 1. Obtención Libros Hacienda y Libros IVA
- ❑ Paso 2. Alta en Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
- ❑ Paso 3. Censo de empresarios, profesionales y retenedores - Declaración censal de alta, modificación y baja y declaración censal simplificada. (Mod. 036 y 037)
- ❑ Paso 4. Inscripción del empresario
- ❑ Paso 5. Alta y afiliación de los trabajadores en la Seguridad Social
- ❑ Paso 6. Licencia Municipal de Apertura
- ❑ Paso 7. Legalización del Libro de Visitas
- ❑ Paso 8. Comunicación de Apertura del Centro de Trabajo
- ❑ Paso 9. Licencia Municipal de Obras
- ❑ Paso 10. Solicitud de la Autorización Sanitaria de Funcionamiento
- ❑ Paso 11. Registro General Sanitario de Alimentos de las Industrias alimentarias: Autorización e Inscripción

Pinchando en el enlace a “gráfico” de la parte superior derecha del recuadro, se obtiene la siguiente imagen:

Figura 4. Gráfico de flujo de tramitación

Ver Formato: [Gráfico](#) | [Listado](#)



Por su parte, la guía de asistencia que puede descargarse en formato pdf pinchado en el enlace que aparece en la parte superior es un documento de 10 páginas que explica brevemente cómo desarrollar los trámites en cuestión.

A fin de realizar materialmente tales trámites a través de la ventanilla, se debe ir pinchando en cada uno de los ítems de la lista, obteniéndose un recuadro con información adicional acerca del modo de realizar el trámite. En particular, se obtiene una pestaña rotulada “más información”, en la que se contienen los enlaces a los portales desde los que descargarse formularios, o cumplimentarlos en línea (por ejemplo, a la oficina virtual de la Seguridad Social para proceder al alta de trabajadores).

Cuando la autoridad competente no ha articulado la posibilidad de realizar el trámite por vía electrónica (por ejemplo, una licencia municipal de obras, o de apertura), el sistema EUGO puede actuar como cauce de iniciación del trámite y comportarse después como intermediario respecto de las autoridades

competentes. A tal efecto, el prestador de la actividad de servicios debe darse de alta previamente en el sistema para la creación de su “zona personal”, recurso cada vez más frecuente en los portales de las Administraciones públicas. El registro en el sistema le suministra al prestador un nombre y claves de usuario (aunque posteriormente es posible acceder al sistema simplemente con un certificado electrónico). Para poner en marcha este mecanismo, se debe pinchar en el enlace “ayuda a la tramitación” que figura en la parte superior del listado de trámites correspondiente a cada entidad (véase la parte superior de la Figura 3). Basta con pinchar en el enlace, y confirmar la selección, para que el sistema inicie la tramitación del expediente. Una vez realizado un trámite a través de la ventanilla, el usuario puede acceder a su zona personal para conocer su estado de tramitación, obteniendo la siguiente imagen:

Figura 5. Visualización del estado de tramitación de un expediente

Trámites de Ejercicio

ESTADO	PASO	FECHA	OBSERVACIONES
 PENDIENTE	Obtención Libros Hacienda y Libros IVA	28/01/2010 03:38:54	 Iniciar Trámite
 PENDIENTE	Alta en Régimen Especial de Trabajadores Autónomos	28/01/2010 03:38:54	 Iniciar Trámite
 PENDIENTE	Censo de empresarios, profesionales y retenedores - Declaración censal de alta, modificación y baja y declaración censal simplificada. (Mod. 036 y 037)	28/01/2010 03:38:54	 Iniciar Trámite
NO INICIADO	Inscripción del empresario		
NO INICIADO	Alta y afiliación de los trabajadores en la Seguridad Social		
NO INICIADO	Licencia Municipal de Apertura		
NO INICIADO	Legalización del Libro de Visitas		
NO INICIADO	Comunicación de Apertura del Centro de Trabajo		
NO INICIADO	Licencia Municipal de Obras		
NO INICIADO	Solicitud de la Autorización Sanitaria de Funcionamiento		
NO INICIADO	Registro General Sanitario de Alimentos de las Industrias alimentarias: Autorización e Inscripción		

El resultado del sistema EUGO es pues excepcionalmente bueno. Es de justicia reconocer su amplia cobertura y su magnífica configuración. Rebasa, desde luego, a la mayoría de los implantados por los Estados miembros⁷⁹²,

⁷⁹² Para lo que puede accederse a la URL: http://ec.europa.eu/internal_market/eu-go/index_en.htm#es

algunos de los cuales (Grecia e Italia, entre otros), no han puesto en marcha aún sus ventanillas únicas en las fechas de cierre de este trabajo⁷⁹³. No han llegado a materializarse los posibles conflictos a que aludí anteriormente (§ 3), en cuanto al reparto de responsabilidades de cada operador público para materializar la puesta en marcha de las ventanillas únicas, y que hubieran tenido difícil respuesta debido al insuficiente marco legal.

Puede decirse por tanto que España ha cubierto satisfactoriamente los requerimientos derivados de la Directiva de Servicios en lo concerniente a la puesta en marcha de la ventanilla única, ofreciendo un nivel muy avanzado en sus servicios de administración electrónica. Lo que confirma una vez más las estadísticas que sitúan a España entre los diez primeros países del mundo en la implantación de servicios de administración electrónica, como recientemente ha venido a avalar Naciones Unidas⁷⁹⁴.

Para culminar completamente el proceso solo resta integrar de manera efectiva la realización de trámites en línea correspondientes a todas las Administraciones públicas, y especialmente a todas las entidades locales, que son las más atrasadas en la implantación de la administración electrónica. En este sentido, la convergencia de las entidades locales en la ventanilla única debe interpretarse como una oportunidad y no como una amenaza. Constituye un claro pretexto para tomarse en serio la modernización de su gestión y la implantación de soluciones de administración electrónica al conjunto de su actividad. Pero no pueden hacer nada de esto (ni satisfacer las concretas exigencias de la Directiva de Servicios, ni afrontar operaciones más ambiciosas de transición a la administración electrónica), de manera desestructurada y sin un protocolo orientador.

En este sentido, en orden a implantar nuevos desarrollos de administración electrónica resulta primordial disponer de una guía o plan director que iden-

⁷⁹³ El 28 de enero de 2010.

⁷⁹⁴ Para verificarlo, puede consultarse el informe *Global Development E-Survey 2010*, informe bianual elaborado por UNDESA/DPADM, cuya última edición acaba de concluirse, y aunque la versión completa no se encuentre todavía disponible (a 28 de enero de 2010), sus principales conclusiones se encuentran ya disponibles en http://www2.unpan.org/egovkb/global_reports/10report.htm#. España ocupa el noveno lugar en el ranking mundial, tras Corea del sur, EEUU, Canadá, Reino Unido, Holanda, Noruega, Dinamarca y Australia.

tifique las prioridades, establezca los objetivos y pauté su consecución. Esta política, que es conveniente en cualquier vertiente de actividad intrínsecamente compleja como es la gestión pública, resulta cardinal, como ya se ha insistido, cuando se trata de la administración electrónica, debido a la necesidad de garantizar la interoperabilidad: cada desarrollo sectorial de administración electrónica debe prever su interoperabilidad presente y futura con el resto de los sistemas de información.

Lamentablemente, es muy frecuente que los desarrollos informáticos realizados por las entidades locales no hayan previsto su interoperabilidad: por ejemplo, se diseñan bases de datos que no son interoperables con motores de tramitación de procedimientos; o sistemas contables que no son interoperables con plataformas de pago telemático; y así sucesivamente. También se pueden encontrar ejemplos de inversiones multimillonarias que carecen de utilidad al poco tiempo, debido a ausencia de una planificación eficaz previa a su puesta en marcha.

El plan director de sistemas permite identificar las prioridades, establecer los mecanismos para atenderlas y pautar su consecución. Deben ser complementarios de los instrumentos de rediseño funcional de los procedimientos, de tal manera que, aprovechando la coyuntura, las entidades locales revisen profundamente sus procedimientos administrativos, atiendan las necesidades de simplificación administrativa que promueven la Directiva de Servicios y sus instrumentos de transposición al Derecho interno, y los apliquen bajo la guía de un plan director de sistemas que establezca el modo de implantar la administración electrónica en tales procedimientos.



Parte cuarta

**Aspectos
sectoriales**



Capítulo XIII

Directiva de Servicios
y Entidades Locales
en Castilla y León

SUMARIO

1. Introducción. **2. El tratamiento a las entidades locales en el proceso de transposición.** **3. Orientación estratégica, competencias locales y competencia intermunicipal.** 3.1 La peculiar posición de los gobiernos locales. 3.2 Orientación estratégica, competencias y competencia. 3.3 La regulación de servicios comerciales, la competencia y las competencias locales. 3.4 La incidencia en las competencias locales de la nueva regulación de la actividad comercial en Castilla y León. **4. La modificación de las normas y procedimientos locales en Castilla y León.** 4.1 Consideraciones generales. 4.2 Marco normativo de referencia. 4.3 Sobre la necesidad de elaborar y aprobar una Ordenanza “paraguas”. 4.4 Ordenanzas afectadas. 4.4.1 *Delimitación del ámbito de aplicación.* 4.4.2 *Ordenanzas municipales excluidas de la aplicación del nuevo modelo.* 4.4.3 *Ordenanzas a evaluar y, en su caso, modificar o derogar.* 4.4.4 *Evaluación de algunos de los supuestos más frecuentes.* **5. Entidades locales y simplificación administrativa.** 5.1 Fundamentos y técnicas de simplificación administrativa local en Castilla y León. 5.2 Las Entidades Locales en Castilla y León y la VUDS. **6. Las políticas de calidad de los servicios en el ámbito local.** 6.1 Libertad y Calidad en la prestación de servicios. 6.2 Modernización administrativa y Calidad. 6.3 La incidencia de la Directiva de Servicios en las políticas locales de mejora de la Calidad en Castilla y León. **7. Conclusiones y propuestas**

DIRECTIVA DE SERVICIOS Y ENTIDADES LOCALES EN CASTILLA Y LEÓN

Valentín Merino Estrada
Secretario General del Ayuntamiento de Valladolid
Pilar Martín Ferreira
Letrada del Ayuntamiento de Valladolid

1. Introducción

Las Entidades Locales están llamadas a desempeñar un importante papel en las tareas que conducen al logro de los objetivos marcados por la Directiva de Servicios, y la transposición al ordenamiento interno es un proceso que ofrece a los gobiernos locales una buena oportunidad de mejora, no exenta de riesgos.

En primer lugar, las Entidades Locales son autoridad competente para modificar una gran parte de la normativa afectada, ya que, a pesar de las exclusiones que en buena medida afectan a su ámbito competencial, el número de Ordenanzas municipales a modificar es muy importante. No obstante, teniendo en cuenta el alcance de la potestad normativa local y el tipo de tareas que desempeñan los municipios, más importante aún será la evaluación y simplificación de los procedimientos locales. También tendrán que producirse importantes cambios de orientación y de recursos humanos para reforzar la función inspectora.

En segundo lugar, como Administración más cercana y receptiva, las Entidades Locales están en una disposición y en un contexto muy favorables para impulsar la gestión de calidad en todos los servicios: públicos, reglamentados y a cargo de prestadores particulares.

En tercer lugar, otro aspecto muy importante: la posible desaparición de obstáculos y barreras innecesarios o desproporcionados en el conjunto del ordenamiento puede favorecer la competencia sostenible entre ciudades. También, indirectamente, puede mejorar el sistema competencial local.

Analizamos todos estos aspectos, en un intento de ofrecer una visión integral y un panorama lo más completo posible de la incidencia de la Directiva en las políticas públicas que desarrollan las Entidades Locales en Castilla y León, comenzando por el tratamiento que se les da en las distintas normas estatales y autonómicas de transposición.

2. El tratamiento a las Entidades Locales en el proceso de transposición

En el Anteproyecto de Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios, el tratamiento que recibían las Entidades Locales era prácticamente irrelevante. En la Ley ha mejorado. Por una parte, se garantiza la participación de las Entidades Locales en el “Comité para la mejora de la regulación de las actividades de servicios” (D.A. 3ª), y por otra, en referencia a “las disposiciones de su competencia” que deban ser modificadas, se las equipara con las Comunidades Autónomas, cuando antes se les otorgaba el mismo tratamiento que a los Colegios Profesionales.

No obstante, lo más importante es que la falta real de ambición deja las cosas como estaban en materia de atribuciones competenciales. En la Exposición de Motivos de la Ley se dice: *“esta ley, al incorporar al ordenamiento jurídico la Directiva, adopta un enfoque ambicioso, intensificando la aplicación de sus principios”*. Sin embargo, en el texto la ambición resulta más bien escasa, pues se limita, en palabras del Consejo de Estado, a transcribir el contenido de la Directiva. Una ley horizontal de transposición debe servir para establecer criterios y determinaciones propias, más allá de lo que ya dice la Directiva.⁷⁹⁵ De lo contrario, realiza una transposición formal, en cuanto incorpora su contenido al derecho interno, pero en términos reales no sirve para nada, ya que desaprovecha la potencialidad de la sistemática elegida.

⁷⁹⁵ El Consejo de Estado, en su Dictamen 99/2009, de 18 de marzo, señala a este respecto que *“como regla general, la mera transcripción no es la técnica más adecuada... En ocasiones, cabe optar por la transcripción literal, pero, aun en tales casos, la labor de transposición de las normas comunitarias exige la puesta en práctica, según las exigencias del propio ordenamiento del Estado miembro, de los principios en ellas contenidos”*.

Eso creemos que está sucediendo en el caso que nos ocupa. El artículo 10.7 de la Directiva, siguiendo un principio general del derecho comunitario, dispone que *“no se cuestiona el reparto de competencias locales o regionales de las autorizaciones”*. La Ley se limita a transcribirlo, dejando las cosas como están. Se pierde así la ocasión de aplicar el artículo 4.3 de la Carta Europea de autonomía Local: *“el ejercicio de las competencias públicas debe, de modo general, incumbir preferentemente a las autoridades más cercanas. La atribución de una competencia a otra autoridad debe tener en cuenta la amplitud o la naturaleza de la tarea, o la necesidad de eficacia o economía”*. Residenciando funciones regulatorias en las Entidades más próximas al ciudadano, al menos en algunas materias, apropiadas por su naturaleza, podrían conseguirse mejor los objetivos de la Directiva.

La primera de las leyes modificadas por la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, conocida como “ley ómnibus”, ha sido la Ley 7/85, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local. Dos son los cambios, de distinto alcance y naturaleza.

El primero consiste en introducir un apartado 4 en el artículo 70 bis, para imponer a las Entidad Locales sus obligaciones en relación con la Ventanilla Única (VUDS). En sí mismo, resulta innecesario y superfluo, porque todas las Administraciones, en el ámbito de sus competencias, están ya obligadas a garantizar a los prestadores la información y la tramitación por la VUDS como único punto de contacto. Si se quería resaltar esta obligación en la LRBRL, debería haberse aprovechado para resolver el auténtico problema específico: la falta de capacidad de los pequeños municipios. La ampliación del artículo 70 bis alcanzaría verdadero sentido con sólo añadir que *“la obligación en cuanto se refiere a los municipios de menos de 20.000 habitantes, concierne a las Diputaciones provinciales, como concreción de lo dispuesto en los artículos 26.3, y 36.1 de la esta Ley”*. Es necesario, puesto que la D.F. 3ª de la Ley 11/2007, de 22 de junio, se limita a decir que las Diputaciones Provinciales *“podrán prestar los servicios necesarios para garantizar tal efectividad”*. Al establecer una obligación más específica, ésta debería atribuirse a quien tiene capacidad y medios para ello. Esperemos que así se haga en la próxima Ley del Gobierno y de la Administración Local, porque los hechos van en ese sentido y la obligación no se cumplirá por mucho repetirla si existe una incapacidad estructural.

El segundo cambio afecta a la notable modificación que sufre el artículo 84, que posteriormente analizaremos en detalle, pues tiene gran importancia

para la modificación de las Ordenanzas y procedimientos locales. Marca el inicio del cambio cultural y operativo en el ejercicio de las funciones regulatorias de los municipios.

También innecesaria y totalmente irrelevante resulta la modificación-derogación de los artículos 5, 8, 15.2 y 22.1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955. Si se quiere hacer algo con este viejo Reglamento, que contiene preceptos útiles pero está lógicamente afectado por serias dudas acerca de su vigencia, se deberá derogar íntegramente mediante la entrada en vigor de un nuevo texto, como en su día se hizo con los otros reglamentos estatales. Es importante, pues aunque en su gran mayoría sólo se aplicaría con carácter supletorio, debemos tener en cuenta que numerosas Comunidades Autónomas no han dictado normas para las Entidades Locales en esas materias, y que la inmensa mayoría de los municipios no disponen de Reglamento de Procedimiento Administrativo ni regulan la materia en Ordenanzas.

El Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León tampoco aprovecha la configuración del nuevo régimen de autorizaciones y controles para resituar algunos de escasa o nula relevancia supramunicipal en los Ayuntamientos, siguiendo la filosofía del Pacto Local en Castilla y León. Pero los cambios perfilan un nuevo escenario que objetivamente propicia que se haga en un futuro inmediato y así será, si existe voluntad política.

Por otra parte, el contenido de las reformas produce efectos en doble dirección respecto a las competencias locales. La supresión de la licencia comercial para cuantos no tengan la consideración de gran establecimiento, así como de la autorización de inicio y licencia de apertura en las actividades sometidas a autorización y licencia ambientales, que se sustituyen por comunicación de puesta en marcha, potencian indirectamente las competencias locales. Pero el mantenimiento de la licencia comercial para establecimientos de más de 2.500 m. afecta negativamente a la autonomía local en un sector clave para la dirección estratégica local en las ciudades por su repercusión en el desarrollo económico y en el empleo.

La elección del Decreto-Ley, justificada por razones de "urgente y extraordinaria necesidad" ha tenido entre otras importantes consecuencias sociales, políticas y jurídicas, la de eliminar la participación de las Entidades Locales

en una norma de gran trascendencia para todas ellas. Ni tan siquiera se ha conocido el contenido y alcance de la norma hasta su publicación en el BOCyL. Esto ha perjudicado notablemente a las Entidades Locales de Castilla y León en el proceso de adaptación de sus normas y procedimientos, constituyendo el punto de saturación de un proceso de transposición en España en el que las Entidades Locales están siendo una vez más el eslabón débil que paga los retrasos e incumplimientos de los demás.

En octubre de 2004, el Comité de las Regiones, en su Dictamen sobre la propuesta de la Directiva, decía: *“que los entes regionales y locales y todas las demás partes interesadas se preparen con la debida antelación para los desafíos que presenta la Directiva”*. Pues bien, en España, a principios del 2009, la inmensa mayoría de Entidades Locales no habían recibido la más mínima información sobre un proceso de transposición que se ha realizado excesivamente tarde. La sistemática de transposición elegida, con un desarrollo sectorial y en cascada, así como el rango reglamentario de las normas locales hace que las Entidades Locales no hayan podido tomar decisiones hasta conocer el alcance concreto de las modificaciones legislativas estatales y autonómicas. Pero es que también han tenido y siguen teniendo una falta de información precisa para prepararse.

En la Exposición de Motivos del Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, se dice: *“Corresponde, por tanto, a la Comunidad de Castilla y León, en las materias que son de su competencia de conformidad con el Título V del Estatuto de Autonomía, adoptar las medidas necesarias en aplicación de la legislación básica de transposición de la Directiva 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior; facilitando, de este modo, a las Entidades Locales de Castilla y León el cumplimiento de sus competencias en materia de actividades de servicios en su condición de autoridades competentes”*. Hasta la fecha no han sido muchas las facilidades. Pero confiamos en que a lo largo del 2010 se adopten las medidas necesarias para facilitar a las Entidades Locales de Castilla y León la puesta en marcha de las reformas que exige la transposición de la Directiva de Servicios: modificación de Ordenanzas; simplificación de procedimientos; ventanilla única; fomento de la calidad de los servicios, etc., a las que nos referiremos en este estudio.

3. Orientación estratégica, competencias locales y competencia intermunicipal

3.1 LA PECULIAR POSICIÓN DE LOS GOBIERNOS LOCALES

El gobierno municipal es el más próximo a los ciudadanos y gestiona el universo de intereses de la colectividad primaria que conforma el municipio. Para ello tiene a su favor una cláusula de habilitación general para intervenir en todas las políticas públicas: *“el municipio, para gestionar sus intereses y en el ámbito de su competencia, puede promover toda clase de actividades y prestar cuantos servicios públicos contribuyan a satisfacer las necesidades y aspiraciones de la comunidad vecinal”*. (Artículo 25.1 LRBRL). Pero su sistema competencial es muy débil, ya que sólo puede actuar con potestades públicas relevantes en los ámbitos que le reconocen las leyes del Estado o de las Comunidades Autónomas⁷⁹⁶. Se ve obligado por la proximidad y la responsabilidad a promover el desarrollo y la calidad de vida de los ciudadanos, pero carece de atribuciones fuertes para lograrlo. Es más, sufre los obstáculos que otros pueden establecer, en la medida en que limitan artificialmente el desarrollo de la ciudad y el progreso de la colectividad municipal.

El gobierno local es autoridad y al mismo tiempo es “promotor” o emprendedor.

El gobierno local actúa como emprendedor cuando impulsa el desarrollo urbano y económico del municipio, ya que para ello apenas cuenta con instrumentos de intervención propios, sino que tiene que acudir a otros gobiernos para lograrlo. Por su cercanía, el gobierno local actúa como agente de intermediación entre la sociedad y el sistema político en su conjunto; entre el sector público y el privado; entre intereses de distintos niveles y entre gobiernos que ejercen competencias en su ámbito territorial.

En este contexto, el gobierno local asume una función de liderazgo, de dinamización y conducción del desarrollo social, de extraordinaria importancia. No actúa tanto como autoridad, sino como agente dinamizador, como emprendedor de emprendedores.

⁷⁹⁶ MERINO ESTRADA, Valentín. “El sistema competencial de las Entidades Locales”, en Revista de Estudios Locales nº extraordinario julio 2005, pp. 41 a 52.

En la sociedad abierta, los poderes públicos encaminan cada vez más su actuación en la dirección de conducir el desarrollo social hacia objetivos determinados⁷⁹⁷. La creciente interacción Estado-sociedad civil, la interdependencia entre lo social y lo político-administrativo, acentuada por el reto de la competitividad, han llevado a replantearse profundamente las relaciones entre los ámbitos público y privado. En el Estado relacional, el poder público aparece con frecuencia como un agente social más, si bien con una dimensión específica propia y ocupando una posición privilegiada para poder ejercer lo que Kliksberg denominó la “dinamización de la sociedad civil”.

Esta función de liderazgo está especialmente acentuada en los gobiernos locales, por la posición que ocupan en el sistema político-administrativo, tan pegada a la ciudadanía. Hasta el punto de que, sin dejar de ejercer funciones de autoridad, actúan fundamentalmente como agente dinamizador. Con frecuencia, los proyectos de desarrollo y creación de empleo en un municipio son defendidos con más tenacidad y visión por el gobierno local que por los propios emprendedores que los impulsan. Por ello, valoran en alto grado la eliminación de obstáculos innecesarios o desproporcionados.

La transposición de la Directiva de Servicios incide pues sobre las políticas públicas que desarrollan las Entidades Locales desde una doble vertiente. Por un lado tienen que aplicar las disposiciones que establece y, por otro, en la medida en que se eliminen obstáculos y trabas innecesarios al libre establecimiento y prestación de servicios, dispondrán de un horizonte más amplio para desarrollar sus políticas activas de desarrollo local.

3.2 ORIENTACIÓN ESTRATÉGICA, COMPETENCIAS Y COMPETENCIA

La competencia entre ciudades no es un fenómeno nuevo, pero sí adquirió dimensiones cuantitativa y cualitativamente diferentes a finales del siglo xx, en una sociedad abierta y globalizada.

Una primera característica de la globalización es el desarrollo de la movilidad de las actividades productivas y, sobre todo, la desespacialización de

⁷⁹⁷ MAYNTZ, Renate. *“Sociología de la Administración Pública”*. Madrid, Alianza 1985.

actividades económicas como las financieras y de comunicación, que tienden a desarrollarse en redes absolutamente mundiales. En consecuencia, se incrementa la competición entre territorios para acoger actividades económicas o para convertirse en núcleos de circulación de las mismas, ofreciendo ventajas fiscales, de costes sociales, ambientales, de comunicación, etc.⁷⁹⁸.

Pero la globalización no es sólo un fenómeno económico, sino también social y cultural. En la sociedad abierta, personas, bienes e información circulan sin barreras, generando flujos planetarios que se articulan precisamente en torno a las grandes ciudades.

En el mundo actual, la gran ciudad es fundamentalmente elemento nodal de las redes de infraestructuras nacionales e internacionales. Son los espacios metropolitanos los núcleos que articulan el sistema de flujos nacional, continental y mundial. A través de los intercambios entre ciudades se conforma un sistema jerarquizado y asimétrico, aunque flexible. Las ciudades ocupan posiciones en el sistema en función de las cuales generan oportunidades de índole diversa, para sí mismas y para un amplio entorno. Por ello, tratan de posicionarse, compiten entre ellas y, al tiempo, establecen relaciones de complementariedad.

La gran ciudad se ve en la exigencia de definir una estrategia para aprovechar al máximo sus posibilidades, minimizar inconvenientes y tomar posiciones de ventaja en el sistema. A esto se refiere el Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local en España cuando dice que *“los ayuntamientos han dejado de ser organizaciones de rendimiento, que actúan en un entorno simple y previsible, y han pasado a ser organizaciones estratégicas, que han de dar respuesta a los efectos más inquietantes de la globalización, neutralizando sus inconvenientes y aprovechando las oportunidades que abre”*.

Cuando una ciudad pone en valor las fortalezas latentes que posee y trata de minimizar los obstáculos que puedan aquejarle, se encuentra con otras ciudades que también lo hacen. Es la competencia entre ciudades, un fenómeno complejo, indisolublemente unido al de la orientación estratégica del gobierno local.

⁷⁹⁸ AUBY, J.B. *“Globalización y Descentralización”*, en Revista de Administraciones Públicas, nº 56, septiembre-diciembre 2001, p. 8.

La competencia entre ciudades es efectivamente un fenómeno complejo, porque el éxito de una ciudad no sólo se mide en términos económicos, sino también por su capacidad de dotarse de una identidad clara y para alcanzar la cohesión social. Aunque indudablemente lo económico es básico y está en el transfondo del fenómeno.

“Con el proceso de metropolización, que corre paralelo a la flexibilidad de la economía, la ciudad se convierte en un espacio situado en el centro de la competencia económica mundial. Sin embargo, su equilibrio depende de que sea capaz de añadir a su dimensión económica una dimensión aún más esencial, la dimensión de la identidad, la única capaz de alcanzar la cohesión social, que sigue siendo el principal objetivo de cualquier equilibrio urbano”⁷⁹⁹.

El concepto “Marca-Ciudad” hace referencia a la orientación estratégica integral que articula la competencia entre las ciudades en el siglo XXI. Su configuración y desarrollo ha pasado en pocos años de ser una teoría a una realidad en auge, hasta el punto de que los expertos afirman: *“hoy no se gestiona la ciudad, sino su marca”*.

“Marca-Ciudad” no es una cuestión de imagen y promoción, sino una filosofía de gestión urbana. Si antes los gobiernos locales hacían city marketing, promocionando su ciudad con vídeos, folletos, etc., casi como una agencia de turismo, en la actualidad el proceso de gestión “marca-ciudad” pone en valor no sólo la imagen, sino lo que ésta tiene detrás, para atraer empresas y congresos; exportar productos; fijar y atraer nuevos residentes. En esencia, atraer flujos en el sistema competitivo mundial, es un proceso de atracción integral y creativo.

En esta perspectiva integral, la competencia entre ciudades es una competencia sostenible, que prioriza bien el uso de los recursos y se ancla en una cultura cooperativa. Aquí también se impone el paradigma esencial del desarrollo sostenible: no se trata de crecer más y más, se trata de vivir mejor. Para ello, el desarrollo debe ser respetuoso con la naturaleza, de forma que a ella le permita irse regenerando y, por tanto, poder seguir sirviendo de

⁷⁹⁹ DUMONT, G.F. “La competencia entre ciudades”, en Revista de Coyuntura Económica nº 3, 1995. p. 68.

soporte al desarrollo humano. Si las ciudades cooperan entre sí, consiguen un desarrollo compartido equilibrado, que es la mejor garantía de que será perdurable. Con carácter general, la competitividad entre las ciudades no sólo es compatible con las relaciones de complementariedad y colaboración, sino que éstas resultan imprescindibles.

En contra de lo que pueda parecer a primera vista, los fenómenos de competencia y cooperación entre ciudades no sólo afectan a las muy grandes, sino a un número elevado de municipios. En primer lugar porque siempre tenemos que considerar a la ciudad como un espacio metropolitano y, en segundo, porque su influencia alcanza a un ámbito muy amplio y relativamente difuso, que se beneficia de las oportunidades que se generan, tanto de empleo como de calidad de vida en general. Pero la gran ciudad siempre será la punta de lanza de la competencia territorial⁸⁰⁰. La metrópoli debe constituir un elemento de organización y de desarrollo para la red regional.

Así las cosas, el gobierno que quiera impulsar el desarrollo local tiene que adoptar una orientación estratégica e innovadora.⁸⁰¹ Eso significa identificar su propia estrategia de desarrollo urbano, pero también situarse en disposición de redefinirla constantemente. Porque los cambios en el entorno son continuos y se producen con mucha rapidez, por lo que es obligado anticiparse, realizando los ajustes indispensables⁸⁰².

Todo ello resulta necesario pero insuficiente, pues de nada sirve definir una estrategia si se carece de instrumentos y poderes para hacerla efectiva.

¿Qué necesita el gobierno de la ciudad para desarrollar sus estrategias?

La ciudad es un microcosmos en el que confluyen todas las políticas, un escenario en el que interactúan todos los poderes y agentes sociales. En ese contexto, la función de liderazgo que asume el gobierno local es sumamente

⁸⁰⁰ DUMONT, G.F. obra cit., p. 65.

⁸⁰¹ MERINO ESTRADA, Valentín. "Estrategias e innovación en los gobiernos municipales", en REALA nº 304, 2007, pp. 237 a 250

⁸⁰² MERINO ESTRADA, Valentín. "La ordenación del territorio en las grandes ciudades", en MILLARUELO, J. y ORDUÑA, E. "Ordenación del Territorio y Desarrollo Sostenible". Buenos Aires. Ed. Ciudad Argentina, 2004, p. 128.

importante. Últimamente se pone mucho énfasis en ello y está bien. Pero es preciso destacar que con sólo eso no vale. Si no queremos que los gobiernos locales devenguen en una especie de “gobierno virtual”, necesitan más poder propio.

Es necesario fortalecer el sistema competencial; un ámbito de políticas relevantes; potestades administrativas y adecuada financiación.

También necesitan libertad para actuar con responsabilidad: ausencia de obstáculos y barreras injustificadas.

Se necesitan “competencias” y un marco que permita el desarrollo de la “competencia” sostenible y responsable.

3.3 LA REGULACIÓN DE SERVICIOS COMERCIALES, LA COMPETENCIA Y LAS COMPETENCIAS LOCALES

Si el propósito principal de la Directiva no es otro que eliminar los obstáculos innecesarios y desproporcionados al libre establecimiento y prestación de servicios, debemos preguntarnos: ¿Dónde se sitúan los obstáculos? ¿Quién tiene el poder de eliminarlos? Ya hemos visto que los gobiernos locales no son precisamente los que más poder tienen para establecer obstáculos y, sin embargo, están objetivamente interesados en que desaparezcan. Continuando con la búsqueda de respuestas, señalamos que los obstáculos y trabas en el ordenamiento interno español se sitúan en muchos y variados sectores de actividad y tipos de normas, sin que ninguna Administración o poder resulte ajeno a su establecimiento ni a su necesaria eliminación. Pero el núcleo relevante, el más decisivo por su repercusión económica y en el empleo se sitúa en la legislación comercial, especialmente en las restricciones al establecimiento de grandes y medianas superficies comerciales. También es uno de los que más afectan a las competencias locales y al desarrollo estratégico local.

La legislación española en materia comercial resulta paradigmática en cuanto a poner obstáculos y barreras a la libre competencia, todas ellas contrarias al Tratado y que, como decíamos, hicieron necesaria la Directiva de Servicios.

La Ley 7/96, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, en su artículo 6, apartados 1 y 2, de carácter básico, estableció:

“La apertura de grandes establecimientos comerciales estará sujeta a una licencia comercial específica, cuyo otorgamiento corresponderá a la Administración Autonómica, sin perjuicio de que ésta pueda también someter a autorización administrativa otros supuestos relacionados con la actividad comercial”. “El otorgamiento o la denegación de la licencia mencionada en el apartado anterior se acordará ponderando especialmente la existencia o no de un equipamiento comercial adecuado en la zona afectada por el nuevo emplazamiento y los efectos que éste pudiera ejercer sobre la estructura comercial de aquélla”. “En todo caso será preceptivo el informe del Tribunal de Defensa de la Competencia, que tendrá carácter no vinculante”.

Al amparo de este precepto se implantó la licencia autonómica comercial, erróneamente denominada “segunda licencia”, puesto que es previa a la urbanística municipal.

La legislación de las Comunidades Autónomas y sus “Planes de equipamientos comerciales” recogieron numerosos criterios de índole puramente económica, tales como: “equilibrio oferta-demanda esperada”; “balance comercial”, “cupos” por área, establecidos conforme a relación pequeño comercio/gran superficie; “área saturada” conforme al plan, etc.

Se trata de criterios radicalmente prohibidos conforme al artículo 14 de la Directiva: *“...Una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o 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”.*

Pero no se trata de algo nuevo. Reiteradamente, el TJCE ya se había pronunciado sobre la imposibilidad de establecer restricciones en base a criterios de protección de determinados operadores o al mantenimiento de una determinada estructura del mercado, por ser criterios contrarios al artículo 43 del Tratado. Así, la Sentencia de 4 de junio de 2002, Comisión contra Portugal, asunto C-367/1998: *“...es jurisprudencia reiterada que motivos de naturaleza económica no pueden en ningún caso servir de justificación a obstáculos prohibidos por el Tratado (en el mismo sentido la sentencia de 9 de diciembre de 1997, Comisión/Francia, C-265/1995, y la sentencia de 5 de junio de 1997, STTG, C-398/1995)”.*

La “segunda licencia” ha tenido entre otros efectos uno de vaciamiento de las competencias municipales, al condicionar mediante criterios económicos impuestos por los gobiernos autonómicos el ejercicio del planeamiento y el control urbanístico municipal.

Si se trata de cumplir los objetivos de la Directiva de Servicios: supresión de obstáculos y barreras innecesarios o desproporcionados, la licencia comercial, o “segunda licencia” debería desaparecer. Por supuesto que ello no significaría ni desregulación ni descontrol: los establecimientos comerciales quedarían sujetos, como otros, a licencia de obras y, en su caso ambiental, a conceder en principio por el gobierno local.

Conforme dispone el artículo 9 de la Directiva, los Estados sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan las siguientes condiciones:

- a) El régimen de autorización no será discriminatorio para el prestador de que se trate.
- b) La necesidad de un régimen de autorización está justificada por una razón imperiosa de interés general.
- c) El objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

La concurrencia de estas condiciones deberá ser demostrada por los Estados cuando comuniquen los regímenes de autorización que establezcan, así como los motivos en que se fundan.

Cualquier autorización exigida por razón del tamaño, estructura, forma societaria, etc., no podrá pasar el filtro del apartado a), pues resultaría claramente discriminatoria. Resultaría una provocación mantener una licencia de carácter puramente económico-comercial, por lo que la tendencia es justificar la autorización autonómica en base a una pretendida “razón imperiosa de interés general” y además de carácter “supramunicipal”.

El concepto “razón imperiosa de interés general” no es tan indeterminado como algunos alegan. Es un concepto de derecho comunitario bastante bien perfilado en sus límites por el Tribunal de Justicia. El artículo 4 de la Directiva de Servicios dispone que, cuando se alegue una razón imperiosa de interés general, tendrá que estar reconocida como tal en la jurisprudencia

comunitaria y hace expresa mención de las siguientes: el orden público; la seguridad pública; la protección civil; la salud pública; la prevención del equilibrio financiero del régimen de seguridad social; la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores; las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales; la lucha contra el fraude; la protección del medio ambiente y el entorno urbano; la sanidad animal; la propiedad intelectual e industrial; la conservación del patrimonio histórico-artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural.

Examinando esta larga y agotadora lista de imperiosas razones que como portillo de salvación se ofrecen a quienes se resisten a dejar de poner obstáculos y trabas a la libertad de empresa, sólo encontramos una a la que acogerse: la supuesta “protección del medio ambiente y del entorno urbano”. Por ahí parece que va el asunto, a tenor de lo que está sucediendo con la modificación de la ley de Ordenación del Comercio Minorista.

En el texto se plantea la posibilidad de mantener una licencia o autorización autonómica, en base a criterios de “defensa del medio ambiente y el entorno urbano..., relacionados con la distribución comercial”.

¿Qué problemas medioambientales y urbanísticos se relacionan de forma exclusiva y singular con la distribución comercial? ¿Acaso una planta industrial o un centro hospitalario no generan flujos de tráfico, y un centro comercial sí? ¿Son estos últimos de distinta índole cualitativa o cuantitativa? Si el planeamiento urbanístico determina los usos y determinadas actividades requieren estudios de impacto ambiental, ¿qué más podemos exigir al comercio? Parece que están inventando una “relación” especial que no existe para justificar una autorización que sobra.

La falsa relación que se quiere establecer no tiene mucho de original. Se encuadra en el denominado “urbanismo comercial”. Se trata de una mezcla confusa de conceptos y de intereses a proteger. Ni es urbanismo, porque no persigue objetivos de ordenación urbana, ni es comercial, porque no trata de fomentar ni proteger el comercio como actividad.

El urbanismo comercial no persigue un desarrollo armónico de la ocupación del suelo ni una calidad arquitectónica en las construcciones comerciales. Tampoco se plantea la exigencia de inversiones en infraestructuras para paliar los efectos de la implantación de grandes superficies en el entorno urbano. Todo eso corresponde a la legislación urbanística. El urbanismo

comercial es otra cosa. Persigue objetivos de equilibrio entre distintas formas comerciales⁸⁰³.

La protección del medio ambiente y del entorno urbano se consigue con políticas públicas y leyes de ordenación del territorio, urbanísticas y de desarrollo sostenible. Las Comunidades Autónomas disponen de competencias más que suficientes en materia ambiental y de planeamiento para ordenar y prevenir el desarrollo de la ocupación del suelo, la protección de los espacios y la armonización entre distintos usos. Por si no fuera suficiente con las directrices de ordenación del territorio, tienen la competencia de aprobación definitiva del planeamiento general. Pero el control y la disciplina urbanística corresponden a las Entidades Locales.

Pues bien, la mayoría de Comunidades Autónomas mantendrán una licencia comercial, al menos para establecimientos de más de 2.500 m. Desaparecerán los Planes de Equipamientos y cambiarán los criterios, pero se mantendrá en esencia la misma "política comercial" contraria a la libre competencia y tendente a que sea el poder público y no los consumidores quién decida la estructura de la distribución comercial. Como la Directiva impone cambios y es preciso cumplirla, intentan que todo cambie para que todo siga igual.

3.4 LA INCIDENCIA EN LAS COMPETENCIAS LOCALES DE LA NUEVA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD COMERCIAL EN CASTILLA Y LEÓN

Considerando la posición concreta adoptada por cada una de las Comunidades Autónomas, podríamos clasificarlas en tres grandes bloques, en función no sólo del efecto sobre la competencia, sino principalmente sobre las competencias municipales de control urbanístico.

- En primer lugar, y como bloque más numeroso, están las Comunidades que mantienen o mantendrán la licencia comercial de competencia autonómica para los que denominan grandes establecimientos. El estándar comúnmente aceptado es el de 2.500 m de superficie de venta, si bien

⁸⁰³ ÁLVAREZ CANTALAPIEDRA, S. y VILLAREJO GALENDE, H. "Causas y consecuencias de la intervención pública en los grandes escenarios de consumo". Estudios sobre Consumo, nº 64. abril 2004.

algunas Comunidades, como Cataluña y Baleares, establecen estándares más bajos, situándose en posiciones radicales dentro de este bloque conservador de las licencias.

- En segundo lugar, algunas Comunidades mantienen el control sobre las actividades comerciales de mayor importancia, pero a través de condicionar las licencias municipales. No existirá licencia comercial, pero la licencia de obras queda condicionada por un Informe previo preceptivo del órgano competente en materia comercial de la Comunidad Autónoma, que en algunos supuestos llega a ser vinculante. El caso más significativo es el de Andalucía.
- En tercer lugar, un escasísimo número de Comunidades suprimen la licencia comercial para todos los establecimientos, que quedan sujetos a licencia de obras municipal, ajustada al planeamiento, como forma de defensa del interés general, para proteger el urbanismo y el medio ambiente. El caso más significativo es el de la Comunidad de Madrid, territorio más competitivo de España y uno de los de mayor desarrollo de Europa.

La Comunidad de Castilla y León se sitúa en el primer bloque, con una posición ortodoxa, ya que establece la nueva "licencia comercial" para los establecimientos de más de 2.500 m² de superficie de venta, y se trata de una licencia autonómica previa a la municipal urbanística.

El artículo 4 del Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, modifica la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio en Castilla y León, que en el nuevo artículo 20 dispone:

"1. La implantación de grandes establecimientos comerciales requiere, por su incidencia supramunicipal y atendiendo a las razones imperiosas de interés general establecidas en el artículo 14 de la presente Ley, la concesión de licencia comercial de gran establecimientos comercial por la Consejería competente en materia de comercio, previa tramitación del procedimiento regulado en la presente Ley..

2. En el momento de presentación de la solicitud de licencia, la implantación de un gran establecimiento comercial deberá estar amparada por un instrumento de planeamiento urbanístico habilitante, de acuerdo con la normativa urbanística de Castilla y León, estando prohibida su implantación en terrenos calificados como rústicos...

3. Con carácter previo a la concesión de las correspondientes licencias municipales para el ejercicio de la actividad comercial bajo el formato de un gran establecimiento comercial, será necesario disponer de la preceptiva licencia comercial. Las licencias municipales que se otorguen, en su caso, deberán

respetar las características generales del proyecto y no podrán superar los metros cuadrados autorizados de superficie de venta al público contenidos en la licencia comercial”.

En la Exposición de Motivos del Decreto-Ley se justifica el sometimiento a licencia comercial de competencia autonómica de los establecimientos con una superficie de venta igual o superior a 2.500 m², porque *“a partir de este límite, los estudios técnicos existentes justifican la existencia de un impacto sobre la ordenación del territorio, el urbanismo y el medio ambiente que requiere el control previo de su instalación u operaciones análogas en cuanto a sus efectos, mediante la técnica de autorización administrativa, mientras que la implantación del resto de establecimientos comerciales deja de estar sujeta a autorización administrativa de carácter comercial por parte de la Administración de la Comunidad Autónoma.*

La importancia de la implantación de grandes establecimientos comerciales desde el punto de vista de la ordenación del territorio, la sostenibilidad medioambiental y el urbanismo, los convierte en un elemento vertebrador de las ciudades, tanto de los cascos históricos como de los barrios y fundamental para vertebrar la convivencia en los núcleos urbanos y rurales, con una importancia decisiva en el empleo”.

A la vista de cómo se configura y de los argumentos con los que se justifica esta licencia no resulta fácil entender si se trata de una autorización comercial o urbanística. Por su denominación, el órgano administrativo competente para su otorgamiento y la finalidad que persigue es una autorización económico-comercial. Los argumentos con los que se justifica y los del aludido artículo 14 son urbanísticos y ambientales. También lo son los criterios establecidos en el artículo 24 para la concesión (integración en el entorno urbano; impacto ambiental; incidencia sobre la red viaria...), con excepción del 5, muy ambiguo y que alude a algo de tan escasa significación como *“considerar favorable el sometimiento a cualquier sistema de resolución de conflictos, en particular al sistema arbitral de consumo”.*

Se trata de un engendro conceptual inventado para eludir el cumplimiento de la Directiva de Servicios sin que lo parezca. Una autorización de política comercial que parece concederse o no en base a criterios urbanísticos. Si quitamos el disfraz, encontramos el verdadero enfoque económico. Si nos atenemos a la vestimenta urbanística, tendremos una licencia duplicada con la municipal, y no puede haber dos autorizaciones con la misma finalidad.

La licencia comercial autonómica que se impone en Castilla y León, como en la mayoría de Comunidades Autónomas, tendrá efectos negativos sobre la competitividad y calidad de los servicios comerciales, y también sobre el sistema competencial de las Entidades Locales.

La transposición de la Directiva de Servicios fue presentada por el Gobierno de España como una “medida estructural frente a la crisis” que, al eliminar obstáculos, dinamizará el sector, promoviendo un notable incremento del PIB, así como la creación de puestos de trabajo. Pues bien, el mantenimiento de este obstáculo en un ámbito importante, como mínimo reducirá los efectos benéficos previstos. A ello habrán contribuido tanto las propias Comunidades Autónomas como el Gobierno de España, que deja abierta la posibilidad de la licencia comercial en la legislación estatal. La nueva situación presenta un problema añadido, ya que las Comunidades que han suprimido los obstáculos estarán en posición de ventaja competitiva para la atracción de inversiones, agravando la brecha territorial. Y un problema más en la regulación de Castilla y León: a los prestadores establecidos no se les exige autorización para las ampliaciones cuando no pasen de un 25% más de superficie de venta, ni supongan obra nueva. A los que pretendan instalarse se les exige a partir de una cifra tan baja como los 2.500 m². Aún se profundiza más la tendencia a mantener el statu quo, a privilegiar a los que están frente a los que quieren abrirse camino.

Es bien cierto que no está dicha la última palabra, pues el nuevo régimen de autorizaciones comerciales en la mayoría de Comunidades Autónomas, avalado por la legislación estatal, dará mucho trabajo a las tareas de vigilancia de la Comisión y el Tribunal tendrá que pronunciarse una vez más.

La nueva licencia “urbanístico-comercial” supone un nuevo golpe a las competencias locales, un proceso más de desapoderamiento local.

En principio, puede parecer que no es así, que peor era la situación anterior y que son más los casos en que desaparece la licencia comercial que aquéllos en que se mantiene. Pero debemos considerar dos cuestiones importantes:

En primer lugar, no se trata tanto de un problema cuantitativo como cualitativo. Los supuestos en que se mantiene la licencia son muy importantes desde el punto de vista de la dirección estratégica local, especialmente en los grandes espacios metropolitanos. Son casos de especial interés para diseñar una política estratégica de desarrollo local.

En segundo lugar, antes existía una licencia claramente económica, y en esa materia los municipios apenas han tenido competencias. Las nuevas licencias, al utilizar criterios urbanísticos, invaden un terreno tradicionalmente reservado a los municipios, como es el control y disciplina urbanísticas. Las licencias urbanísticas son actos reglados y corresponden a los municipios, ya que se limitan a comprobar el ajuste de los proyectos al planeamiento, donde la Comunidad Autónoma tiene competencias y poder político para condicionar la utilización y uso del suelo, así como los impactos sobre el medio ambiente, la movilidad, etc. Resulta que así se reconoce al decir que *“la implantación de un gran centro comercial deberá estar amparada por instrumentos de planeamiento habilitantes...”* ¿Para qué entonces la licencia autonómica? Para el control es suficiente la urbanística municipal.

Claro que ahí está la palabra mágica para escamotear competencias a las ciudades: *“la incidencia supramunicipal”*. Pero no debería ser suficiente con decirlo; habría que demostrarlo, tal como indica el artículo 4.3 de la Carta Europea de la Autonomía Local. No resulta creíble que un establecimiento de 2.500 m² de superficie de venta, en el contexto interno de una ciudad de más de 150.000 habitantes tenga impacto *“supramunicipal”*. Se debería al menos haber distinguido el tipo de municipio de ubicación, en relación con las dimensiones del establecimiento.

El desapoderamiento que provoca perjudica especialmente a las áreas urbanas de Valladolid con 411.000 habitantes, Salamanca y León, con algo más de 200.000 cada una, y a la ciudad de Burgos y su entorno, con cerca de 200.000.

Ya que las cosas están así, sólo es posible proponer que en el contexto del Pacto Local se estudie la posibilidad de delegar la licencia comercial autonómica en los grandes municipios o ciudades de gran población, incluso a todas las de más de 20.000 habitantes, para determinados supuestos de superficie comercial y ubicación en el espacio urbano. La licencia delegada se tramitaría y otorgaría en un procedimiento único con la de obras, teniendo en cuenta en primer lugar los criterios del artículo 24 de la Ley 16/2002, de Comercio, en su nueva redacción. Habría economía, eficacia, agilidad y mayor respeto a la autonomía local. El modelo elegido por la Comunidad de Andalucía es sin duda más respetuoso con la autonomía local, pero ya que en Castilla y León se ha elegido este camino, merece la pena explorar la posibilidad de la delegación, que no carece de precedentes en otras licencias y que puede resultar una solución, a la vista de la situación creada.

4. La modificación de las normas y procedimientos locales en Castilla y León

4.1 CONSIDERACIONES GENERALES

En su calidad de autoridad competente en una parte de la normativa afectada, las Entidades Locales, especialmente los municipios, han de proceder a modificar sus Ordenanzas y procedimientos removiendo todas aquellas trabas e impedimentos que, de acuerdo con la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sean desproporcionados, discriminatorios o no estén justificados para facilitar el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

En el análisis de las Ordenanzas afectadas es preciso identificar la norma estatal o autonómica de la que traen causa y si se limitan a reproducir o complementar lo que establece otra disposición. Deben distinguirse entonces las Ordenanzas que no innovan de las que innovan el ordenamiento jurídico. El proceso de modificación de las primeras debe coordinarse y, en consecuencia, acomodarse, a la modificación de la normativa estatal y/o autonómica.

El proceso de modificación puede hacerse tomando como guía el denominado **Manual de evaluación para las Entidades Locales** elaborado conjuntamente por el Ministerio de Economía y Hacienda y el desaparecido Ministerio de Administraciones Públicas en colaboración con la Federación Española de Municipios y Provincias (FEMP) y el Colegio de Secretarios, Interventores y Tesoreros de Administración Local (COSITAL).

Este Manual contiene, entre otras, las orientaciones precisas para la evaluación de la normativa local potencialmente afectada por el nuevo marco regulador del acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. De los dos grandes bloques en los que se divide (cambios en la normativa local y funcionamiento de la ventanilla única) aquí nos interesa tan solo el primero en el que se estructura el proceso de modificación de las normas locales en tres etapas: identificación, evaluación y por último, modificación y adaptación a la Ley 17/2009, de 23 de noviembre y legislación sectorial estatal y autonómica correspondiente.

La **primera etapa** consistirá en la identificación de regímenes de autorización en las normas y procedimientos potencialmente afectados por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, analizando si regulan la libertad de establecimiento y/o la libertad de prestación de servicios para determinar en caso afirmativo si se

refieren a servicios y sectores excluidos con aplicación, en cualquier caso, de un criterio amplio que conducirá a la inclusión de los supuestos dudosos.

La **segunda etapa** consistirá en examinar la compatibilidad de los regímenes de autorización identificados cuestionando su misma existencia a la luz de los principios básicos de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, y valorando su eliminación o sustitución por sistemas menos exigentes como los de declaración responsable y comunicación previa. Deberá analizarse asimismo la existencia de limitaciones temporales, territoriales y al número de autorizaciones, así como cualquier requisito a que se supedita el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio para excluir los considerados prohibidos. Finalmente habrá que analizar el silencio administrativo y la posible simplificación del procedimiento.

Como instrumento de evaluación puede utilizarse el cuestionario elaborado al efecto, accesible a través de una aplicación alojada en la página de Internet del Ministerio de Economía y Hacienda, relativa a la transposición de la Directiva de Servicios.

La **tercera etapa** consiste en modificar las Ordenanzas y procedimientos en consonancia con el estudio realizado en cada caso.

Del artículo 39 de la Directiva de Servicios deriva la obligación de los Estados miembros de presentar antes del 28 de diciembre de 2009 a la Comisión Europea un informe con los resultados del proceso de evaluación y modificación de la normativa afectada. Esta exigencia de información conforma, en consecuencia, una auténtica **cuarta etapa** del proceso de modificación de las Ordenanzas locales.

Para cumplimentar esta obligación, la propia Comisión ha facilitado a los Estados miembros la realización del informe a través del Sistema IPM (Interactive Policy Making) que consiste en una plataforma en Internet desde la cual las Autoridades de dichos Estados deben cumplimentar cuatro tipos de cuestionarios: informes con arreglo a los artículos 9 (regímenes de autorización), 15 (requisitos de establecimiento a evaluar), 16 (requisitos a la libre prestación de servicios) y 25 (actividades multidisciplinares), todos ellos de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

La aplicación tiene por objeto que los informes de los países sean homogéneos de manera que se facilite la evaluación recíproca por los Estados miembros y la

Comisión europea. Esta evaluación permitirá a cada Estado objetar los argumentos que empleen el resto para justificar los obstáculos al libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio que hayan decidido mantener configurándose, de esta forma, el proceso de transposición de la Directiva de Servicios como un proceso dinámico que podrá y deberá, en su caso, reabrirse tras la evaluación mutua en aras a conseguir un auténtico mercado interior de servicios.

Para acceder al sistema es necesario disponer de un nombre de usuario y de una contraseña. La Autoridad responsable de rellenar estos cuestionarios es aquella de la que emana la norma que contiene la autorización o requisito afectado si bien aquéllos deben ser cumplimentados sólo por aquella Administración de la que emane la norma que establezca, de manera vinculante, la autorización o requisito a comunicar. De modo que si un municipio se limita a desarrollar el procedimiento administrativo o a ejecutar la norma de otra Administración que establece la autorización o requisitos, no será necesario que cumplimente los correspondientes cuestionarios del IPM. Ante la duda sobre si debe notificarse o no alguna autorización o requisito es preferible que se comunique y aparezca una duplicación con otra Administración a que quede sin comunicar algún tipo de barrera sobre la que existe la obligación de notificación.

En España, dado el volumen de normativa local de los 8.114 Ayuntamientos españoles, se ha acordado por la Comisión europea que se notifique la normativa local afectada por la Directiva de Servicios por parte únicamente de los 25 Ayuntamientos de mayor tamaño, si bien con la salvedad de incluir al menos uno por Comunidad Autónoma, con lo cual finalmente serán 28 los Ayuntamientos que cumplimentarán el cuestionario, Burgos y Valladolid en Castilla y León.

Ahora bien, en la medida en que en muchos Estados miembros, las normas que modifiquen o supriman las barreras en cumplimiento de la Directiva de Servicios estaban aún en fase de tramitación el día 28 de diciembre de 2009, la Comisión propuso que se indicara en los cuestionarios del IPM esta circunstancia. Asimismo, la Comisión ha anunciado que permitirá el acceso para la actualización de los IPM presentados el 28 de diciembre de 2009 que incluyan información sobre requisitos que están en vías de modificación o derogación previsiblemente entre finales de febrero y principios de marzo, aunque todavía no ha concretado la fecha.

La tarea de información a la Comisión se verá enormemente facilitada si durante el proceso de transposición se documentan las decisiones que se tomen al respecto, por ejemplo, si se deja constancia de los regímenes de autorización que se decidan mantener y de su compatibilidad con los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación, así como, en su caso, de la concurrencia de éstos en relación con los requisitos previstos en el artículo 11.1 o en el artículo 12.2, ambos de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

4.2 MARCO NORMATIVO DE REFERENCIA

Las Entidades Locales de Castilla y León para proceder a la modificación de sus Ordenanzas deben tener en cuenta, además de lo establecido en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, los cambios en las normas estatales y autonómicas que afectan a materias reguladas en las mismas, esto es, Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, conocida como hemos dicho por Ley Ómnibus y el Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León.

En primer lugar de todas las leyes que modifica la Ley Ómnibus en el ámbito local debemos tener en cuenta los cambios realizados en las siguientes:

- A) En la Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local

Se modifica su artículo 84 dando nueva regulación a la intervención por parte de las Entidades Locales en la actividad de los ciudadanos y proporcionando conceptos básicos para la reforma de las Ordenanzas que deben contemplarse junto con la legislación sectorial afectada que, en su gran mayoría, es autonómica.

La nueva redacción del artículo 84 establece que las Entidades Locales podrán intervenir en la actividad de los ciudadanos a través de los siguientes medios:

- a) Ordenanzas y Bandos.
- b) *Sometimiento a previa licencia y otros actos de control preventivo. No obstante, cuando se trate de acceso y ejercicio de actividades de servicios*

incluidas en el ámbito de aplicación de la Ley sobre el libre acceso y ejercicio de las actividades de servicios, se estará a lo dispuesto en la misma.

- c) *Sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable, de conformidad con lo establecido en el artículo 71 bis de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*
- d) *Sometimiento a control posterior al inicio de la actividad, a efectos de verificar el cumplimiento de la normativa reguladora de la misma.*
- e) Órdenes individuales constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.

También dispone que la actividad de intervención de las Entidades Locales se ajustará en todo caso a los principios de igualdad de trato, *necesidad y proporcionalidad con el objeto que se persigue*. Estos dos últimos constituyen la novedad introducida por efecto de la Directiva de Servicios.

De conformidad con la mencionado precepto de la Ley de Régimen Jurídico, la declaración responsable es "el documento suscrito por un interesado en el que manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para acceder al reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita y que se compromete a mantener su cumplimiento durante el periodo de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio".

La comunicación previa tiene un carácter distinto, porque es el documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos y demás requisitos exigibles para el ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad.

Para saber cuáles son los efectos concretos de cada uno de estos documentos habrá que acudir a lo que establezca la legislación correspondiente, aunque permitirán, con carácter general, el reconocimiento o ejercicio de un derecho, o bien el inicio de una actividad desde el día de su presentación, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas. En este punto, en la Ley Ómnibus no se ha atendido la recomendación del Consejo de Estado contenida en el dictamen 779/2009, de 21 de mayo, consistente en indicar de forma expresa que este efecto se produce sin perjuicio de la posibilidad de prever legalmente el establecimiento de un plazo temporal que medie entre la presenta-

ción y la posibilidad de iniciar la actividad. No obstante, entendemos que la puntualización “con carácter general” supone la admisión de posibles excepciones. Tampoco ha sido atendida la recomendación de introducir un apartado regulador de la pérdida de efectos de la presentación de la declaración o comunicación en aquellos casos en que, transcurrido un determinado plazo desde que tuvo lugar tal presentación, no se haya procedido al inicio de la actividad pretendida.

En el marco de la supresión de trabas al acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y con la finalidad de que se eliminara la exigencia simultánea de licencias o autorizaciones otorgadas por distintas Administraciones, cuando coincidiesen en proteger un mismo interés general, la Comisión Nacional de la Competencia en el informe 8/2009, de 22 de abril, sugirió introducir un apartado 4 en el artículo 84 LRBRL, en el siguiente sentido:

“Cuando se trate de actividades de servicios, en caso de existencia de licencias o autorizaciones concurrentes entre una Entidad Local y alguna otra Administración, la Entidad Local deberá motivar expresamente en la justificación de la necesidad de la autorización o licencia que el interés general concreto que se pretende proteger no se encuentra ya cubierto mediante otra autorización ya existente. En caso contrario, el régimen autorizador se considerará improcedente”.

Aunque esta sugerencia no ha sido atendida por el legislador estatal, puede servir de guía a las Administraciones implicadas en el proceso de transposición, para, en el momento de evaluar la compatibilidad de sus regímenes de autorización con la Directiva de Servicios, suprimir aquéllos que resulten redundantes. Pero en realidad, con una correcta aplicación del artículo 4.3 de la Carta de la Autonomía Local antes citada, debería ser justo al revés: la autorización a mantener sería la del gobierno local, como autoridad más cercana y sólo se mantendría la otra si, en función del interés general, así se justifica por la amplitud o la naturaleza de las tareas. En el apartado anterior hacíamos referencia a un supuesto de este tipo, en relación con las licencias “urbanístico-comerciales” de carácter autonómico, duplicadas o concurrentes con las municipales. Lo coherente en estos casos sería mantener la exclusividad de la licencia municipal, que debería ajustarse a lo dispuesto en la planificación general y de ordenación del territorio.

El apartado d) del artículo 84 responde al concepto de medio de intervención en la actividad de los particulares, pero no constituye una figura nueva.

Se trata del ejercicio de la función inspectora que se aplica a los supuestos en que el particular no necesite ni tan siquiera comunicar a la Administración el inicio de la actividad. Así se desprende del hecho de que el artículo 71 bis de la Ley de Régimen Jurídico no se refiera a ella, pues no existe un procedimiento. En el referido artículo se dispone a propósito de la declaración responsable y de la comunicación previa que *se podrá iniciar la actividad desde el día de su presentación, "sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las Administraciones Públicas"*. Pues, bien, determinadas actividades pueden ejercerse libremente, sin comunicar nada a la Administración, pero ésta tendrá la facultad de intervenir para verificar el cumplimiento de la normativa. Así, la función inspectora o de control posterior se ve reforzada en todos los supuestos.

El nuevo régimen de autorizaciones y controles exige una puesta en valor de la función inspectora. En un sistema basado en el previo control formal en base a documentos, como hasta la fecha viene siendo el nuestro, la cultura y las técnicas inspectoras están muy debilitadas. Las Entidades Locales tendrán que realizar un cambio de orientación y también cambios importantes en la dedicación y formación de su personal, para implantar gradualmente un modelo de inspección eficiente. Los pequeños municipios no podrán desarrollar una función inspectora adecuada, como tampoco ejecutar eficazmente los controles a priori. En esto, una vez más, tenemos que apelar al papel que deben desarrollar las Provincias.

El reforzamiento de la función inspectora y de control posterior exige también un régimen sancionador efectivo para los casos de incumplimiento, que desincentive cualquier intento de fraude. En general, habrá que estar a la legislación sectorial de aplicación, pero resulta positivo que la nueva redacción de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en el referido artículo 71 bis y en relación con la declaración responsable y la comunicación previa, establezca que *"la inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe o incorpore a una declaración responsable o a una comunicación previa, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración o comunicación, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar"*. La resolución de la Administración que declare tales circunstancias podrá determinar la obligación de restituir la legalidad,

así como la imposibilidad de que el particular pueda instar un nuevo procedimiento con el mismo objeto durante un tiempo determinado. Todo ello, según los términos que establezca la normativa sectorial de aplicación.

Por último, la nueva redacción del comentado artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, ha hecho necesaria la modificación del Decreto de 17 de junio de 1955, por el que se aprobó el Reglamento de Servicios, llevada a cabo por Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre, que en realidad deja en manos de las Comunidades Autónomas el desarrollo del citado precepto básico al limitarse a suprimir los artículos 8 y 15.2 por un lado y, por otro, a modificar la redacción de los artículos 5 y 22.1.

■ **B)** En la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común

Además de la modificación del artículo 71 bis, sobre declaración responsable y comunicación previa, tratada en el apartado anterior, se añade un nuevo artículo, el 39 bis, sobre principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad y se modifica el artículo 43, sobre el silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado generalizando el uso del silencio administrativo positivo.

En segundo lugar de todas las modificaciones que contiene el Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, en el ámbito local debemos tener en cuenta especialmente las siguientes en la tarea de modificación de nuestras Ordenanzas:

a) La modificación de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León.

Afecta a los artículos 33 y siguientes y supone la sustitución de la licencia de apertura, previa al inicio de las actividades sujetas a licencia ambiental por la comunicación de inicio al Ayuntamiento. Esta comunicación deberá ir acompañada de los documentos que expresamente se determinan en la misma Ley más los adicionales que establezca, en su caso, cada Ayuntamiento de forma que su presentación habilita para el ejercicio de la actividad y supone la inscripción de oficio en los correspondientes registros ambientales.

Asimismo reitera las consecuencias establecidas en el comentado artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, en los supuestos de incumplimiento de la obligación de comunicación previa y de inexactitud,

falsedad u omisión, de carácter esencial en cualquier dato, manifestación o documento que se acompañe a la misma que, además, se tipifican como infracciones graves en los apartados h. y l. del artículo 74 de la Ley de Prevención Ambiental.

La supresión de la licencia de apertura supone un cambio de mentalidad que implica, como hemos apuntado al tratar el artículo 71 bis de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, el reforzamiento de la función inspectora y de control posterior así como la efectiva aplicación del régimen sancionador que se acaba de mencionar.

La regulación del silencio positivo contenida en el apartado primero del artículo 36 de la Ley de Prevención Ambiental desaparece porque no tiene cabida en el nuevo modelo en el que como acabamos de decir las actividades sometidas a licencia ambiental pueden ponerse en marcha una vez comunicadas sin necesidad de esperar el pronunciamiento del Ayuntamiento.

Al igual que en su día sucedía con el otorgamiento de la licencia de apertura, la comunicación de inicio de la actividad tampoco concederá facultades al titular de la actividad en contra de las prescripciones de la Ley de Prevención Ambiental, de sus normas de desarrollo y de la legislación sectorial aplicable o de los términos de la licencia ambiental.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 7 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, las licencias ambientales se otorgarán por tiempo indefinido siendo suprimida la posibilidad de limitar temporalmente las que se determinaran por norma reglamentaria. De acuerdo con esto, ya no estarán sometidas al procedimiento de renovación que se mantiene en la Ley, si bien con algunas modificaciones, para las autorizaciones ambientales que continúan concediéndose en todo caso por tiempo determinado.

En esta Comunidad Autónoma la primera ocupación o utilización de construcciones e instalaciones continúa estando sujeta a la previa obtención de licencia urbanística por aplicación del artículo 97.1.e. de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo de Castilla y León, norma que no se ha incluido en el Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre. Por esta razón, en cualquiera de los municipios de su ámbito territorial los prestadores que pretendan acceder al ejercicio de una actividad sometida a la obtención de licencia de obras y licencia ambiental se podrán beneficiar de la supresión de la licencia de apertura pero no podrán iniciar aquélla hasta que el Ayuntamiento les conceda la licencia de primera ocupación.

Este es un claro ejemplo de disposición urbanística que afecta directamente al acceso a las actividades de servicios y su ejercicio que, por ello, debería haber sido evaluada y sustituida por una medida menos gravosa.

- b) La modificación de la Ley 7/2006, de 2 de octubre, de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas de la Comunidad de Castilla y León.

Al margen de otras cuestiones de obligado cumplimiento por los Ayuntamientos y prestadores, se mantiene el régimen de autorizaciones administrativas y requisitos en relación con los espectáculos públicos y actividades recreativas que se desarrollen en establecimientos públicos, instalaciones o espacios abiertos ubicados en territorio de esta Comunidad Autónoma amparándose en algunas de las razones imperiosas de interés general enumeradas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

En otro orden y, de acuerdo con la modificación de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental, se suprime cualquier referencia a la licencia de apertura mencionando en su lugar la licencia ambiental. Esto se observa en los artículos 8, 10 y 13.

- c) La modificación de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León.

En materia de venta no sedentaria los Ayuntamientos han de tener en cuenta la nueva redacción del artículo 46 de la citada Ley del siguiente tenor literal:

"En el territorio de Castilla y León, corresponderá a los Ayuntamientos otorgar las autorizaciones para el ejercicio de la venta ambulante en sus respectivos términos municipales de acuerdo con sus normas específicas y las contenidas en la legislación vigente, así como establecer los Reglamentos u Ordenanzas reguladoras de esta actividad comercial.

No obstante lo anterior y puesto que el número de autorizaciones disponibles es limitado debido a la escasez de suelo público habilitado a tal efecto, la duración de las mismas no podrá ser por tiempo indefinido, debiendo permitir, en todo caso, la amortización de las inversiones y una remuneración equitativa de los capitales invertidos.

El procedimiento para la selección entre los posibles candidatos habrá de garantizar la transparencia y la imparcialidad y, en concreto, la publicidad adecuada del inicio, desarrollo y fin del proceso.

La autorización que se otorgue no dará lugar a un procedimiento de renovación automática ni conllevará ningún otro tipo de ventaja para el prestador cesante o las personas que estén especialmente vinculadas con él."

4.3 SOBRE LA NECESIDAD DE ELABORAR Y APROBAR UNA ORDENANZA “PARAGUAS”

Algunos Ayuntamientos han adoptado la decisión de aprobar una “Ordenanza Municipal Reguladora del libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio”, una especie de Ordenanza “paraguas”, que transcribe los principios y condicionantes de la Directiva de Servicios y dispone la derogación de cuanto en las Ordenanzas y Reglamentos municipales en vigor se oponga a lo dispuesto en la misma. Los Servicios Jurídicos de la FEMP han recomendado esta técnica.

Con todo respeto a esta iniciativa, hemos de considerarla como mínimo innecesaria y en buena medida inadecuada, por las siguientes razones:

> **En primer lugar**, porque difícilmente se podrá aplicar la Disposición final cuarta a los Ayuntamientos imputándoles responsabilidades en los primeros meses del 2010. El Gobierno y la Administración del Estado han dispuesto de tres años para “cumplir los deberes” y, muy a la española, lo han hecho el día 27 de diciembre.

Las Comunidades Autónomas, en su gran mayoría y como el Estado no ha cumplido, han modificado sus leyes al límite del plazo. En el mejor de los casos, los municipios han dispuesto de unas horas para modificar seriamente sus normas, cuando otros han tenido tres años. La Disposición Final cuarta habla de *“en la parte que les sea imputable”*. Siendo serios y un poco justos, ¿qué se podría imputar a un Ayuntamiento? No parece razonable que para cumplir una disposición nada razonable y de carácter formal como la comunicación de la DA 5ª, precipitemos las cosas y se hagan de forma inadecuada. La prudencia en asuntos muy serios aconseja ir despacio, puesto que se tiene prisa.

> **En segundo lugar**, una derogación genérica del contenido de las Ordenanzas opuesto a la Directiva y a la Ley resulta innecesaria. Si una ley autonómica, por ejemplo, suprime la licencia de apertura y establece para este supuesto la comunicación previa, el Ayuntamiento tiene que cumplirla, diga lo que diga la Ordenanza municipal. Los Reglamentos y Ordenanzas contrarios a la ley son inaplicables. La “derogación tácita” opera por ministerio de la ley, sin necesidad de una declaración genérica que no añadiría nada. Las responsabilidades de un Ayuntamiento vendrán en todo caso por no cumplir la ley, no por no haber adaptado su Ordenanza.

> En tercer lugar, la “Ordenanza Paraguas”, en la medida en que simplemente copia o transcribe el contenido de la Directiva de Servicios o de la Ley 17/2009, de 13 de noviembre, no aportaría nada en absoluto. Será una norma-medida que, sin añadir valor alguno, puede crear confusión y acomodamiento. Los servicios municipales, más que coberturas formales y “paraguas”, para no mojarse, necesitarán instrucciones claras sobre cómo actuar en cada caso, y ciertos “paraguas”, a veces sólo sirven para cubrir la confusión en lugar de eliminarla.

Por todo ello, pensamos que lo mejor será aplicar directamente las leyes y cuando antes modificar las Ordenanzas afectadas, con precisión y rigor, cada una en la medida necesaria, con absoluta claridad.

4.4 ORDENANZAS AFECTADAS

4.4.1 Delimitación del ámbito de aplicación

La identificación de las Ordenanzas afectadas requiere la previa delimitación del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios y de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

En el artículo 2.2 de esta Ley se enumeran los servicios exceptuados de su ámbito de aplicación.

Su lectura revela en primer lugar que todos los servicios no excluidos explícitamente del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios se han de entender incluidos, por ejemplo: las profesiones reguladas (asesores jurídicos y fiscales, arquitectos, ingenieros,...), la artesanía, las actividades de distribución comercial (incluido el comercio minorista y mayorista de bienes y servicios), los servicios de alojamiento y restauración...y un largo etcétera que se recoge en el Considerando 33 de la Directiva de Servicios.

En segundo lugar que el alcance de la exclusión de los referidos servicios se limita a lo dispuesto en la propia Directiva y en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre respondiendo a distintas motivaciones en cada caso, por ejemplo, los servicios financieros, los servicios y redes de comunicaciones electrónicas y los servicios audiovisuales pertenecen a sectores ya regulados en otras normas comunitarias como explican el Considerando 18 para los primeros y los Considerandos 19 y 20 en relación a los segundos.

En **tercer lugar** que muchos de los servicios excluidos se refieren a actividades que nada tienen que ver con las competencias municipales. Es el caso, por ejemplo, de las actividades de juego, actividades de los notarios y los registradores de la propiedad y mercantiles, los servicios de las empresas de trabajo temporal y de seguridad privada. Sin embargo, otros sí tienen que ver con las competencias municipales, así: servicios sociales, servicios en el ámbito del transporte y algunas actividades que suponen el ejercicio de autoridad pública.

En relación a los servicios sociales y a los servicios en el ámbito del transporte la exclusión no es absoluta. Respecto de los primeros porque sólo se excluyen cuatro tipos de servicios sociales, esto es, los relativos a la vivienda social, a la atención a la infancia y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas siempre y cuando no estén provistos por prestadores privados sin más. En cuanto a lo segundos porque, de acuerdo con el Considerando 21 de la Directiva de Servicios, la exclusión de los servicios de transporte alcanza al transporte urbano, los taxis y las ambulancias pero no al transporte funerario y a las empresas de mudanzas de los que nada se dice a estos efectos y que, por tanto, debemos entender incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva porque, en definitiva, no son propiamente servicios de transporte.

En otro orden, el ejercicio de autoridad pública es un concepto amplio que no puede ser interpretado en sentido literal porque los regímenes de autorización son resultado del mismo y esta interpretación nos llevaría al extremo de considerarlos excluidos a todos del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios cuando no es esa precisamente su filosofía. Por otra parte, se manifiesta especialmente en normas que deben ser respetadas por la sociedad en su conjunto y que, como diremos a continuación, están excluidas de la aplicación de la nueva regulación. Es el caso, en el ámbito local y a modo de ejemplo, de las ordenanzas reguladoras del tráfico, circulación y seguridad vial, de los aparcamientos –incluyendo los limitados– y de las dictadas en materia de convivencia ciudadana

La completa delimitación del ámbito de aplicación de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, requiere tener en cuenta la existencia de **otras excepciones** de forma que la nueva regulación de las actividades de servicios y su ejercicio no será de aplicación:

- a) **Ámbito tributario.**
- b) Aspectos del régimen jurídico de los servicios regulados por normativa nacional o comunitaria que prevalece sobre la Directiva de Servicios: a) los regidos por los Derechos penal, laboral, fiscal, por el Derecho Internacional y por la normativa que regula los derechos fundamentales; b) relativos al acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sectores concretos o en relación con profesiones concretas que estén expresamente previstos en la normativa comunitaria que las regule.
- c) Normas que deban ser respetadas por la sociedad en su conjunto (comportamiento en la circulación, ordenación del territorio, urbanismo o normas de construcción, etc.).
- d) Subvenciones y ayudas públicas.
- e) Contratación pública.

La exclusión del ámbito tributario es independiente de las modificaciones que, en su caso, hayan de realizarse en las Ordenanzas Fiscales como consecuencia de las supresiones o modificaciones de los regímenes de autorización previa actualmente vigentes.

Respecto de las normas urbanísticas debemos decir que sí están afectadas aquéllas que restrinjan el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. Las únicas restricciones a estas libertades que pueden mantenerse en las normas urbanísticas son las que estén justificadas en razones imperiosas de interés general como, por ejemplo la protección del entorno urbano y del medio ambiente.

La Ley 17/2009, de 23 de noviembre establece **excepciones** específicas a la disposición de la libre prestación de servicios para prestadores de otro Estado miembro establecida en su Capítulo III y, en consecuencia, aplicables sólo a ella:

- Servicios de recogida, clasificación, transporte y distribución de los envíos postales en el ámbito del Servicio Postal
- Generación, transporte, distribución y suministro de electricidad.
- Transporte, distribución, suministro, almacenamiento, regasificación y aprovisionamiento de gas natural.
- Distribución y suministro de agua y los servicios de aguas residuales.
- Tratamiento, vigilancia y control del traslado de residuos.

En la Exposición de Motivos de la citada Ley se justifican estas excepciones específicas en la existencia en los referidos sectores regulados de obligaciones de servicio público y porque en ellos parece conveniente que los prestadores de servicios establecidos en otros Estados miembros cumplan con los mismos requisitos aplicables a los establecidos en España.

Asimismo, el régimen de libre prestación de servicios no se aplicará a las **materias y actividades reguladas por otras directivas** (ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados, reconocimiento de cualificaciones profesionales y desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios y auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas).

Por último, la ley 17/2009, de 23 de noviembre, establece en sus artículos 14 y 15 **excepciones en casos individuales** que se refieren a aquellas medidas restrictivas de la libre prestación de los servicios que por motivos de seguridad podrán adoptar las autoridades competentes para prestadores concretos.

En relación, por tanto, a la libre prestación de servicios tendremos que analizar si las ordenanzas y reglamentos locales imponen a los prestadores de otros Estados miembros impedimentos o condiciones distintas a las requeridas a los nacionales, eliminando –salvo en las materias y actividades expresamente excepcionadas– las restricciones prohibidas y justificando los requisitos exigidos en la actualidad que puedan mantenerse de acuerdo con la normativa sectorial aplicable.

4.4.2 Ordenanzas municipales excluidas de la aplicación del nuevo modelo

Sin perjuicio de la variedad de regulaciones existentes en los distintos municipios, de acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior y teniendo en cuenta las actualmente vigentes en los nueve municipios capitales de provincia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León a continuación ofrecemos una relación genérica de ordenanzas que regulan materias en principio no afectadas por el nuevo marco regulador del acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y, en consecuencia, que no es necesario modificar en cumplimiento de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre:

- Ordenanzas que no regulan servicios (reglamentos orgánicos municipales, normativa reguladora de consejos sectoriales municipales, con-

sejos escolares, reglamentos de honores y distinciones, reglamentos de participación ciudadana, reglamentos que regulen la creación de ficheros automatizados y el acceso, rectificación y cancelación de los datos personales de estos ficheros públicos, ...).

- Ordenanzas reguladoras de la concesión de subvenciones.
- Ordenanzas que se aplican a servicios no económicos de interés general (las que regulen el régimen interno de polideportivos, las que regulen la utilización privativa de los edificios e instalaciones de los Colegios de Educación Infantil, Primaria y Especial, las que regulen los servicios de ayuda domiciliaria, las bibliotecas municipales,...).
- Ordenanzas relativas a los servicios en el ámbito del transporte colectivo urbano, escolar y de menores y autotaxi.
- Ordenanzas que regulan las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública (reglamentos de policía urbana, juntas locales de protección civil,...).
- Ordenanzas que no afectan a la actividad de servicio pero que tienen que ser respetadas por los prestadores al igual que por los particulares (protección de la convivencia ciudadana, protección contra incendios,...).
- Ordenanzas de tráfico rodado (licencias de acceso de vehículos a locales o recintos, reguladoras del estacionamiento limitado en la vía pública).
- Ordenanzas sobre construcción (como las relativas a los sistemas de captación de energía solar).
- Ordenanzas sobre instalaciones e infraestructuras de radiocomunicación.
- Ordenanzas que regulen servicios sociales, culturales y educativos de titularidad municipal (albergues, centros cívicos, comedores escolares, escuelas, centros de mayores,...).

De esta relación hemos excluido deliberadamente las ordenanzas fiscales porque si bien no están directamente afectadas por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sí lo están indirectamente, como hemos dicho, porque la supresión de los regímenes de autorización existentes o su sustitución por medidas menos gravosas o restrictivas determinará cambios en los hechos imponderables correspondientes.

4.4.3 Ordenanzas a evaluar y, en su caso, modificar o derogar

Centrándonos exclusivamente, como en el supuesto anterior, en los nueve municipios capitales de provincia de la Comunidad Autónoma de Castilla y León y, una vez examinadas sus respectivas Ordenanzas no fiscales en vigor de acuerdo con la información disponible en las páginas web de cada uno de ellos, hemos identificado las siguientes materias objeto de evaluación, y en su caso, modificación o derogación: animales de compañía, distribución gratuita de prensa, instalación de contenedores en la vía pública, licencias ambiental y de apertura, mercados, mudanzas, prevención del alcoholismo, protección del medio ambiente atmosférico, protección del medio ambiente contra la emisión de ruidos y vibraciones, publicidad exterior, servicios y transportes funerarios, terrazas en la vía pública y venta ambulante.

En el cuadro siguiente se relacionan estas materias indicando en qué municipios capitales de provincia de Castilla y León están reguladas mediante Ordenanzas.

	ÁV	BU	LE	PA	SA	SE	SO	VA	ZA
Animales de compañía	•	•	•	•	•	•	•	•	
Distribución gratuita de prensa					•				
Instalación de contenedores en la vía pública				•				•	
Licencias ambiental y de apertura	•				•	•			
Mercados		•		•		•	•	•	
Mudanzas				•				•	
Prevención del alcoholismo	•	•	•	•	•	•		•	
PMA atmosférico	•				•			•	
PMA ruidos y vibraciones	•	•	•	•	•	•	•	•	
Publicidad exterior		•	•	•	•	•	•	•	•
Servicios y transportes funerarios	•	•		•	•		•	•	
Terrazas en la vía pública	•		•	•	•	•		•	•
Venta ambulante		•		•	•	•	•	•	•

En el apartado siguiente aplicaremos las distintas fases de la etapa de evaluación de acuerdo con el Manual de Evaluación para las Entidades Locales a dos de los supuestos más comunes, concretamente, instalación de terrazas en la vía pública y publicidad exterior.

No obstante, algunos comentarios merecen las Ordenanzas reguladoras de materias como las licencias de apertura de establecimientos, distancia y localización de establecimientos destinados a la venta y consumo inmediato de bebidas alcohólicas, servicios y transportes funerarios y venta ambulante de acuerdo, fundamentalmente, con la Ley Ómnibus y el Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre.

■ *Licencias de apertura de establecimientos*

Como hemos dicho el Decreto-Ley 3/2009, de 23 de Diciembre, modifica el artículo 33 de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León suprimiendo la licencia de apertura de las actividades sujetas a licencia ambiental y sustituyéndola por una comunicación de su inicio acompañada de la documentación relacionada en el artículo 34 de la misma Ley y la adicional que establezca cada Ayuntamiento.

Por su parte, la Disposición Transitoria segunda de dicho Decreto-Ley, en su apartado 2 dispone:

“2. En los procedimientos administrativos iniciados antes de la entrada en vigor del presente Decreto-Ley y que estén pendientes de resolución, serán de aplicación las modificaciones previstas en el presente Decreto-Ley por las que se sustituye el régimen de autorización administrativa previa por el de presentación de declaración responsable o comunicación previa para el acceso y ejercicio de las actividades de servicios, siempre que el interesado así lo solicite expresamente, desista de su solicitud y presente, según los casos, las declaraciones responsables o comunicaciones previas establecidas en el presente Decreto-Ley”.

Encontrándose sin duda un gran número de peticiones de licencia de apertura en el supuesto contemplado en este precepto, los Ayuntamientos deberían ponerlo en conocimiento de los interesados al objeto de que desistan de su solicitud y presenten escrito de comunicación de inicio de la actividad.

Los Ayuntamientos de Ávila, Salamanca y Segovia tienen Ordenanzas reguladoras de los procedimientos de intervención en materia de las licencias

ambiental y de apertura que deberán adaptar a las nuevas disposiciones de nuestra Ley de Prevención Ambiental y a los principios y criterios de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Estos Ayuntamientos regulan expresamente, además, la exigencia de licencia de apertura para el inicio de las actividades sometidas al régimen de comunicación ambiental que también deberá acomodarse al nuevo marco regulador del acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

■ **Prevención del alcoholismo**

El artículo 46 de la Ley 3/1994, de 29 de marzo, de prevención, asistencia e integración social de drogodependientes de Castilla y León atribuye a los Ayuntamientos de Castilla y León en su ámbito territorial competencia para otorgar las autorizaciones de apertura a locales o lugares de suministro y venta de bebidas alcohólicas.

El artículo 23.2 de la misma Ley, redactado según Ley 3/2007, de 7 de marzo, establece que *"En las localidades de población superior a mil habitantes, la ordenanza reguladora de la distancia y localización de establecimientos destinados a la venta y consumo inmediato de bebidas alcohólicas deberá prever que la distancia mínima entre los extremos físicos más próximos, interiores o exteriores, de los establecimientos sea de 25 metros, sin perjuicio de la necesaria sujeción de tales establecimientos a lo dispuesto en la normativa sobre ruido y prevención ambiental. Esta previsión será de aplicación a estas localidades cuando no cuenten con la ordenanza reguladora referida."*

Ninguno de estos dos preceptos ha sido modificado por el Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, pero lo cierto es que en el primero de los citados debería eliminarse la referencia a las autorizaciones de apertura en consonancia con la modificación del artículo 33 de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León y el mantenimiento del segundo debe pasar por la evaluación del requisito que contiene por cuanto el artículo 11.1.a. de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, incluye expresamente las restricciones cuantitativas o territoriales, y concretamente, límites fijados en función de una distancia mínima entre prestadores en la categoría de requisitos de aplicación excepcional sujetos a evaluación previa.

Referencias a las distancias mínimas entre establecimientos se encuentran en todas las regulaciones estudiadas sobre prevención del alcoholismo, si bien algunas de ellas siguen recogiendo el criterio anterior a la modificación del 2007. No obstante la distancia y localización de establecimientos

destinados a la venta y consumo inmediato de bebidas alcohólicas deberán seguir aplicándose en los municipios en cumplimiento del vigente artículo 23.2 de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León aunque consideramos que sólo podrá mantenerse en el supuesto de que se justifique la concurrencia de las condiciones de no discriminación y, especialmente, necesidad y proporcionalidad pues, en otro caso, debería suprimirse.

En otro orden, todas estas Ordenanzas municipales deberán modificarse atendiendo los cambios en la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de Castilla y León, fundamentalmente, suprimiendo las referencias a la licencia de apertura.

■ *Servicios y transportes funerarios*

Los servicios funerarios tienen la consideración de servicios básicos para la comunidad, pudiendo ser prestados por la Administración Municipal, por empresas públicas, mixtas o privadas, en régimen de concurrencia en todos los casos.

Los municipios tienen competencias de regulación de los requisitos objetivos necesarios para obtener la autorización municipal que permita actuar como empresa funeraria pero no todas las Ordenanzas relativas a la materia que hemos analizado regulan estas autorizaciones. La Ordenanza de Palencia sí lo hace en el marco del Decreto 16/2005, de 10 de febrero, por el que se regula la policía sanitaria mortuoria en la Comunidad de Castilla y León. En ella hemos encontrado requisitos que deberán ser objeto de evaluación y, en su caso, modificación o supresión, por ejemplo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 11.1.c de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, la exigencia a las empresas cuya actividad sea la prestación de servicios funerarios de disponer de un capital mínimo y la necesidad de que estas empresas obtengan del Ayuntamiento la licencia de apertura para la puesta en marcha de su actividad que deberá suprimirse tras la modificación de la Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental de esta Comunidad.

Esta tarea debe ejecutarse con independencia de que hasta la fecha en esta Comunidad Autónoma no se haya modificado ninguna norma reglamentaria y de que contemos con el precedente de la no inclusión del Decreto 2263/1974, de 20 de julio por el que se aprueba el Reglamento de policía

sanitaria mortuoria en el listado de la normativa estatal con rango reglamentario susceptible de modificación aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 2009, de forma que en materia de servicios y transportes funerarios debemos estar atentos a las modificaciones normativas futuras. Algunas de ellas incluso son anunciadas por la Ley Ómnibus cuando en su Disposición Adicional Séptima al referirse a la libertad de elección de los prestadores de servicios funerarios establece lo siguiente:

“En el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno llevará a cabo un estudio y propondrá, en su caso, los cambios normativos necesarios para garantizar la libertad de elección de los prestadores de servicios funerarios, incluidos los supuestos en que se haya contratado un seguro de decesos, así como para impulsar la eliminación de otras posibles trabas que puedan derivarse de la normativa vigente.”

Estos cambios normativos quizá afecten al Decreto 79/1998, de 16 de abril, sobre protección de los intereses económicos y el derecho a la información de los usuarios de servicios funerarios en Castilla y León que los Ayuntamientos están obligados a cumplir modificando, en su caso, sus Ordenanzas como advierte su Disposición Transitoria Segunda.

■ **Venta ambulante**

Las Ordenanzas reguladoras de la venta ambulante o venta fuera de establecimientos comerciales permanentes regulan el ejercicio de la venta no sedentaria en las vías y espacios públicos en general.

Se dictan en desarrollo de la Ley estatal 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León, del Real Decreto 1010/1985, de 5 de junio, que regula determinadas modalidades de venta fuera de establecimiento comercial, y del Decreto 82/2006, de 16 de noviembre, por el que se desarrolla parcialmente la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León.

El proyecto de ley de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista se encuentra aún en el Senado y, por lo que ahora interesa, proporciona nueva redacción al artículo 54 de la citada ley cuyo contenido se ha trasladado íntegramente, con las lógicas adaptaciones al ámbito local, al nuevo artículo 46 de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León que, a diferencia de aquel, ya está en vigor.

No obstante la obligación de adaptar las Ordenanzas en esta materia al citado precepto autonómico, debemos estar atentos a las modificaciones que en, su caso se produzcan tanto en el Real Decreto 1010/1985, que sí está incluido en el listado aprobado por el Consejo de Ministros el 12 de junio de 2009, como a las que en su caso experimente el Decreto 82/2006, de desarrollo parcial de la Ley de Comercio de Castilla y León que, por ejemplo, en su artículo 23 se refiere expresamente a las competencias de los Ayuntamientos en relación a las autorizaciones de venta ambulante o no sedentaria.

4.4.4 Evaluación de algunos de los supuestos más frecuentes

■ *Instalación de terrazas en la vía pública*

Las ordenanzas de instalación de terrazas en la vía pública regulan las condiciones y determinaciones de la utilización privativa o aprovechamiento especial derivados de la ocupación tanto de espacios de uso y dominio públicos como de espacios abiertos sin restricciones al uso público aunque no formen parte del dominio público local, mediante mesas y sillas con finalidad lucrativa para el servicio de establecimientos de hostelería. También regulan el procedimiento para obtener la preceptiva licencia municipal y su régimen sancionador.

1. **Questionamiento del régimen de autorización**

La utilización privativa o aprovechamiento especial de las vías públicas está sujeta en todo caso a la obtención de previa licencia municipal y al pago de la correspondiente tasa. Con independencia de lo que establezca la normativa sectorial referida al acceso y ejercicio de la actividad en sí misma, este régimen de autorización previa regulado en las ordenanzas locales está determinado en una norma especial, concretamente, en el Real Decreto 1372/1986, de 13 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales que no está afectado por el nuevo marco regulador y, en consecuencia, no figura en el listado de normativa estatal con rango reglamentario susceptible de modificación aprobado por el varias veces citado Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 2009.

El mencionado régimen debe mantenerse en las ordenanzas locales no suponiendo, por otra parte, diferencia de trato entre prestadores españoles y de otro Estado miembro porque se aplica por igual a todos ellos como destinatarios de la norma estatal que lo establece y que no contempla su sustitución por una medida menos restrictiva. Asimismo, se justifica en la necesidad de compatibilizar el uso público con la utilización privada de las vías abiertas al uso público,

esto es, en algunas de las razones imperiosas de interés general enumeradas en el artículo 3.11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, tales como el orden público, la seguridad pública o la protección del entorno urbano.

Cuando se produzca un cambio de titular de un establecimiento que tenga autorizada instalación de terraza la habitual exigencia de solicitar la autorización previa correspondiente para el cambio de titularidad de la terraza debe sustituirse por una comunicación al Ayuntamiento y el pago de la tasa correspondiente, siempre que no varíen los requisitos y condiciones de la licencia inicialmente otorgada o, mejor aún, realizar dicho trámite en estos casos de oficio con la transmisión del establecimiento. Estas modificaciones, además, contribuirán a la simplificación y agilización del procedimiento de cambio de titularidad debiendo reflejarse, asimismo, en el régimen sancionador.

2. Silencio Administrativo

Con carácter general, las solicitudes no resueltas expresamente –por ejemplo en el plazo de dos meses a contar desde la presentación como establece la ordenanza del Ayuntamiento de Valladolid- se entenderán denegadas de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 43.2 de la LRJ-PAC, al referirse al dominio público.

3. Análisis de limitaciones al número de autorizaciones

La escasez de recursos naturales por sí o vinculada a inequívocos impedimentos técnicos (estrechez de aceras, concurrencia en una plaza de varios titulares de establecimientos de hostelería,...) justifican la limitación de las autorizaciones de terrazas por cuanto no todos los espacios de uso público son aptos para su instalación. Es común prohibir su instalación en las paradas de transportes públicos, zonas de pasos de peatones, etc, debiendo, asimismo, dejar libres bocas de riego, hidrantes, registros de distintos servicios, vados permanentes, acceso a locales, escaparates y portales de viviendas.

Esta limitación afecta especialmente a los casos en que varios establecimientos soliciten ocupar un mismo espacio debiendo arbitrarse entonces un procedimiento de selección entre candidatos que cumpla los principios del artículo 8.2.a. de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

4. Análisis de la existencia de limitaciones temporales y territoriales

• Limitaciones temporales

Las autorizaciones de ocupación de terrenos de uso público para la instalación de terrazas con finalidad lucrativa para el servicio de establecimientos de

hostelería en las ordenanzas analizadas presentan, con carácter general, dos modalidades: de temporada (para un período de tiempo determinado, por ejemplo de mayo a octubre) o anuales (por el año natural). En ambos casos son renovables, previo pago de la exacción fiscal correspondiente y tan solo en los supuestos en que no varíen los requisitos y circunstancias tenidas en cuenta para la autorización inicial.

Estas autorizaciones deben mantenerse sujetas a limitación temporal como hasta la fecha no siendo objeto de renovación automática y estando sometidas al cumplimiento continuo de los requisitos.

Si el titular del establecimiento de hostelería tiene que solicitar anualmente y de forma expresa la renovación de la autorización previo abono de la tasa que la ordenanza fiscal establezca para cada caso acompañando, a su vez, compromiso de cumplir los requisitos que le fueron exigidos para su concesión (que no exista variación del sujeto pasivo, de la superficie, del tiempo de ocupación respecto de la inicialmente concedida y se encuentre al corriente del pago de sus obligaciones tributarias), no se incumple lo dispuesto en el artículo 8.2.b) de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, porque tal renovación, desde nuestro punto de vista, no es automática. La prohibición de renovaciones anuales automáticas debe tenerse en cuenta especialmente en los supuestos en que varios establecimientos hayan solicitado ocupar un mismo espacio y sólo algunos de ellos hayan resultado adjudicatarios de forma que los titulares de establecimientos que no hayan obtenido la autorización puedan intentarlo un año más tarde no quedando excluidos definitivamente.

- *Limitaciones territoriales*

Las autorizaciones de instalación de terrazas no pueden tener validez en todo el territorio español porque son complementarias a las autorizaciones de los establecimientos físicos de hostelería concediéndose para un espacio concreto de un municipio no extensible a otros ni a todo el territorial nacional.

5. Análisis de los requisitos

- *Requisitos prohibidos*

> Figurando entre éstos la intervención directa o indirecta de competidores (artículo 10.f. de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre), no puede exigirse la autorización expresa de los titulares de los establecimientos colindantes cuando la longitud de la terraza no exceda de la línea de fachada del establecimiento para el que se solicita la licencia. Lo cierto es que no se exige en nin-

guno de los casos analizados, no obstante, algunas ordenanzas exigen la conformidad de los colindantes cuando la terraza exceda de la línea de fachada del establecimiento en todo caso (por ejemplo, la Ordenanza de Segovia) mientras que otras, como la de Valladolid, sólo cuando la terraza se pretenda instalar junto a la fachada de aquéllos sin la distancia mínima de metro y medio. Consideramos esta última más acorde con el citado precepto.

- *Requisitos evaluables*

- > La posibilidad de calificar determinados espacios como saturados, a efectos de la instalación de nuevas terrazas, en los que se podrán mantener las terrazas existentes, pero en los que no se permitirá la apertura de nuevas terrazas a nuevos establecimientos, aun cuando por aplicación de la ordenanza pudieran corresponderle algunas mesas prevista, por ejemplo, en la ordenanza del Ayuntamiento de Ávila, debe revisarse a la luz de lo establecido en el artículo 11.1.a. de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, que incluye en esta categoría las restricciones territoriales, concretamente, el establecimiento de una distancia mínima entre prestadores de forma que sólo podrán mantenerse si cumplen los principios de necesidad, proporcionalidad y no discriminación. Entendemos que deben compatibilizarse los intereses de los distintos titulares de establecimientos abiertos al público en esos espacios teniendo en cuenta los criterios expuestos al tratar de las limitaciones al número y temporales en este tipo de autorizaciones. Por ello se deberá tener en cuenta el número de solicitudes que afectan a una misma vía pública que podrá dar lugar a la modificación de otras terrazas ya autorizadas.
- > Las actuales regulaciones relativas a los requisitos del mobiliario, distancias y dimensiones deben revisarse teniendo en cuenta que su finalidad es asegurar que el uso propuesto no incida negativamente tanto en la movilidad peatonal y en su caso rodada, como en el resto de los usos a los que se destinan las vías públicas urbanas.
- > Razones de preservación del entorno urbano pueden justificar las condiciones de prestación de la actividad impuestas en el ámbito de los Cascos Históricos de las ciudades en los que entendemos que debe primar el mantenimiento y mejora de la calidad de los espacios urbanos relevantes, los elementos y tipos arquitectónicos singulares y los demás bienes de interés cultural según prescribe la normativa urbanística y de protección del patrimonio histórico y artístico relacionados con objetivos de política cultural. No obstante deben revisarse para eliminar la exigencia de requisitos que

no sean estrictamente necesarios tales como, por ejemplo, la prohibición de cualquier tipo de publicidad.

- > El establecimiento de limitaciones horarias para el ejercicio de la actividad puede justificarse en razones de orden público.

6. Simplificación de procedimientos y trámites administrativos

- > Deben eliminarse las exigencias de presentar documentos o datos que estén en poder del Ayuntamiento o a los que pueda tener acceso como las siguientes que figuran en la mayoría de las ordenanzas analizadas: la presentación de la licencia de apertura (hoy tendríamos que decir ambiental) o de cambio de titularidad del establecimiento, la presentación con las solicitudes de renovación de fotocopia de la licencia del año anterior, la justificación del pago de la exacción fiscal correspondiente y la certificación de hallarse al corriente en el cumplimiento de las obligaciones tributarias con el Ayuntamiento.
- > Se deberán eliminar las exigencias de presentar documentos originales o copias o traducciones compulsadas, por ejemplo, la de presentar copia compulsada del documento que acredite la contratación del seguro de responsabilidad civil con cobertura de los posibles riesgos derivados del funcionamiento de la terraza que requieren todas las ordenanzas estudiadas.

■ Publicidad exterior

Las ordenanzas de publicidad exterior regulan las condiciones a las que se han de ajustar la colocación de carteleras, soportes y vallas de publicidad visibles desde la vía pública en el término municipal correspondiente, así como el procedimiento para la obtención de la preceptiva licencia y su régimen sancionador.

1. Cuestionamiento del régimen de autorización

La instalación de carteleras, soportes y vallas de publicidad exterior se somete en todas las ordenanzas estudiadas a la previa obtención de licencia y al pago de las exacciones fiscales establecidas en la ordenanza fiscal correspondiente, lo cual es conforme con la normativa urbanística autonómica que en este punto, aunque afecta al acceso y ejercicio a una actividad de servicios, no se modifica, concretamente en el artículo 97.1.m) de la Ley 5/1999, de Urbanismo de Castilla y León (en adelante LUCyL) que sujeta a la obtención de licencia urbanística previa la instalación de vallas y carteles publicitarios visibles desde la vía pública.

Además de la obtención de licencia previa, algunos Ayuntamientos establecen para el ejercicio de la actividad publicitaria como condición indispensable a las agencias o empresas interesadas estar inscritas –aunque no con carácter previo por un determinado período– en concretos registros, es el caso de las Ordenanzas de Burgos y Segovia que exigen la inscripción en el Registro General de Empresas de Publicidad de la Dirección General de Medios de Comunicación Social y del Ayuntamiento de León que exige la inscripción en el Registro Municipal de Empresas Publicitarias. No parece que este requisito, que no se exige en la generalidad de los casos estudiados, sea necesario y por ello, consideramos que debería eliminarse porque supone un obstáculo adicional, en principio, no justificado.

No debe confundirse el carácter de la inscripción en estos Registros con la inscripción en los Registros de Empresas Publicitarias que se llevan en algunos municipios y que tienen un carácter informativo y de control de las instalaciones de publicidad exterior visibles desde la vía pública y existentes.

En los supuestos de transmisión de licencia la habitual exigencia de solicitar la autorización previa correspondiente para el cambio de titularidad de la instalación debe sustituirse por una comunicación al Ayuntamiento –como ya establecen las Ordenanzas de Burgos, León y Segovia– y el pago de la tasa correspondiente, siempre que no varíen los requisitos y condiciones de la licencia inicialmente otorgada. Esta modificación, además, contribuirá a la simplificación y agilización del procedimiento de cambio de titularidad debiendo reflejarse, asimismo, en el régimen sancionador.

2. Silencio Administrativo

En estos supuestos ha de aplicarse lo dispuesto en el artículo 99.3 LUCyL cuando determina que una vez transcurridos los plazos correspondientes sin que se haya resuelto la solicitud, podrá entenderse otorgada la licencia conforme a la legislación sobre procedimiento administrativo, excepto cuando el acto solicitado afecte a elementos catalogados o protegidos o al dominio público. No obstante, en ningún caso podrán entenderse otorgadas por silencio administrativo licencias contrarias o disconformes con la legislación o con el planeamiento urbanístico.

3. Análisis de limitaciones al número de autorizaciones

La escasez de recursos naturales por sí o vinculada a inequívocos impedimentos técnicos justifican la limitación de las autorizaciones de instalaciones de publicidad exterior por cuanto no todos los espacios son aptos para ello. Es

común, por ejemplo, prohibir esta instalación en curvas, cruces, cambios de rasante, confluencia de arterias, tramos de carretera, vías férreas, calles o plazas, calzadas y pavimentos en que se comprometa o perjudique el tránsito rodado o la seguridad del viandante, también se suelen prohibir en fuentes, arbolado, en zonas donde se dificulte o perturbe la contemplación de edificios, monumentos o jardines históricos.

Esta limitación afecta especialmente a los casos en que varios interesados soliciten ocupar un mismo espacio debiendo arbitrase entonces un procedimiento de selección entre candidatos que cumpla los principios del artículo 8.2.a. de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

4. Análisis de la existencia de limitaciones temporales y territoriales

• Limitaciones temporales

Las autorizaciones de instalación de carteleras y vallas publicitarias visibles desde la vía pública en todos los casos analizados tienen un plazo de vigencia determinado, si bien con variantes, por ejemplo en la Ordenanza de Segovia su duración es de un año, prorrogable por otro año, previa petición expresa del titular, antes de su extinción y en la de Valladolid su duración es de cinco años, excepto las referidas a una actividad autorizada y ubicada en el inmueble donde se ejerza, las cuales tendrán vigencia mientras se desarrolle dicha actividad.

Estas autorizaciones deben mantenerse sujetas a limitación temporal como hasta la fecha no siendo objeto de renovación automática y estando sometidas al cumplimiento continuo de los requisitos. En este sentido destaca la Ordenanza del Ayuntamiento de Salamanca que exige al titular de la licencia la acreditación anual de que la instalación se halla en debidas condiciones de seguridad y ornato público.

La prohibición de renovaciones automáticas debe tenerse en cuenta especialmente en los supuestos en que varios interesados hayan solicitado ocupar un mismo espacio y sólo algunos de ellos hayan resultado adjudicatarios de forma que los que no hayan obtenido la autorización puedan intentarlo más tarde no quedando excluidos indefinidamente.

• Limitaciones territoriales

Las autorizaciones de instalación de elementos de publicidad exterior no pueden tener validez en todo el territorio español porque se conceden para un espacio concreto de un municipio no extensible a otros ni a todo el territorio nacional.

En el caso de que se mantenga la obligación de estar inscrito previamente en el Registro de empresas de publicidad deben admitirse las inscripciones en registros de otros municipios y Comunidades Autónomas.

5. Análisis de los requisitos

- *Requisitos evaluables*

Todas las regulaciones examinadas establecen condiciones precisas sobre las características de los soportes, rótulos, vallas o carteleras que deberán evaluarse para determinar su necesidad y proporcionalidad fundamentalmente.

6. Simplificación de procedimientos y trámites administrativos

- > Deben eliminarse las exigencias de presentar documentos o datos que estén en poder del Ayuntamiento o a los que pueda tener acceso como las siguientes que figuran en la mayoría de las ordenanzas analizadas: justificante del pago de las tasas e impuestos locales que resulten procedentes; copia de la licencia de obras y fecha de otorgamiento de la misma, cuando la instalación se proyecte sobre cerramiento de solares o vallas de obras; exigencia, para la obtención de nueva licencia en el mismo emplazamiento una vez extinguida la anterior, de presentación de la documentación que acredite el abono de las exacciones fiscales establecidas por el Ayuntamiento durante el período de vigencia de la licencia anterior;
- > También debe eliminarse la exigencia de presentar datos y documentos disponibles en otras entidades públicas, por ejemplo la acreditación de estar inscrito en el Registro de Empresas Publicitarias,

5. Entidades locales y simplificación administrativa

5.1 FUNDAMENTOS Y TÉCNICAS DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA LOCAL EN CASTILLA Y LEÓN

Uno de los obstáculos que dificultan el desarrollo del sector servicios es el exceso de regulación o la servidumbre a los requisitos formales excesivos y farragosos. Por ello, la ley 17/2009, de 13 de noviembre, dispone que las Administraciones Públicas deberán revisar los procedimientos y trámites aplicables al establecimiento y la prestación de servicios, con el objeto de impulsar su simplificación.

Esta disposición obliga a las Entidades Locales a realizar una evaluación de todos los procedimientos a su cargo que afecten a prestadores de servicios no excluidos. Si los procedimientos no son suficientemente simples, deberán actuar en un doble sentido: por un lado, eliminando los trámites no previstos en una ley, superfluos o innecesarios. Por otra parte, en cuanto a los trámites que se mantengan, hacer las cosas más fáciles para los prestadores, en materia de condiciones de acceso, documentación, tiempos, etc.

La primera pregunta a plantearnos es: ¿simplificación sólo en los procedimientos afectados por la Directiva? La respuesta debe ser negativa, tanto por razones de principio y legales como por razones de pura economía. La simplificación planteada debe considerarse un planteamiento de largo alcance, que debería aplicarse a todos los procedimientos locales con repercusión directa o indirecta sobre la calidad de vida de los ciudadanos. Porque forma parte de las medidas que garantizan la “buena administración” a la que el ciudadano en general tiene derecho. Porque resulta imprescindible para el cumplimiento de la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos (aunque ésta ofrezca un portillo de escape, lo que no hace la Directiva). Porque la simplificación sólo es eficaz si se hace de forma global y completa.

La segunda es: ¿cómo abordar de forma práctica y efectiva la simplificación de los procedimientos locales?

Es importante huir del afán normativo y hacer las cosas lo más sencillas posibles. En primer lugar, realizar un Inventario de los procedimientos, partiendo como base de la Relación publicada, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 42.4 de la Ley de Régimen Jurídico.

En segundo lugar, debemos considerar en cada procedimiento sometido a rediseño funcional y análisis, los aspectos que señala el artículo 34 de la Ley 11/2007, de 22 de junio:

- > Supresión o reducción de la documentación requerida a los ciudadanos, mediante su sustitución por datos o certificaciones, o la regulación de su aportación al finalizar la tramitación.
- > La reducción de plazos y tiempos de respuesta.
- > La racionalización de la distribución de las cargas de trabajo y de las comunicaciones internas.

En tercer lugar, y en relación con cada procedimiento, considerado de gran frecuencia o relevancia, realizaremos una Guía con el siguiente contenido indicativo:

- a) Definición del objeto.
- b) Identificación del órgano responsable y autoridad que resuelve.
- c) Normativa aplicable.
- d) Trámites imprescindibles por prescripción legal.
- e) Documentación que se exige.
- f) Diagrama del proceso (descripción y gráficos).
- g) Notas de interés.

Es fundamental realizar el Diagrama real del proceso que se siga. A partir del mismo, detectaremos la presencia de trámites innecesarios o duplicados; la falta de simultaneidad de trámites o la reiteración; los excesos de tiempo; las exigencias documentales inapropiadas o incluso ilegales..., para, finalmente, hacer una breve Guía básica del procedimiento simplificado.

Realizar una GUÍA de cada procedimiento no resulta una tarea nada fácil, ya que en un municipio de tipo medio podemos encontrarnos con cerca de 150 procedimientos. Es necesario establecer prioridades, simplificando los más relevantes y frecuentes.

Esta tarea se puede combinar con la adopción de medidas generales de simplificación procedimental y documental.

La Comunidad de Castilla y León ha sido adelantada y consecuente en el proceso de simplificación administrativa. El Decreto 23/2009, de 26 de marzo, de medidas relativas a la simplificación documental en los procedimientos administrativos no resulta de directa aplicación a las Entidades Locales, pero constituye un buen referente y guía para la acción. Los Ayuntamientos grandes y medianos deberían adoptar este tipo de medidas incluyéndolas en su Reglamento de Procedimiento Administrativo o dictando un Reglamento que las declarara aplicables en su ámbito. Las Diputaciones Provinciales deberían hacerlo y además aplicarlos en el proceso de diseño de los procedimientos para los pequeños municipios. Y la Administración de la Comunidad Autónoma deberá facilitar estas medidas, con el fomento y la ayuda pertinentes.

5.2 LAS ENTIDADES LOCALES EN CASTILLA Y LEÓN Y LA VUDS

La Ley 17/2009, de 13 de noviembre, dispone que todos los procedimientos y trámites se deben realizar electrónicamente y para ello se crea como instrumento una “Ventanilla Única” en el artículo 18 (artículo 6 de la Directiva), a través de la cual se garantizará además la necesaria información a los prestadores.

La Directiva no ofrece un modelo de ventanilla única, pero sí establece algunos principios básicos para su configuración:

- > Es única desde el punto de vista del usuario, que deberá poder hacerlo todo: presentar solicitudes y documentación; obtener información; realizar trámites; recibir comunicaciones y notificaciones, incluida la resolución que proceda. Para el prestador, la ventanilla será “punto único de contacto”.
- > No interfiere ni condiciona las atribuciones de cada Administración, pero las obliga a coordinarse, para hacer realidad la proposición anterior.
- > En su organización y gestión pueden participar, además de las Administraciones Públicas, los Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio e Industria e incluso organizaciones privadas a las que se encomiende la gestión.

La implantación de la ventanilla única en España está siendo impulsada por el Ministerio de Economía y Hacienda. Como punto de partida se tomó el modelo VUE, pero se construye un modelo notablemente diferente, cuyos elementos básicos están definidos. La ventanilla está soportada tanto por un sistema de información como por otro de tramitación. Debido a su complejidad, se está desarrollando un Proyecto Piloto en un ámbito reducido, con participación de los tres niveles de gobierno-administración. Se trata de verificar el rendimiento y extenderlo luego a todos, sin perjuicio de que puedan ir avanzando en paralelo, preparando su integración en el Proyecto definitivo. El Proyecto se desarrolla en tres etapas: el análisis de los procedimientos y trámites (Etapa 1), su integración en el sistema de información (Etapa 2) y su integración en el sistema de tramitación (Etapa 3).

De momento, la Ventanilla Única en España se puso en funcionamiento el 28 de diciembre de 2009 solamente como instrumento de información y circulación, no de tramitación. Cada Administración o Entidad seguirá su tramitación y la VUDS facilitará información y hará de vehículo de comunicación.

Sólo un reducidísimo número de municipios está inicialmente en la Ventanilla. Y es que en el ámbito local se presentan dificultades añadidas, aún mayores en Castilla y León. En el conjunto de España tenemos más de 8.000 municipios, la gran mayoría con escasos recursos, en los que el grado de implantación de herramientas y servicios de administración electrónica es muy bajo. Para entender la magnitud del problema resulta de gran interés el informe “Estado de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la Administración Local”⁸⁰⁴. Como muestra, un dato especialmente significativo en la materia que nos ocupa: el porcentaje de municipios que dispone de un sistema de gestión de licencias y autorizaciones oscila entre el 69% del Segmento A1 y el 24% del segmento E. en este último, pequeños municipios de menos de 300 habitantes, que son más de 3.000, el 76% carece de un simple instrumento de gestión de autorizaciones.

En Castilla y León, la fragmentación municipal es mucho mayor que en el conjunto de España. Los municipios del segmento E son 1.400, el 62% del total, frente a un 37% en España. Casi la mitad de los municipios de menos de 300 habitantes que existen en nuestro país está en Castilla y León. Por el contrario, los municipios de más de 20.000 habitantes son tan solo 15.

Esto significa que la VUDS en Castilla y León dependerá en un grado muy alto de las Diputaciones Provinciales. En el ámbito local, casi en exclusiva. Afortunadamente, ése ha sido el planteamiento elegido por la Administración del Estado con carácter general. Partiendo de un contexto de 8.114 Ayuntamientos, 50 Diputaciones y 10 Cabildos-Consejos Insulares, que hace imposible la participación directa, se ha contado inicialmente con 28 Ayuntamientos de mayor población (Burgos y Valladolid en Castilla y León) y las 50 Diputaciones. Posteriormente podrán integrarse los municipios de más de 20.000 habitantes. Los municipios menores tendrán que hacerlo a través de sus respectivas Diputaciones. A medio plazo, la implantación en el ámbito local de la VUDS dependerá pues del esfuerzo que realicen las Provincias. La tarea tiene una directa conexión con la de simplificación de los procedimientos para la e-administración que tienen que realizar conforme a lo dispuesto en el artículo 34 y D.F. 3ª 4 de la Ley 11/2007. Por ello proponíamos la referencia en el nuevo artículo 70.bis.4 de la LRBRL. Aunque no se haga, la realidad se impone, ya que éste es el modelo elegido.

⁸⁰⁴ VV.AA. “Estado de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la Administración Local”. Ministerio de Industria, Comercio y Turismo. Madrid. 2009.

6. Las políticas de calidad de los servicios en el ámbito local

6.1 LIBERTAD Y CALIDAD EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Las disposiciones acerca de la calidad de los servicios que contiene la Directiva 2006/123, de 12 de diciembre, constituyen uno de los aspectos menos estudiados por la doctrina. Muchos son los análisis que se han publicado sobre el tema nuclear de la libertad de empresa, pero pocos los que correlacionan ésta con el nivel de calidad de los servicios. El análisis de las políticas de calidad ha sido considerado un tema menor. Sin embargo, es la primera vez que, con carácter sistemático, se ordena la calidad de los servicios en el mercado interior europeo. Esto, aunque se trate de una ordenación blanda y algo confusa, ya supone un considerable avance respecto a la situación anterior⁸⁰⁵.

La propia Directiva, cuando en el artículo 1º expresa su objeto, induce a confusión, al afirmar: *“En la presente Directiva se establecen las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios”*. La expresión no resulta muy afortunada, porque parece aludir a una contraposición entre calidad y libertad. Es como si, consecuencia de las disposiciones favorecedoras de las libertades, la calidad corriera el peligro de disminuir y por ello se señala otro objetivo simultáneo: *“mantener un nivel elevado de calidad”*. Estas disposiciones complementarias actuarían como contrapeso, en un sentido de equilibrio, lo que no tiene el más mínimo rigor técnico.

Estas expresiones tienen mucho que ver sin duda con el proceso de gestación de la Directiva, largo y polémico, con alta repercusión social en muchos países. Al final de dicho proceso, la Directiva se benefició de las interacciones y obtuvo un notable equilibrio entre posiciones liberales y otras fuertemente intervencionistas. Pero fue así porque se eliminaron algunos de los contenidos más acentuadamente liberales, como la aplicación del principio del país de origen y otros.

⁸⁰⁵ MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M. “En busca de la Europa social: Reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea* nº 14, 1º semestre 2009, p. 135.

Sin embargo, libertad de empresa y calidad no son términos entre los que se necesite equilibrio o contrapeso, porque caminan en la misma dirección. A mayor libertad de establecimiento y libre prestación, más competitividad y mayor propensión a la calidad de los servicios. Con la libertad no es suficiente. Para alcanzar altos niveles de calidad, se necesitan medidas y técnicas complementarias. Pero sin libertad nunca habrá calidad.

Calidad significa satisfacer las necesidades y aspiraciones del cliente con amabilidad, prontitud y eficacia, a costes moderados. La calidad tiene un objetivo: responder a las expectativas del cliente, y una forma de conseguirlo: hacer las cosas bien, utilizando de forma racional los medios disponibles. Así planteada, la calidad de un servicio no es sino un proceso de mejora orientado al cliente.

"Calidad es:

- > Satisfacer los requerimientos y las expectativas de los clientes y usuarios del servicio.*
- > Buscar la mejora continua y largo plazo de los procesos y actividades de la organización.*
- > Conseguir la participación de todos los trabajadores en la mejora de la calidad"⁸⁰⁶.*

Pero las cosas no se vieron siempre así. El concepto de calidad total es fruto de un proceso evolutivo del sentido de la calidad en las organizaciones.

A principios del pasado siglo, los primeros enfoques de calidad surgen relacionados con el ahorro o reducción de costes. En el marco de los paradigmas taylorianos imperantes en ese momento, encaminados a conseguir la máxima eficacia productiva, se presta muy poca atención a las necesidades o expectativas del consumidor.

Tras la idea de control, se impondrá la del aseguramiento. Se conoce como aseguramiento de calidad, un sistema organizado y documentado de procedimientos que, dentro de ciertos límites, nos permiten esperar que el producto, servicio o prestación resultante vaya a satisfacer los requisitos de calidad.

⁸⁰⁶ Definición del Federal Quality Institute (USA).

En los primeros años tras la guerra mundial, se produce la introducción de los conceptos de calidad en Japón, de la mano de los profesores y expertos americanos Deming y Juran. Los japoneses, estimulados ante la carencia de recursos de su país y por determinadas peculiaridades de su cultura, hicieron importantes aportaciones a las ideas de calidad: prevención, adhesión corporativa y espíritu de mejora permanente (el KAIZEN). Los japoneses fueron los primeros en romper la tradicional división entre los que piensan (la Alta Dirección) y los que ejecutan, para involucrar a todos en la tarea de lograr los mejores resultados organizacionales. En los desarrollos observados en Japón encontramos bastantes elementos y principios de lo que luego sería conocido como “calidad total”.

El modelo tuvo un amplio desarrollo en el campo de la fabricación industrial, pero escasa incidencia en el sector servicios. La causa: en este sector, el nivel de competencia era mucho menor. Los productos manufacturados circulaban, pero el mercado de servicios a nivel global era muy cerrado, con escasas posibilidades de competencia real. Y lo que impulsa a las empresas a la calidad es fundamentalmente la competencia.

A partir de mediados de los ochenta, con el desarrollo de lo que se conoce como sociedad abierta, la competencia se acelera y no conoce fronteras. El consumidor informado se torna sumamente exigente. Las organizaciones tienen que “aprender” a moverse en un medio incierto. Para alcanzar el éxito, incluso a veces para sobrevivir, tiene que anticiparse, conocer bien las expectativas del consumidor y poner en tensión todos los recursos, principalmente los intangibles, el capital intelectual. En este contexto surgen las ideas clave que van a conformar el nuevo paradigma: la satisfacción del cliente, como meta y motor de la organización, y la participación de todos en el logro de los objetivos.

El gran cambio en esta etapa lo constituye la aplicación de modelos de calidad en las organizaciones prestadoras de servicios.”⁸⁰⁷

A partir de lo expuesto, dos cuestiones básicas:

- > La calidad se relaciona favorablemente con el nivel de competencia en el mercado de servicios.

⁸⁰⁷ BERRY, L.; PARASURAMAN, A. y ZEITHAML, V.A. “Calidad Total en la gestión de servicios”. Madrid, 1993.

- > El referente esencial de la calidad es el cliente o usuario. Cuanto mayor sea su capacidad para influir en la configuración de las prestaciones y en la estructura del sector servicios, mayor propensión a la Calidad.

La Directiva de Servicios, eliminando obstáculos a la libertad de empresa en el sector que resultan injustificados o desproporcionados, favorecerá la competencia, pero sobre todo otorgará mayor capacidad de influencia real al usuario y al consumidor. La estructura y la dinámica del sector servicios dependerán menos de las decisiones del poder y más de las preferencias del usuario y consumidor. Tendencias que favorecen básicamente el desarrollo de la calidad de los servicios.

6.2 MODERNIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y CALIDAD

Los principios y técnicas de la calidad total o excelencia en la gestión son plenamente aplicables a la Administración Pública. Ésta es una organización: articulación de capacidades y recursos para el logro de un fin. Esta sencilla y elemental afirmación tiene unas consecuencias lógicas: como tal organización, tiene principios, elementos estructurales y reglas de funcionamiento que son comunes al conjunto de organizaciones sociales, tanto públicas como privadas. Asimismo, como organización, tiene que obtener unos resultados, unos rendimientos, y para ello utilizar procedimientos y sistemas de gestión.

Como organización específica, la Administración Pública se singulariza en atención a la función central que desempeña en la sociedad global, que se identifica con el servicio a la sociedad. *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales...”* (artículo 103 de la CE) o, lo que es lo mismo, *“está al servicio de los ciudadanos”* (artículo 141 de la Constitución de Venezuela). La Administración Pública es un ente instrumental, con clara orientación finalista. No tiene sentido en sí misma y sólo se legitima en la medida en que resuelve adecuadamente su función de servicio a la sociedad, en la medida en que resuelve los problemas sociales.

Cualquier organización necesita justificarse, y la Administración Pública no escapa a esta regla. La Administración Pública necesita legitimarse. Integrada como está en el sistema político-administrativo, recibe parte de su legitimidad

del propio sistema: legitimidad institucional. Otra parte la obtiene en función de la generación de *outputs* o rendimientos en la solución de los problemas sociales. Es una legitimidad de eficiencia, que a su vez influye en la propia legitimidad global del sistema político. Por ello tiene cada día más importancia⁸⁰⁸.

Las necesidades de legitimación se han multiplicado en la sociedad abierta. Por una parte se cuestiona su capacidad para generar rendimientos que corrijan los fallos del mercado, así como su eficiencia en un entorno de crisis del estado del bienestar; y, por otra, se plantean alternativas de producción de servicios por organizaciones distintas, de tal forma que el sistema político pudiera cumplir sus funciones prescindiendo de la Administración. En la sociedad actual, la tensión de la Administración Pública por legitimarse es evidente y constituye el motor central que empuja en el camino de la excelencia en la gestión. La Administración Pública accede a la Gestión de Calidad Total a impulsos de la necesidad de legitimidad por rendimientos, o eficiente, y no de la competencia, aunque ésta, en su vertiente territorial, influye. Por ello, la Calidad no puede ser una moda importada o adaptada del sector privado, sino una dimensión esencial de su propio proceso de modernización.

Además, no olvidemos que trabajar con calidad contribuye a una forma de gobernar distinta, más atenta a las expectativas del ciudadano, más comprometida, participativa y democrática⁸⁰⁹. Fortalece la posición del ciudadano corriente y hace realidad su derecho a una “buena administración”.

La transposición de la Directiva impulsa un proceso de modernización administrativa que necesariamente discurrirá por la senda de la calidad.

⁸⁰⁸ BANÓN MARTÍNEZ, Rafael y CARRILLO BARROSO, Ernesto. “La legitimidad de la Administración Pública”, en *La Nueva Administración Pública*. Madrid. Alianza Universidad Textos. 1997.

CARRILLO BARROSO, Ernesto. “Legitimidad y modernización de la Administración Pública”, en GAPP nº 7-8, septiembre 1996, abril 1997.

Ver también: HABERMAS, Jürgen, “Problemas de legitimación en el capitalismo tardío”. Buenos Aires. Amorrortu, 1995. LAFER, Román y BURLAUD, Alain. “Dirección pública, gestión y legitimidad”. Madrid. CE Estudios. UNAP, 1998.

⁸⁰⁹ BRUGÉ TORRUELLA, Quim. “La dimensión democrática de la Nueva Gestión Pública”, en GAPP nº 5-6, enero-agosto 1996. LÓPEZ CAMPS, Jordi. “Gobernar es gestionar con calidad”, GAPP nº 11-12, enero-agosto 1998; SUBIRAT HUMET, Joan. “Democracia, participación y eficiencia”, en GAPP nº 5-6, enero-agosto 1996. RAMIRO SÁNCHEZ, Antonio. “Demandas de calidad de la Administración Pública: un derecho de la ciudadanía”. Madrid. Dykinson, 2002. VILLORIA MENDIETA, Manuel. “La modernización de la Administración como instrumento al servicio de la democracia”. Madrid. Estudios. INAP, 1996.

6.3 LA INCIDENCIA DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN LAS POLÍTICAS LOCALES DE MEJORA DE LA CALIDAD EN CASTILLA Y LEÓN

La Directiva de Servicios dedica el Capítulo V, artículos 22 a 27, a la “Calidad de los Servicios”, si bien solamente el artículo 26 comprende disposiciones de fomento de la calidad en sentido estricto.

El extenso artículo 22 se refiere a la información que los prestadores deben poner a disposición de los destinatarios

Dicha información forma parte del proceso de calidad en sentido amplio, pero no constituye su núcleo esencial. Se trata de un componente previo que permite a los destinatarios configurar sus demandas. Estas medidas fortalecen la posición de clientes y usuarios, por lo que fomentan la calidad. Sin embargo, tal como están expresadas en la Directiva, se relacionan más con lo que son los derechos de consumidores y usuarios que la calidad *strictu sensu*.

El artículo 26: “política de calidad de los servicios” es el que contiene las disposiciones acerca de los modelos y técnicas de calidad. Se trata de una política de fomento: *“Los Estados miembros, en colaboración con la Comisión, tomarán las medidas complementarias para fomentar que los prestadores aseguren de forma voluntaria la calidad de los servicios....”*.

Se propone la utilización de dos instrumentos típicos de calidad:

1. **Las Cartas de Servicios o Cartas de Calidad:** *“La elaboración de su propia Carta de calidad o la participación en cartas o etiquetas de calidad elaboradas por organismos profesionales a nivel comunitario”*.
2. **Certificaciones de Calidad:** *“certificación o evaluación de sus actividades por parte de organismos profesionales a nivel comunitario”*.

Además, se plantean otras medidas complementarias, como son: la evaluación de la calidad de los servicios por las organizaciones de consumidores y la elaboración a escala comunitaria de códigos de conducta por los colegios y organizaciones profesionales.

Las Cartas de Servicio son el modelo de calidad que, de modo general, mejor se adapta a su aplicación en los servicios, tanto privados como públicos.

La certificación de calidad remite esencialmente a las Normas UNE-EN-ISO.

Aunque se trata solamente de medidas de fomento, las propuestas por el artículo 26 merecen un juicio positivo desde el punto de vista del impulso de la calidad.

Además, estas medidas impulsarán la calidad en las propias Administraciones Públicas, porque resulta muy difícil, por no decir imposible, que fomenten la calidad entre los prestadores de servicios si no aplican una gestión de calidad en sus servicios públicos y en el conjunto de sus funciones. En realidad, prácticamente todas las disposiciones de la Directiva de Servicios impulsan la tendencia a la gestión de calidad en las Administraciones Públicas, sobre todo las medidas de cambio de la función reglamentaria. La eliminación de controles innecesarios o la sustitución por otros más adecuados y proporcionados traerá consigo una Administración Pública más eficiente y de mayor calidad, al aumentar su capacidad de respuesta en tiempo a las necesidades de los prestadores, al desarrollo económico y al bienestar de todos. La evaluación y racionalización de los procedimientos bajo criterios de simplificación es un instrumento de calidad que tendrá efectos positivos.

Este impulso de la calidad puede tener efectos más significativos en el ámbito local.

Los gobiernos locales son los que más tienden a configurar estrategias de gestión de calidad.

El factor determinante es el mayor peso que en los municipios tiene la legitimidad por eficiencia, como consecuencia de la proximidad, receptividad e intermediación, así como por el tipo de tareas que desempeña en el sistema político-administrativo.

La Administración Municipal está siempre en contacto directo y personal con los ciudadanos. Esto no sólo tiene implicaciones en el tipo de funciones que dentro del sistema se le atribuyen, sino también en las formas de desempeñarlas y en la relación de intermediación entre los ciudadanos y otros gobiernos que en muchas ocasiones les corresponde desarrollar.

Los servicios públicos locales suelen ser servicios con alta variación de la necesidad individual, de carácter frecuente, directo y localizados territorialmente. Son muy “visibles”, sometidos a un fuerte control, presión y exigencia

de los usuarios o destinatarios. Algo parecido ocurre con las funciones regulatorias y de orden interno que las Entidades Locales tienen asignadas. Pero además, por el tamaño del “escenario” y por las relaciones que en él se dan, la política municipal es más permeable a los intereses sociales y requerimientos ciudadanos. El gobierno local es el más accesible y receptivo. Ciudadanos y grupos tienen más posibilidades de influir en las políticas locales que en otras. La diferenciación de funciones entre los distintos niveles de gobierno responde a una distribución competencial compleja, que los ciudadanos, en buena lógica, tienden a desconocer, y acuden al más cercano y asequible. Cuando un problema social afecta a personas y colectivos específicos y aparece localizado territorialmente, los ciudadanos exigen soluciones al Municipio. Los gobiernos locales tienen fuertes presiones. Si funcionan mal, si los problemas no se resuelven y la percepción de la ciudadanía es negativa, la crítica y la desafección son inmediatas. Si se responde adecuadamente a las demandas, se ofrecen soluciones y la percepción es buena, también recibe más apoyos en términos de opinión y de votos. En consecuencia, tiene mayor alcance en la legitimidad una buena resolución de los problemas.

Así pues, la legitimidad en el ámbito local tiene especificidades propias, ya que el peso de la legitimidad por rendimientos o eficiencia es mayor que en otros niveles de gobierno.

Por todo ello, la Calidad Total como estrategia directiva resulta especialmente adecuada en la Administración Local, y los servicios de titularidad municipal, así como los regulados por el municipio constituyen el ámbito idóneo para aplicar técnicas y modelos de calidad o excelencia en la gestión.

La transposición de la Directiva de Servicios puede impulsar a cotas más altas la calidad en los servicios locales.

El principal y más concreto instrumento o modelo de calidad referido en el artículo 26 de la Directiva son las Cartas de Calidad o de Servicios, que constituyen el modelo de mayor utilización y éxito en el ámbito local para la mejora de la calidad.

Recientemente, la Fundación para los Compromisos de Calidad (IFQA), que tiene una metodología propia sobre Cartas de Servicios, denominada “Gestión por Compromisos”, ha realizado un estudio sobre existencia, accesibilidad y calidad de las Cartas de Servicios en las veinte primeras ciudades españolas por población. De las 20, son 17 las que disponen de Cartas de

Servicios accesibles y operativas en sus páginas web. El nivel de accesibilidad y calidad es muy alto. Entre las ciudades se someten las Cartas a evaluación externa, una de las medidas propuestas por la Directiva de Servicios para el fomento de la calidad en el sector.

Las Cartas de Servicios constituyen además un “modelo” de calidad de sencilla aplicación y elevado potencial para la mejora continua, que responde bien a las características organizacionales y escasez de recursos de las Entidades Locales. A partir del seguimiento efectivo y de los estudios de revisión de Cartas en varias ciudades en estos últimos años podemos afirmar que su utilidad, en términos de mejora real de la calidad, depende de dos factores: el nivel de concreción de los compromisos expresados en las Cartas y el alcance de la medición que se efectúe⁸¹⁰.

Los compromisos son el elemento clave de las Cartas, porque son los que aportan valor añadido en relación con lo establecido por las normas reguladoras del servicio, y porque, al fijar metas concretas, públicas y comprometidas, facilitan la mejora continua. Deben ser concretos y cuantificados. Además, para favorecer el proceso de mejora continua, deben resultar perceptibles y en alguna medida controlables por ellos. Es preciso medir de forma sistemática, en términos tanto de gestión como de percepción. Sólo lo que se mide se puede mejorar, al menos constatando fielmente la mejora. Un buen sistema de medición es la clave del éxito.

La calidad en el conjunto de las organizaciones transita por normas convencionales y, en principio, las Cartas no tienen el carácter de disposición normativa. Pero eso no supone la inexistencia de efectos jurídicos por el incumplimiento de los compromisos. El ciudadano tiene derecho a una “buena administración” y los poderes públicos tienen que cumplir sus compromisos o, de lo contrario, asumir consecuencias. Cuando un servicio no alcance los estándares de calidad comprometidos, existe responsabilidad. Las Cartas de Servicios no pueden ser “declaraciones para quedar bien”, sino auténticos compromisos, de los que se debe responder ante los ciudadanos⁸¹¹.

⁸¹⁰ MERINO ESTRADA, Valentín. “Las Cartas de Servicios en la Administración Local”, en REAL n° 290, septiembre-diciembre 2002, pp. 161 a 174.

⁸¹¹ SOSA WAGNER, Francisco. “La gestión de los servicios públicos locales”, 7ª ed. Madrid. Thomson-Civitas. 2008, p. 50.

Lo más conveniente es que la Entidad Local configure su propio modelo de gestión de calidad y utilice distintos instrumentos, según el tipo de servicio de que se trate, integrados todos en un sistema de evaluación y mejora continua. Pero las Cartas en general, y las Normas UNE-EN-ISO, con evaluación externa, serán instrumentos útiles para los servicios de mayor entidad.

En Castilla y León, el desarrollo de las políticas locales de mejora de la Calidad atraviesa un momento crucial, ya que no está generalizado, pero sí en expansión, y pronto tendrá un alcance notable. Entre las mayores ciudades, sólo tres disponen de una planificación específica de Calidad, pero todas tienen oficina de atención al ciudadano bien desarrollada y han puesto en marcha planes o proyectos de modernización y/o innovación. Dos están avanzadas en el uso de modelos y herramientas de calidad, teniendo accesibles y con seguimiento numerosas Cartas de Servicios. Otras varias las tienen proyectadas y previstas para un futuro inmediato.

Mejora de la calidad en las ciudades de Castilla y León

	Atención al ciudadano	Planes y proyectos de mejora	Planes específicos de calidad	Cartas de servicio accesibles	Otros modelos de calidad
Ávila	•	•	•		•
Burgos	•	•			
León	•	•			
Palencia	•	•			
Ponferrada	•	•			
Salamanca	•	•	•	•	•
Segovia	•	•			
Soria	•	•			
Valladolid	•	•	•	•	•
Zamora	•	•			

Ávila dispone de un interesante Plan estratégico de Calidad para el periodo 2009-2011.

Salamanca aprobó en Pleno un Plan de Calidad el 7 de febrero de 2008 y lo

está llevando a efecto. Pero mucho antes comenzó a desarrollar procesos de calidad como experiencias piloto. Tiene ocho Cartas de Servicios publicadas, accesibles y evaluadas. También dispone de un servicio certificado conforme a Normas UNE-EN-ISO y lo hará en otros de importancia.

Valladolid desarrolló su primer plan de Mejora de la Calidad en el periodo 2000-2003, ya evaluado y con resultados muy importantes. Actualmente desarrolla su planificación de Calidad en el contexto del “VALLADOLID 2016, Propuestas Estratégicas”. Dispone de dieciocho Cartas de Servicios accesibles y evaluadas. Los tres servicios de mayor entidad (Policía Municipal, Limpieza y Tratamiento de Residuos, Transporte Urbano de Viajeros) están certificados conforme a normas UNE-EN-ISO, así como los prestados por empresas mixtas (Mercados y Cementerios). Fue una de las pioneras en España en utilizar metodologías de calidad, alcanzando un nivel destacado.

Palencia y Burgos disponen de Plan Estratégico de Modernización Administrativa, que contempla diversos proyectos de calidad.

Entre los municipios pequeños y medianos están empezando a desarrollarse prácticas innovadoras y de mejora de la calidad, existiendo algunas experiencias muy interesantes. Destaca la del Ayuntamiento de Peñaranda de Bracamonte (Salamanca), de las mejores de España entre los municipios de su nivel.

En este momento crucial, la transposición de la Directiva de Servicios sin duda impulsará la mejora de la calidad en las Entidades Locales de Castilla y León. Es una oportunidad más que no se debe dejar pasar, para dar un empuje al proceso que estos tiempos de crisis resulta absolutamente imprescindible.

Para ello es necesario que la Administración de la Comunidad Autónoma apoye decididamente, desarrollando la línea estratégica 6 de su Plan de Modernización 2008-2011, encaminada a lograr un impulso de la modernización de las Entidades Locales y a mejorar la atención a los ciudadanos a través de los servicios integrados.

7. Conclusiones y propuestas

- Las Entidades Locales de Castilla y León han de ver el proceso de transposición de la Directiva de Servicios como una oportunidad de mejora, adop-

tando las medidas de simplificación procedimental y documentales; eliminando obstáculos innecesarios o desproporcionados en su ordenamiento propio y fomentando la calidad de los servicios públicos locales, regulados o reglamentados y a cargo de prestadores particulares.

Teniendo en cuenta la fragmentación municipal en nuestra Comunidad Autónoma, una gran parte de la responsabilidad y del desarrollo de las tareas corresponde a las Diputaciones Provinciales, en el ejercicio de su función de asistencia a los pequeños municipios.

También es importante la colaboración de la Administración de la Comunidad Autónoma, facilitando el máximo el cumplimiento de las tareas a las Entidades Locales.

- Los Municipios deben considerar la adaptación de sus Ordenanzas al nuevo marco regulador de las actividades de servicios y su ejercicio, como una oportunidad para revisarlas de forma integral, eliminando las regulaciones obsoletas. Para ello, es conveniente trabajar con rigor y sin precipitaciones, eludiendo mimetismos y fórmulas de mera imagen.
- El nuevo régimen de autorizaciones y controles exige una puesta en valor de la función inspectora. Los medianos y grandes Ayuntamientos de Castilla y León deben efectuar cambios en la dedicación y formación del personal para implantar gradualmente una inspección eficiente en materia de control de actividades. Las Diputaciones Provinciales tienen que prestar asistencia a los pequeños municipios para realizar esta función.
- Una transposición adecuada de la Directiva de Servicios en el ámbito local requiere la previa modificación de la legislación urbanística de Castilla y León, determinando específicamente las razones imperiosas de interés general del ámbito urbanístico que producen el silencio administrativo negativo, y sustituyendo por medidas menos restrictivas algunas licencias urbanísticas que afectan a las libertades de acceso y ejercicio de las actividades de servicios.
- La simplificación de los procedimientos administrativos locales debe hacerse de forma global y completa, no únicamente en los directamente afectados por la Directiva de Servicios. Las Entidades Locales deben adoptar con carácter general las medidas del Decreto 23/2009, de 26 de marzo, relativas a la simplificación documental en los procedimientos de la Admi-

nistración autonómica. Además, deberán hacer para cada procedimiento relevante una Guía, una vez simplificado. Las Diputaciones Provinciales deben hacerlo para los pequeños municipios, al igual que la integración en la VUDS.

- Las Entidades Locales de Castilla y León, a impulso de la transposición de la Directiva de Servicios, deben fomentar la mejora de la calidad, tanto en los servicios públicos locales como en los reglamentados y en los prestados por particulares. La Administración de la Comunidad Autónoma debe apoyar esta tarea, impulsando eficazmente el desarrollo de la línea de actuación estratégica 6 de su Plan de Modernización 2008-2011, encaminada a lograr la modernización en las Entidades Locales y a mejorar la atención a los ciudadanos a través de los servicios integrados.
- El establecimiento de licencia comercial autonómica para establecimientos que tengan 2.500 m² o más de superficie de venta, perjudica al sistema competencial de las Entidades Locales en Castilla y León, especialmente en las ciudades y municipios de los espacios metropolitanos. Dificulta sus estrategias de desarrollo local responsable e interfiere sus competencias de control urbanístico.

Como solución, proponemos el estudio de la delegación de esta licencia en los municipios de más de 20.000 habitantes o, al menos, en las grandes ciudades. Se tramitaría y otorgaría en procedimiento único con la de obras, evitando duplicidad y resultaría más respetuoso con la autonomía local.



Capítulo XIV

Medio Ambiente y
Directiva de Servicios
en Castilla y León

SUMARIO

1. Medio Ambiente y Derecho comunitario. 1.1 La protección del ambiente como excepción a las libertades comunitarias. 1.2 Algo más que una excepción. 1.2.1 *El medio ambiente como objetivo del TCE: en especial, el principio de prevención y la exigibilidad de controles intensos de la actividad privada con incidencia ambiental.* 1.2.2 *El medio ambiente como objetivo secundario de la Directiva.* 1.3 La exclusión (indirecta) de algunos servicios ambientales del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios. **2. Medio ambiente y derecho interno.** 2.1 Las limitaciones ambientales a la actividad privada en el Derecho interno. 2.2 La Ley ómnibus estatal impone diversas modificaciones de los servicios ambientales. **3. Las modificaciones de la normativa sobre servicios ambientales en Castilla y León.** 3.1 Las modificaciones de la Ley de Caza: una incidencia sólo indirecta en el desarrollo de la actividad cinegética. 3.2 Las modificaciones de la ley de Prevención Ambiental: el núcleo esencial de la reforma. 3.2.1 *Las modificaciones del régimen de licencias y autorizaciones ambientales:* A. La sustitución de las licencias de apertura y autorizaciones de puesta en funcionamiento por comunicaciones previas. B. El intento de mantener el régimen de las autorizaciones con un mero cambio nominativo: ¿"que todo cambie para que todo siga igual"? C. Otras novedades: la flexibilización del régimen de licencias ambientales. 3.2.2 *Las modificaciones en materia de Evaluación de Impacto Ambiental.* 3.2.3 *Las modificaciones de las auditorías ambientales.* 3.3 *Las modificaciones de la Ley del Ruido (Ley 5/2009, de 4 de junio, del Ruido de Castilla y León).* 3.4 Algunas ausencias: las modificaciones de las leyes autonómicas de desarrollo de leyes básicas modificadas por la Ley Ómnibus. 3.5 Otras modificaciones en proyecto. 3.5.1 *La simplificación de trámites en la Evaluación de Impacto Ambiental.* 3.5.2 *La necesaria simplificación de la tramitación de instalaciones de energía renovable*

MEDIO AMBIENTE Y DIRECTIVA DE SERVICIOS EN CASTILLA Y LEÓN

Íñigo Sanz Rubiales
Profesor Titular de Derecho Administrativo
Universidad de Valladolid

1. Medio Ambiente y Derecho comunitario

1.1 LA PROTECCIÓN DEL AMBIENTE COMO EXCEPCIÓN A LAS LIBERTADES COMUNITARIAS

“La disposición sobre la libre prestación de servicios –señala el Preámbulo de la Directiva 2006/123, n. 78– no impide que el Estado miembro en el que se presta el servicio aplique, de conformidad con los principios establecidos en el artículo 16, apartado 1, letras a) a c), sus requisitos específicos por razones de orden público o seguridad pública o para la protección de la salud pública o del medio ambiente”. Esta previsión se plasma en el articulado (art. 16.2): “*Los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios a requisitos que no respeten los principios siguientes: (...) b) necesidad: el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente*”. El medio ambiente, como criterio justificador de la aplicación de requisitos nacionales específicos a los servicios, se tiene en cuenta siempre conjuntamente con otros factores de excepcionalidad: como mínimo, el orden público, seguridad pública y salud pública. Es decir, no es el único factor de excepcionalidad.

Ahora bien, mientras que los otros tres criterios mencionados han sido delimitados por la jurisprudencia comunitaria desde la perspectiva del art. 46 del Tratado de la Comunidad, el medio ambiente no ha tenido dicho

tratamiento⁸¹². De ahí que sólo parcialmente pueda aplicársele lo que el Tribunal de Justicia ha dejado ya apuntado para otros conceptos jurídicos indeterminados.

En efecto, indudablemente los principios de orden, seguridad y salud pública son y deben ser interpretados restrictivamente, porque sirven para justificar una excepción respecto a una libertad esencial reconocida por el Tratado, por lo que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por el Estado que lo alega⁸¹³.

¿Y el medio ambiente? La protección ambiental no admite el mismo planteamiento, porque no se configura únicamente una excepción a la libre prestación de servicios, sino que constituye un fin de la Comunidad Europea y un objetivo secundario de la Directiva que aquí se comenta.

Tal y como establece la Directiva en su art. 4.8, "*razón imperiosa de interés general*" se puede definir como aquella "razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, *la protección del medio ambiente y del entorno urbano*, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del

⁸¹² Como señala la propia Comisión en el manual de transposición de la Directiva, "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 (...)". Cfr., COMISIÓN EUROPEA, *Manual sobre la transposición de la Directiva de servicios*, Luxemburgo 2007, n. 7131.

⁸¹³ Cfr., respecto del concepto de orden público, la STJCE de 4 de diciembre de 1974, *Van Duyn*, as. 41/74, n. 18, respecto a la libre circulación de trabajadores. Véase asimismo la sentencia de 27 de octubre de 1977, *Bouchereau*, as. 30/77, n. 33. En todo caso, 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: vid. en cuanto al orden público, la STJCE de 14 de octubre de 2004, *Omega*, as. C-36/02; y en materia de orden y seguridad públicos, la STJCE de 14 de marzo de 2000, *Église de Scientologie*, as. C-54/99, n. 17. Por lo que se refiere a la seguridad y la salud públicas, véase la STJCE de 14 de diciembre de 2006, *Comisión contra Austria*, as. C-257/05, apartado 25. Cfr., COMISIÓN EUROPEA, *Manual sobre la transposición...*, cit., n. 7131, p. 39.

patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural”⁸¹⁴.

Esta lista, en la medida en que recoge la jurisprudencia comunitaria sobre el particular, no es cerrada y, por lo tanto, admite futuras ampliaciones como consecuencia de la jurisprudencia comunitaria que se pueda seguir dictando en la materia.

Pero el Manual de Transposición de la Directiva, cuando alude al medio ambiente⁸¹⁵ como justificador de la imposición de requisitos nacionales a la libre prestación de servicios, no menciona jurisprudencia alguna del Tribunal de Luxemburgo, aunque establece algún criterio que debe tenerse en cuenta: tras afirmar la posibilidad enunciada en el art. 16.1 y 3 (“*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*”), ejemplifica algunos supuestos posibles de normas ambientales nacionales: protección contra la contaminación acústica (niveles máximos de ruido respecto al uso de cierta maquinaria), uso de sustancias peligrosas con vistas a la prevención de daños al medio ambiente, eliminación de residuos producidos en el curso de una actividad de servicios, etc.⁸¹⁶. Y, finalmente, establece un principio general de aplicación de la excepción:

⁸¹⁴ La *Exposición de Motivos* de la Directiva, en su cdo n. 40, alude al concepto de “razones imperiosas de interés general” con mayor extensión aún que la señalada en el art. 4.8. Incluye algunas materias afines al medio ambiente, no señaladas por el precepto citado. Así, se mencionan el “bienestar animal” y la “política veterinaria” (necesariamente vinculada a dicho bienestar animal: que podrían quedar englobadas en la “sanidad animal” del art. 4.8; pero también incluye la protección del medio ambiente y del entorno urbano “incluida la planificación urbana y rural”, que constituye un mero instrumento, una concreción y, por lo tanto, un criterio interpretativo, en su caso, de la “protección ambiental”).

⁸¹⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Manual sobre la transposición...*, cit., n. 7131, p. 41.

⁸¹⁶ En relación con las grandes superficies comerciales, “es posible –y razonable– que la ordenación del territorio, el urbanismo y, en su caso, el control medioambiental configuren razones e inspiren criterios que justifiquen la existencia de medidas –obtención de autorización específica– legales y administrativas limitadoras o condicionantes de la libertad de apertura de grandes establecimientos (...). Ahora bien, es evidente que, en ningún caso, la razón única y última que justifica la intervención estatal relativa a la instalación de grandes superficies será exclusivamente de carácter medioambiental. El control para la prevención del medio ambiente afectará a la injerencia que la actividad llevada a cabo por la gran superficie pueda tener sobre el medio ambiente y su sostenibilidad, pero eso es todo. La gran superficie se someterá a la normativa medioambiental del mismo modo en que lo hará cualquier otra actividad y lo será en función del riesgo medioambiental que suponga y en el contexto de las limitaciones y condiciones determinadas por el conjunto normativo regulador de la protección medioambiental” (VILLAREJO GALENDE, H., y SALVADOR ARMENDÁRIZ, M., “La Directiva de servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, n. 44 (2007), pp. 70-71).

“En todos estos casos ha de examinarse con detenimiento si la aplicación de los requisitos del Estado miembro anfitrión es *necesaria y proporcionada*”⁸¹⁷.

La *necesidad y proporcionalidad* de la medida exigible por motivos ambientales viene a confirmar las previsiones de la Directiva, tanto en lo que se refiere a la exigibilidad de un régimen de autorización previa (nacional) justificada en dichos principios (arts. 9 y 10 de la Directiva), como en lo que se refiere a la aplicabilidad de esos principios –junto con el de no-discriminación– a la excepción ambiental (art. 16.1 y 16.3 de la Directiva).

En todo caso, las imperiosas “razones de interés general” permiten la existencia de regímenes autorizatorios propios, no modificables por la Directiva; y su presencia ha tenido un importante efecto en el ámbito interno: la práctica inaplicación de la Directiva a nivel local, como consecuencia del hecho de que las competencias locales recaigan sobre todo en las materias urbanísticas y ambientales, y de seguridad y orden público⁸¹⁸.

1.2 ALGO MÁS QUE UNA EXCEPCIÓN

1.2.1 El medio ambiente como objetivo del TCE: en especial, el principio de prevención y la exigibilidad de controles intensos de la actividad privada con incidencia ambiental

La conservación y la protección del medio ambiente es una parte fundamental del interés general de la Comunidad y de los Estados miembros⁸¹⁹. De hecho, el medio ambiente esta “constitucionalizado” en el nivel comunitario

⁸¹⁷ Y añade un ejemplo de inexigibilidad del cumplimiento de una norma ambiental nacional: “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”.

⁸¹⁸ El dato señalado, así como el hecho de que la intervención local de actividades recaiga en gran parte sobre el establecimiento entendido como espacio físico, lleva a una reducida aplicación de los principios de la Directiva en el ámbito local: BULLEJOS CALVO, C., “Aplicación práctica de la Directiva de servicios en las ordenanzas locales. Formularios en las fases de identificación y evaluación de la normativa local afectada y sobre simplificación administrativa y ventanilla única”, *Revista electrónica CEMCI*, n. 3 (2009), p. 20.

⁸¹⁹ KRÄMER, L., *Derecho Medioambiental Comunitario*, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid 2009, p. 105.

desde el Acta Única Europea⁸²⁰. El vigente TUE (tras la aprobación de Lisboa) incluye la protección del medio ambiente entre los objetivos de la Unión: así, el art. 3.3 de la versión consolidada⁸²¹ establece:

“La Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, y en un nivel elevado de protección y mejora de la calidad del medio ambiente. Asimismo, promoverá el progreso científico y técnico”.

Y el art. 11 del Tratado de Funcionamiento de la UE, TFUE (antiguo art. 6 TCE) recalca lo señalado en el TUE:

“Las exigencias de la protección del medio ambiente deberán integrarse en la definición y en la realización de las políticas y acciones de la Unión, en particular con objeto de fomentar un desarrollo sostenible”.

Estas exigencias toman forma en el Título XX, relativo al medio ambiente (art. 191-193 del TFUE). Además de la consideración del medio ambiente como objetivo de la política comunitaria, la específica configuración de la política ambiental comunitaria justifica la efectiva existencia de excepciones a las previsiones de la Directiva Servicios. En concreto, el propio TFUE legitima la adopción de medidas ambientales más estrictas que las previstas por el Derecho comunitario derivado:

El art. 191.2 TFUE permite incluir, dentro de las medidas de armonización por razones estrictamente ambientales y en los casos apropiados *“una cláusula de salvaguardia que autorice a los Estados miembros a adoptar, por motivos medioambientales no económicos, medidas provisionales sometidas a un procedimiento de control de la Unión”*. Además, el art. 193 TFUE habilita a los Estados para incrementar la protección ambiental más allá de las exigencias comunitarias: *“Las medidas de protección adoptadas en virtud del artículo 192 no serán obstáculo para el mantenimiento y la adopción, por parte de cada Estado miembro, de medidas de mayor protección.”*

⁸²⁰ Cfr., MORENO MOLINA, A.M., *Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Marcial Pons, Madrid 2006, p. 27.

⁸²¹ DOUE C 115, de 9 de mayo de 2008.

Pero fundamentalmente, el reconocimiento de los principios de precaución y de prevención como informantes de la normativa ambiental comunitaria y, por lo tanto, estatal de desarrollo (art. 191.2 TFUE) obliga a desarrollar los instrumentos de control previos a las actividades que puedan tener incidencia ambiental⁸²². Desde esta perspectiva, la autorización se configura como la técnica característica de la prevención ambiental, junto con la evaluación ambiental. Y tiene la peculiaridad de que sus efectos no se agotan en el acto de emisión, sino que crea una relación de tracto sucesivo, que permite al poder público el control permanente sobre la actividad potencialmente peligrosa⁸²³.

De acuerdo con ello, la correcta aplicación de la política comunitaria no puede prescindir de la técnica autorizatoria ni admitir con carácter general su sustitución por otras técnicas que implican un menor control de la adecuación de la actividad privada (o, en su caso, pública) como la comunicación previa: evidentemente, en esta materia, la supresión de las autorizaciones o su conversión en comunicaciones previas será excepcional: no serán numerosas –no lo son, de hecho– las autorizaciones previas suprimidas como consecuencia de la transposición de la Directiva servicios.

Tampoco parece viable en esta materia la conversión del silencio administrativo negativo (que viene siendo la regla en los procedimientos en materia ambiental) por el silencio estimatorio, a pesar de que éste es el principio general establecido por la Ley 30/1992 y se estimula por la normativa de transposición de la Directiva⁸²⁴.

1.2.2 El medio ambiente como objetivo secundario de la Directiva

La exposición de Motivos de la Directiva alude al importante papel del medio ambiente dentro de los objetivos pretendidos por la propia Directiva: “a la hora de eliminar estas barreras –dice en el Cdo n. 1– es esencial velar por que

⁸²² Sobre la estrecha vinculación entre principio de prevención y de precaución, véase DE LEONARDIS, F., *Il principio de precauzione nell'Amministrazione di rischio*, Giuffrè Editore, Milano 2005, pp. 178-179; KRAMER, L., *Derecho medioambiental...*, cit., pp. 26-27.

⁸²³ Cfr., MORENO MOLINA, A.M., *Derecho comunitario del medio ambiente...*, cit., pp. 51 y 126.

⁸²⁴ El silencio positivo en relación con actividades de trascendencia ambiental podría ser contrario, en general, al principio de prevención del Tratado: cfr., SANZ RUBIALES, Í., *Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid 1997, p. 137.

el desarrollo de actividades de servicios contribuya al cumplimiento de la tarea, establecida en el artículo 2 del Tratado, de promover «*un desarrollo armonioso, equilibrado y sostenible de las actividades económicas en el conjunto de la Comunidad, (...) un alto nivel de protección y de mejora de la calidad del medio ambiente (...)*». Y sigue más adelante, señalando el interés evidente que la protección ambiental tiene entre los objetivos de la Directiva: además de la integración jurídica comunitaria y de la protección de los consumidores, «*la presente Directiva también tiene en cuenta otros objetivos de interés general, incluida la protección del medio ambiente (...)*».

Esta preocupación por la obtención de elevados estándares de protección ambiental estuvo presente a lo largo de la tramitación de la Directiva y ha quedado ya incluida en la regulación definitiva, que optó por eliminar el criterio del *país de origen*, también por el “dumping ambiental” que podía provocar⁸²⁵.

1.3 LA EXCLUSIÓN (INDIRECTA) DE ALGUNOS SERVICIOS AMBIENTALES DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

El art. 17 alude a diversos sectores materiales a los que la libre prestación de servicios no es aplicable (a los que califica como “excepciones adicionales a la libre prestación de servicios”). Dentro del listado ocupan el primer lugar los “*servicios de interés económico general*”, que después especifica indicativamente.

La Directiva menciona “*el tratamiento de residuos*” [art. 17.1 e)] y algunos servicios ambientales vinculados a las aguas, como “*los servicios de aguas residuales*” [art. 17.1 d)], ambos incluidos dentro de los “servicios de interés económico general”, y –ya fuera de éstos– “*el transporte de residuos*” (art. 17.11)⁸²⁶.

⁸²⁵ Cfr., CANTARO, A., “El trabajo en la Constitución europea. De Tocqueville a Bolkestein”, *Revista de Derecho constitucional europeo*, n. 5 (2006), p. 51.

⁸²⁶ “Por lo que se refiere al transporte de residuos, a los asuntos cubiertos por el Reglamento (CEE) no 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea”.

En el ordenamiento español, los servicios de aguas residuales (como también el suministro, aunque éste tiene un menor alcance ambiental⁸²⁷) se configuran como servicio público de titularidad municipal, que el Municipio puede prestar en gestión directa o bien entregar en gestión indirecta a un tercero⁸²⁸. Lo mismo cabe decir de algunos aspectos del tratamiento de residuos⁸²⁹. La LR permite la publicación de algunos aspectos de la gestión de los residuos (art. 12.2), como de hecho han llevado a cabo algunas leyes autonómicas: *"Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 4.3, las Comunidades Autónomas podrán declarar servicio público, de titularidad autonómica o local, todas o algunas de las operaciones de gestión de determinados servicios"*.

Y respecto del transporte de residuos, la razón de ser de su exclusión está en que el Reglamento regulador prevé determinadas obligaciones que han de cumplirse en el país de destino o de tránsito y que no se quiere que se vean afectadas por la Directiva "Servicios"⁸³⁰.

En todo caso, y de acuerdo con lo que viene siendo la interpretación jurisprudencial europea de las excepciones a las libertades comunitarias, éstas

⁸²⁷ Sobre la naturaleza de servicio público local del abastecimiento, véase ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M., *El abastecimiento de agua en España*, Thomson-Civitas, Madrid 2004, págs. 257 y ss; sobre las diferencias entre el suministro y el saneamiento, vid., pág. 244. Citando palabras de A. EMBID IRUJO, el recibo del agua es el único lugar de confluencia de ambos servicios ("Los servicios públicos del agua: su problemática jurídica con atención especial al abastecimiento y la depuración de las aguas residuales, *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n. 9 (1996), p. 17).

⁸²⁸ Sobre el carácter de servicio público local del saneamiento de aguas residuales puede verse, in extenso, SETUÁIN MENDÍA, B., *El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento español. Régimen Jurídico*, Lex Nova, Valladolid 2002, pp. 372 y ss., especialmente 390. Puede verse, igualmente, ÁLVAREZ CARREÑO, S., *El régimen jurídico de la depuración de aguas residuales urbanas*, Montecorvo, Madrid 2002, pp. 281 y ss.

⁸²⁹ Específicamente, la gestión de los residuos urbanos se configura como servicio público municipal (art. 4.3 y 12.2): cfr., ORTEGA BERNARDO, J., *Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales ante la gestión de los residuos urbanos*, Marcial Pons, Madrid 2003, pp. 212 y ss.

⁸³⁰ *Manual sobre la transposición...*, cit., n. 7.1.4., p. 45.

deben interpretarse restrictivamente: sólo se podrá aplicar la excepción a la libre prestación de servicios en los aspectos estrictamente necesarios⁸³¹.

2. Medio ambiente y derecho interno

2.1 LAS LIMITACIONES AMBIENTALES A LA ACTIVIDAD PRIVADA EN EL DERECHO INTERNO

El concepto de policía administrativa como técnica habilitadora de la intervención administrativa sobre la libertad y propiedad de los administrados para asegurar la satisfacción del interés general incluye el concepto de protección del medio ambiente (esto es, las limitaciones ambientales a la libertad de empresa)⁸³². Se trata de una policía “especial” o sectorial. Como señala MACERA, el deber de respetar el ambiente se configura como un límite objetivo, intrínseco y connatural a la libertad de empresa, pero necesariamente configurado por el legislador⁸³³.

Durante el s. XIX en el Estado liberal, el poder de policía tendía a garantizar la seguridad de personas y bienes, así como el ejercicio de derechos cívicos y políticos. Más tarde se va ampliando a otros fines, a medida que el Estado

⁸³¹ Véase, p. ej., la STJCE de 18 de mayo de 1995, *Comisión contra Italia*, as. C-57/94. “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”. En concreto, “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 (...)” (*Manual sobre la transposición...*, cit., n. 7.1.4., p. 43).

⁸³² En este sentido, MACERA TIRAGALLO, B.F., *El deber industrial de respetar el ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid 1998, págs. 289-290. Distingue este autor entre el llamado “orden público ecológico”, concepto que podría, quizá, ser útil para la protección de flora y fauna, y el orden público clásico, que incluiría las limitaciones (ambientales) a la libertad de empresa.

⁸³³ MACERA TIRAGALLO, B.-F., *El deber industrial de respetar el ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid 1998, p. 110. Es objetivo porque se impone, no en función del titular de la industria, sino por razón de la función que comporta el ejercicio de una actividad empresarial (op. cit., p. 111).

extiende su actividad a otros ámbitos: la protección de bienes públicos, la sanidad pública y, posteriormente, la ordenación de actividades económicas⁸³⁴. Pero actualmente, la actividad administrativa de ordenación y control va más allá de la mera defensa del orden público. Busca la seguridad, pero no sólo la seguridad ciudadana, sino también la alimentaria, la industrial, la del tráfico... Además pretende proteger determinados bienes colectivos: “es el caso, sobre todo, de la tutela del medio ambiente y la lucha contra el cambio climático, para la que se atribuyen a la Administración pública poderes de muy distinta naturaleza jurídica, pero más que nada potestades de ordenación y control de las actividades privadas [capaces] de dañarlo. Una parte cada vez más extensa e importante de las potestades administrativas de este tipo que prevé el ordenamiento vigente se relaciona directa o indirectamente con la tutela ambiental”⁸³⁵.

En definitiva, sin perjuicio de la enumeración característica de las “imperiosas razones de interés general” de la Directiva, a efectos internos, la protección del medio ambiente se configura como una manifestación más de la actividad de ordenación y control, que incluye, no sólo el orden público en sentido estricto, sino también la seguridad de diversas actividades y la protección de algunos bienes colectivos.

2.2 LA LEY ÓMNIBUS ESTATAL IMPONE DIVERSAS MODIFICACIONES DE LOS SERVICIOS AMBIENTALES

La denominada Ley “Ómnibus” en España (Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio” contiene –dentro del Título V, que lleva por encabezamiento “*Servicios medioambientales y de agricultura*”- un primer capítulo dedicado íntegramente a las necesarias modificaciones de diversas leyes ambientales, obligadas por la Directiva “ser-

⁸³⁴ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo. Parte General*, 5ª edic., Tecnos, Madrid 2009, pp. 634-635.

⁸³⁵ SÁNCHEZ MORÓN, M., *Derecho Administrativo...*, cit., p. 639.

vicios”; se trata de lo que la propia Ley califica como “servicios medioambientales”⁸³⁶.

Las modificaciones, tal y como establece el Preámbulo de la Ley, se concretan en la eliminación de diversos regímenes de autorización (cinco de ellos se sustituyen por declaraciones responsables, uno por comunicación previa y dos se suprimen totalmente). Adicionalmente –sigue diciendo la ley– “se eliminan requisitos prohibidos de carácter discriminatorio así como limitaciones territoriales, y se incluye el principio de concurrencia en la concesión de autorizaciones cuando se hace uso del dominio público”. En concreto:

- a) Se eliminan determinados requisitos de acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en los ámbitos de la pesca fluvial y la caza. Sobre esto hay que hacer una precisión: las leyes estatales de caza y pesca son auténticas “reliquias” preconstitucionales (la de pesca se acerca a los setenta años), de pura aplicación supletoria, por lo que la incidencia de la Directiva sobre ellas es puramente simbólica; por lo tanto, se trata de modificaciones sin ninguna trascendencia, cuya única misión real es recordar a las Comunidades Autónomas que ahí tienen regulaciones que posiblemente necesiten modificaciones.
- b) Incorporación de los principios de la Directiva (concurrencia, publicidad, imparcialidad y transparencia) en el acceso a las actividades de servicios en los casos en que se ha mantenido el régimen autorizador por motivos ambientales (normativa de costas, parques nacionales, montes, patrimonio natural y biodiversidad). Así, se modifica el art. 74.3 y 75.1 de la Ley de Costas, para asegurar el respeto de los principios de publicidad, objetividad, imparcialidad, transparencia y concurrencia competitiva en el otorgamiento de solicitudes de actividades de

⁸³⁶ Este capítulo I contiene los siguientes artículos: Artículo 28. Modificación de la Ley de 20 de febrero de 1942, por la que se regula el fomento y conservación de la pesca fluvial. Artículo 29. Modificación de la Ley 1/1970, de 4 de abril, de caza. Artículo 230. Modificación de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas. Artículo 31. Modificación de la Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias. Artículo 32. Modificación de la Ley 10/1998, de 21 de abril, de Residuos. Artículo 33. Modificación del texto refundido de la Ley de Aguas aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio. Artículo 34. Modificación de la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes. Artículo 35. Modificación de la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales. Artículo 36. Modificación de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad. Salvando la numeración, las modificaciones habidas en la tramitación parlamentaria han sido mínimas.

servicios o de concesiones y autorizaciones en el dominio público marítimo-terrestre; en el mismo sentido, se modifica la Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes (art. 15.5) para la concesión y autorización de actividades de servicios a realizar en montes demaniales, o la Ley 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales, a la que se añade un nuevo art. 13 bis, relativo a los principios para la concesión y autorización de actividades de servicios a realizar en un Parque Nacional; también la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, de Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, cuyo art. 58.4 ha quedado modificado para incluir los principios a que debe someterse el otorgamiento de autorizaciones y concesiones.

- c) Sustitución de la autorización por declaración responsable o comunicación, en los supuestos en que es posible un nivel similar de protección ambiental: en el acceso a usos comunes especiales de aguas –art. 51 LA–, aunque lógicamente, en lo que se refiere a las autorizaciones de vertidos (que podrían calificarse como usos comunes⁸³⁷), la situación permanece inalterada; en la navegación recreativa en embalses (art. 78 LA); y en las vías pecuarias, donde se sustituyen las autorizaciones de circulación de vehículos a motor y de instalaciones, siempre que estén vinculadas a actividades de servicios, por declaraciones responsables (arts. 16.1 y 17.2), con la salvedad posible de exigir la autorización correspondiente cuando se refiera a vías pecuarias que atraviesen montes en épocas de riesgo de incendio.

También –aunque ya dentro del ámbito de los “Servicios de agricultura” del capítulo II–, se sustituye la autorización por comunicación para el desarrollo de la explotación lucrativa de la pesca recreativa marítima (art. 37 de la Ley 3/2001, de 26 de marzo, de Pesca Marítima del Estado).

Finalmente, se sustituye la autorización de operaciones de gestión de residuos no peligrosos distintas de la valoración o eliminación por una simple comunicación a los efectos de su registro por la Administración autonómica (art. 15 LR).

⁸³⁷ SANZ RUBIALES, Í., *Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid 1997, pp. 38-39; CASADO CASADO, L., *Los vertidos en aguas continentales. Las técnicas de intervención administrativa*. Comares, Granada 2004, p. 26.

- d) Ampliación del ámbito territorial de las autorizaciones. La modificación operada de la Ley de Residuos mantiene las autorizaciones de gestión de residuos, pero amplía el ámbito territorial de aplicación: sin sustraer la competencia a la Comunidad Autónoma (porque no puede atentar contra el criterio constitucional de distribución de competencias), extiende la validez de las autorizaciones de valorización o eliminación de residuos para todo el territorio español (cfr., art. 13.1 Ley 10/1998).

De todo esto queda claro que, por una parte, la mayor parte de las autorizaciones ambientales se mantienen inmodificadas. No en vano, como se vio más arriba, el medio ambiente se configura como una importantísima excepción a las libertades promovidas por la Directiva.

Por otra parte, aunque es cierto que la legislación básica –reguladora de los controles ambientales de la actividad privada– es de competencia estatal, el hecho de la “excepción ambiental” ha impedido que esta regulación de la Ley ómnibus estatal tenga un alcance mayor.

Finalmente, sólo una mínima parte de la actividad ambiental recae bajo la responsabilidad de la Administración estatal: de acuerdo con el reparto de competencias derivado del bloque de constitucionalidad, la ejecución ambiental corresponde, en principio, a las Administraciones autonómicas (con las excepciones previstas por las propias leyes de las Comunidades Autónomas cuando transfieren competencias a las Entidades Locales).

En conclusión, el ámbito de modificación de los controles ambientales que se deja a la normativa autonómica es escaso; la legislación de la Comunidad Autónoma *podrá* simplificar la regulación contenida en sus normas que no constituyan desarrollo de legislación básica y *deberá* adecuar sus normas de desarrollo en el estricto sentido establecido por la Ley ómnibus estatal en cuanto referida a legislación básica. Con estos ingredientes, poco puede hacer la Comunidad Autónoma en esta materia. No obstante, la reciente aprobación del Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León, tiene algo que mostrar.

3. Las modificaciones de la normativa sobre servicios ambientales en Castilla y León

Tarde, apurando los plazos, la Comunidad Autónoma ha dictado la normativa con fuerza de Ley de transposición de la Directiva 2006/123 en el territorio de Castilla y León y de desarrollo de la ley estatal 17/2009, de 23 de noviembre. Y lo ha hecho mediante un Decreto-Ley (el 3/2009, de 23 de diciembre, de *Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León*).

En el reparto de materias, el Decreto-Ley dedica el Título IV a los “Servicios Medioambientales”, justificado, según la Exposición de Motivos, en las competencias exclusivas en materia de caza (art. 70.1.17º y 35º EACYL) y de “normas adicionales de protección” (art. 70.1.35º EACYL)⁸³⁸.

Sin perjuicio de la derogación del capítulo III relicto de la vieja Ley de Impacto Ambiental (vid., *infra*), únicamente tres son las leyes autonómicas modificadas por el Decreto-Ley de Impulso en su capítulo sobre “*Servicios Ambientales*”, de acuerdo con lo que ya planteaba en su momento el borrador de Anteproyecto:

- > La ley 4/1996, de 12 de julio, de Caza.
- > La Ley 11/2003, de 8 de abril, de Prevención Ambiental.
- > La Ley 5/2009, de 4 de junio, del Ruido.

3.1 LAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE CAZA: UNA INCIDENCIA SÓLO INDIRECTA EN EL DESARROLLO DE LA ACTIVIDAD CINEGÉTICA

La Ley de Caza no se puede calificar como una norma “ambiental”. En efecto, regula actividades (fundamentalmente lúdicas y deportivas) que se desarrollan en un entorno natural, pero que no se incluyen en la materia

⁸³⁸ Una crítica sobre esta última cláusula de “exclusividad” puede verse en: SANZ RUBIALES, Í., “Medio Ambiente”, VV.AA., *Derecho Público en Castilla y León*, Lex Nova, Valladolid 2007, p. 968, porque aunque se le denomine en el Estatuto como competencia exclusiva, el establecimiento de normas adicionales de protección se configura como manifestación de las políticas propias que, en todo caso deben respetar las normas ambientales básicas, obligatorias y mínimas para todas las Administraciones públicas. En definitiva, se le puede calificar como exclusiva, pero se comporta como competencia de desarrollo legislativo.

"medio ambiente", por lo que la actividad cinegética no sigue el criterio de distribución competencial normativa básica estatal-desarrollo y ejecución autonómica (cfr. art. 149.1.23º CE), sino que se ha asumido como "exclusiva" por los Estatutos respectivos (específicamente, por el Estatuto de Castilla y León: art. 32.1.9º)⁸³⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, y habida cuenta de que el Decreto-Ley incluye las modificaciones de la Ley de Caza en los denominados "servicios medioambientales", hay que aludir a la regulación afectada. La principal modificación de la Ley de caza consiste en la eliminación de los regímenes de autorización de las granjas cinegéticas (es la única a la que se alude en la Exposición de Motivos), pero el articulado modifica en profundidad no sólo el régimen jurídico de dichas granjas⁸⁴⁰ (art. 54), sino también de los palomares industriales, a los que aplica el mismo régimen de registro y funcionamiento que las granjas, con algunas peculiaridades (art. 57.1). La autorización se sustituye por una declaración responsable (art. 54.3); pero la supresión de dicho control previo se compensa necesariamente con un reforzamiento de la regulación reglamentaria (art. 54.2, 54.5), de la potestad inspectora y de control (art. 54.6) y de la sancionadora para los casos en que se aprecie incumplimiento de la regulación por parte de los titulares de las granjas (art. 74.4, 75.22, 22 bis y 23).

Además de lo ya señalado, se introducen otras modificaciones en la Ley de caza, condicionadas en buena medida por la regulación de las granjas; así, se suprime la previa autorización administrativa para el ejercicio de la caza intensiva, que es la que se ejercita sobre piezas de caza procedentes de explotaciones industriales, liberadas al efecto (art. 56) y para la conducción y suelta de piezas de caza vivas (en este caso, se sustituye por una comunicación previa: art. 60.1) y se establecen nuevos tipos sancionadores referidos a la realización de estas actividades incumpliendo la regulación legal (art. 75.27)⁸⁴¹.

⁸³⁹ SANZ RUBIALES, Í. "Medio Ambiente", op. cit., p. 965. Véase, al respecto, la STC 102/1995, FJ 30.º.

⁸⁴⁰ Las granjas cinegéticas son aquellas cuya finalidad es la producción intensiva de especies cinegéticas para su comercialización vivas o muertas (cfr., art. 54.1 Ley 4/1996).

⁸⁴¹ En relación con la introducción de especies de caza, autóctonas o alóctonas o la reintroducción de las extinguidas, aunque puede mejorar el hábitat cinegético, implica riesgos importantes: de ahí su tradicional sometimiento al régimen de autorización administrativa, para "garantizar la conservación de la diversidad genética": LAGUNA DE PAZ, J.C., *Libertad y propiedad en el Derecho de Caza*, Marcial Pons, Madrid 1997, p. 251.

3.2 LAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE PREVENCIÓN AMBIENTAL: EL NÚCLEO ESENCIAL DE LA REFORMA

Las modificaciones introducidas en la Ley de Prevención Ambiental se pueden clasificar en varios grandes apartados:

3.2.1 Las modificaciones del régimen de licencias y autorizaciones ambientales:

■ A. *La sustitución de las licencias de apertura y autorizaciones de puesta en funcionamiento por comunicaciones previas*

Sin duda alguna, las modificaciones más importantes desde la perspectiva ambiental incluidas en el Decreto Ley son las referidas a las licencias y autorizaciones ambientales, reguladas en la Ley 11/2003, de Prevención Ambiental.

De acuerdo con el esquema tradicional, una vez otorgada la autorización o licencia ambiental, es preciso obtener la autorización de puesta en marcha de la actividad en cuestión, con carácter previo al inicio de dicha actividad.

La autorización ambiental precisa de la denominada "*autorización de inicio de la actividad*" (de competencia autonómica) y la licencia ambiental, de la "*licencia de apertura*", que corresponde al Alcalde otorgar (art. 33.1 LPrA). Ambas tienen un tratamiento común en la Ley (salvo en lo que se refiere al órgano competente) y, en el caso de inactividad, se rigen por el silencio positivo (un mes o dos, en función de que se trate de licencia o autorización: art. 36.1 LPrA).

Como ya se señaló en su momento⁸⁴², a la luz de la necesidad de transponer la Directiva 2006/123, "servicios", en el ordenamiento español y, específicamente, en el ordenamiento autonómico, podría plantearse la conversión de estas dos autorizaciones de puesta en marcha en comunicaciones previas; planteamiento que ha asumido el legislador regional, de acuerdo con el "enfoque ambicioso", que vaya más allá de lo estricto-

⁸⁴² "Régimen de las autorizaciones y licencias ambientales (el papel de los entes locales en la emisión de autorizaciones y licencias ambientales)", CIEDA, Soria, 18 de junio de 2009 (en prensa).

tamente obligado por el propio texto de la Directiva, como señala la *Exposición de Motivos* de la Ley “paraguas” estatal. Más aún: la misma *Exposición de Motivos* recuerda que “no está justificada una autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador para facilitar, si es necesario, el control de la actividad”. De acuerdo con ello, la sustitución de la autorización por la comunicación previa debería aplicarse en todos los procedimientos que tengan repercusión directa sobre la calidad de vida de los ciudadanos, siempre que no se perjudique el interés general. Desde esta perspectiva, el nuevo art. 33 LPrA está justificado en la medida en que sustituye la autorización de inicio de actividad y la licencia de apertura (esto es, “segundas autorizaciones” dirigidas a la comprobación de los condicionamientos de las primeras) por la comunicación previa.

De esta forma se evita la reiteración autorizatoria: no debe olvidarse que la licencia ambiental y la autorización ambiental (integrada) constituyen autorizaciones previas imprescindibles para el desarrollo de las actividades a ellas sometidas. Incluyen condicionamientos de la instalación que debe cumplir el interesado, y cuyo cumplimiento debe asegurar la Administración: la emisión de la autorización de inicio de actividad y de la licencia de apertura posibilitan la entrada en funcionamiento de la actividad tras constatar dicho cumplimiento por la instalación, constatación que se plasma en el “acta de comprobación”. Un dato que hay que tener en cuenta en todo caso es que ambas autorizaciones de entrada en funcionamiento se rigen por *silencio positivo* como se vio más arriba (art. 36 LPrA)⁸⁴³: a la luz de esta previsión, parece lógico sustituir la autorizaciones por comunicaciones previas, porque los efectos son, en principio, similares⁸⁴⁴.

Otro dato fáctico de interés que justifica el cambio de régimen jurídico es el que pone de manifiesto RUIZ DE APODACA, con referencia a la autorización de puesta en funcionamiento de las autorizaciones integradas:

⁸⁴³ Cfr., BELLO PAREDES, S., y MEDINA ARNÁIZ, T., “Las autorizaciones administrativas en la legislación ambiental de Castilla y León”, en VV.AA., *Derecho Ambiental en Castilla y León*, Tirant lo blanch, Valencia 2009, pp. 132-133.

⁸⁴⁴ Sobre las similitudes y diferencias entre unas y otras, véase LAGUNA DE PAZ, J.C., *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Madrid 2006, p. 95.

en muchos casos esta licencia se acaba obteniendo por silencio positivo ante la inactividad de la Administración, que no realiza la correspondiente visita rigurosa de comprobación⁸⁴⁵. Por lo tanto, se trata de una licencia o autorización, en buena medida, “en desuso”, que está pidiendo a gritos una regulación jurídica adaptada a la situación real y que no suponga una reducción de los controles imprescindibles.

Lógicamente, la sustitución de la autorización por la comunicación previa va acompañada de un conjunto de cautelas para garantizar que el interés general (básicamente, ambiental) no sufra menoscabo por la modificación de régimen jurídico. En este sentido, se potencia la información documental complementaria a la comunicación de inicio de la actividad (art. 34) y el régimen sancionador (art. 74.3 h) e i) LPrA).

■ **B.** *El intento de mantener el régimen de las autorizaciones con un mero cambio nominativo: ¿“que todo cambie para que todo siga igual”?*

En todo caso, la nueva regulación no es tal: se ajusta excesivamente a los términos de la regulación derogada. En efecto, llama la atención la cautela (desconfianza) con que el legislador autonómico ha asumido la nueva técnica de la comunicación previa, sustitutoria de la vieja autorización: el nuevo art. 35 LPrA impone una condición –y no un término– para el inicio de las actividades comunicadas. Así, una vez comunicada la puesta en marcha, “*las actividades... no podrán iniciar su actividad productiva hasta que la Administración Pública compruebe... que las instalaciones realizadas se ajustan al proyecto aprobado y a las medidas correctoras impuestas*”. Es decir, el nuevo régimen es idéntico al de la autorización: exige una actuación positiva de la Administración para la licitud del desarrollo de la actividad. En definitiva, el cambio producido es mínimo: de un acto administrativo declarativo de voluntad (autorización) se pasa a un acto administrativo declarativo de conocimiento (comprobación).

La proximidad al viejo régimen se confirma con la regulación del silencio, como consecuencia de la inactividad administrativa (antes, por no emitir el acto expreso autorizador; ahora, por no emitir el acto expreso de

⁸⁴⁵ RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A., “La autorización ambiental integrada”, en VV.AA. (dir.: J. ALENZA GARCÍA), *Comentarios a la Ley foral de Intervención para la Protección Ambiental (Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo)*, Gobierno de Navarra, Pamplona 2006, p. 126.

comprobación). En efecto, dice el art. 35 nuevo: "*transcurrido dicho plazo [de un mes] sin haberse notificado resolución expresa, el titular podrá iniciar la actividad (...)*".

A mayores, la nueva regulación incluye la cláusula que impide adquirir facultades por silencio *contra legem*, típica de las autorizaciones administrativas (fundamentalmente urbanísticas –actualmente, art. 8 TRLS– y medioambientales⁸⁴⁶), que se traslada al nuevo régimen de comunicaciones previas (art. 36 LPrA). Pero resulta innecesaria y absurda, como se puede colegir de la redacción del precepto legal:

"La comunicación de inicio de la actividad no concede facultades al titular en contra de las prescripciones de esta Ley, de sus normas de desarrollo y de la legislación sectorial aplicable o de los términos de la autorización o licencia ambiental".

Como se ve, se está sustituyendo la autorización otorgada por silencio positivo por la comunicación previa; pero la autorización es un acto administrativo y la comunicación un acto privado del solicitante. La autorización, como acto de autoridad del poder público, puede otorgar o reconocer derechos (declararlos) de terceros: de ahí que el ordenamiento prohíba, en ocasiones, las autorizaciones silentes *contra legem*; la comunicación como acto meramente privado no tiene efectos jurídicos sustantivos sobre la licitud del propio derecho (los tiene únicamente procedimentales: está configurado como carga para el ejercicio lícito de una determinada actividad que habilita a la Administración para el ejercicio de una actividad de comprobación).

En efecto, el administrado no goza de poderes de autotutela, por lo que la mera intención declarada de llevar a cabo una actividad (que eso es la comunicación previa, en este caso) no puede conceder facultades de ningún tipo.

Si lo que el legislador buscaba –como parece ser– era evitar que la inactividad administrativa posibilitase el ejercicio de actividades contrarias a la legalidad, lo que debería haber hecho es decirlo: en vez de atribuir a la comunicación un hipotético poder público del que carece, debería haber

⁸⁴⁶ Vid., por todos, SANZ RUBIALES, Í., "Silencio administrativo y prohibición de adquirir licencias contrarias al ordenamiento urbanístico", *RAP* n. 171 (2006), pp. 181 y ss.

adoptado las cautelas respecto de la inactividad administrativa: *"la ausencia de resolución expresa en el plazo de un mes no concede facultades al titular..."*.

En definitiva, se trata de una cláusula que sobra, porque es sabido que una actividad privada sustancialmente contraria al ordenamiento no queda convalidada por una comunicación del mismo particular.

■ C. Otras novedades: la flexibilización del régimen de licencias ambientales

En la línea de flexibilizar el régimen de las licencias ambientales se sitúan algunas otras modificaciones de la LPrA, que no constituye en este punto desarrollo de la legislación básica estatal: así, el nuevo art. 8.2 impone el deber de notificar anualmente los datos de las emisiones en los casos exigidos por la normativa básica estatal (antes se exigía a todos los titulares de instalaciones sometidas a la ley autonómica); igualmente, se confirma el carácter indefinido de la vigencia de todas las licencias ambientales (nuevo art. 38 LPrA), frente a la posibilidad de que algunas licencias ambientales –las determinadas reglamentariamente– se sometiesen al plazo máximo de ocho años, como las autorizaciones ambientales, tal y como preveía la regulación anterior (art. 39.1).

3.2.2 Las modificaciones en materia de Evaluación de Impacto Ambiental

Así como el régimen de licencias de apertura y de autorizaciones de entrada en funcionamiento es similar al de otras Comunidades Autónomas (no en vano la regulación de la Ley 11/2003 es hija del RAMINP, a través de la Ley 5/1993, de Actividades Clasificadas, las modificaciones sobre la regulación de la materia de Evaluación de Impacto Ambiental son específicamente castellano leonesas, porque fue nuestra Comunidad Autónoma la que estableció un mayor rigor en la regulación de los redactores del Estudio de Impacto Ambiental (con mayores exigencias que en el ámbito estatal), primero a través de la Ley de Impacto Ambiental de 1994 (después en la Ley de Prevención Ambiental) y posteriormente, mediante el desarrollo reglamentario. Este último debe entenderse derogado en su capítulo III y su art. 22 por virtud de la fuerza de Ley del Decreto-Ley y tal y como declarara su Disposición Derogatoria (DD única, 2. i)).

La incidencia del Decreto-Ley 3/2009 en la materia consiste básicamente en la supresión de los requisitos de los equipos redactores de los Estudios de Impacto (establecidos en su momento para asegurar un mínimo de calidad técnica de los trabajos, habida cuenta de que la Administración se basa en ellos para la Declaración⁸⁴⁷) y en la supresión de la obligación de registro de los equipos, que la Ley configuraba como requisito de validez de la evaluación (art.47.3)⁸⁴⁸. La nueva regulación no elimina, sin embargo, la responsabilidad de los equipos redactores respecto del contenido y fiabilidad de los estudios, tal y como sigue reconociendo el art. 48 LPrA.

Ahora bien, el legislador autonómico ha querido aprovechar esta modificación de la Ley para mejorar técnicamente la redacción de la disposición atributiva de la competencia para dictar la Declaración de Impacto Ambiental y resolver, así, algunos problemas interpretativos que generaba su redacción. Queda clara ahora la competencia de la Consejería cuando los proyectos afecten a más de una provincia (art.46.3) y cuando los órganos sustantivos con competencia para aprobar los proyectos sometidos no pertenezcan a la Administración estatal (art. 46.1 en relación con el art. 4.2 TRLEIA). Y, en todo caso, se mantiene la competencia de la Consejería de Medio Ambiente para los proyectos del Anexo III y la Delegación Territorial de la provincia respectiva para los proyectos del Anexo IV.

3.2.3 Las modificaciones de las auditorías ambientales

La legislación castellano leonesa fue una de las primeras en incorporar a sus técnicas jurídico-ambientales la novedosa técnica de la auditoría ambiental. Las auditorías ambientales se configuran como instrumentos de mercado para estimular la gestión industrial ambientalmente limpia. Son procesos de

⁸⁴⁷ SANZ RUBIALES, Í., "La evaluación de impacto ambiental de proyectos. Algunos problemas de su régimen jurídico", *Revista Jurídica de Castilla y León*, n. 9 (2006), págs. 223-224. Vid., igualmente, FERNÁNDEZ DE GATTA, D., "El régimen jurídico de las evaluaciones de impacto ambiental, las evaluaciones estratégicas y las auditorías ambientales en Castilla y León", *Derecho Ambiental en Castilla y León*, Tirant lo blanch, Valencia 2009, p. 197-198.

⁸⁴⁸ Y también en el Reglamento que, de acuerdo con la previsión legal, establecía en sus arts. 11 a 17 (ahora derogados) los requisitos de los equipos redactores del Estudio: composición, homologación y acreditación personal de los integrantes y procedimiento para lograrlo, registro de equipos.

evaluación sistemática, externa y periódica de la gestión ambiental de la empresa, encaminados a la realización de un informe escrito, que diagnostique su situación ambiental.

Aunque la Exposición de Motivos del Decreto-Ley alude a determinadas modificaciones del régimen de auditorías ambientales, dicha incidencia no aparece en el articulado de la Ley. En concreto, la Exposición de motivos, cuando se refiere al contenido del Título IV (“Servicios Medioambientales”), termina diciendo:

“Por último, se eliminan determinadas cargas administrativas en relación con las actividades desarrolladas en el ámbito de la Comunidad, como es el caso de la realización obligatoria de auditorías medioambientales”.

Sin embargo, la eliminación de las cargas administrativas vinculadas a las auditorías obligatorias ha operado mediante la Disposición Derogatoria Única (n. 3), que declara derogado a) el *Texto Refundido de la Ley de Evaluación Ambiental y Auditorías ambientales de Castilla y León*, aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 18 de mayo y g) El *Decreto 129/1999, de 17 de junio, por el que se aprueba el Reglamento de auditorías ambientales de Castilla y León*. Lo único vigente de dicha Ley –no derogado por la Ley de Prevención Ambiental pero sí por el Decreto-Ley 3/2009- era el Título III, que regulaba las evaluaciones estratégicas y las ecoauditorías, desarrollado por el Reglamento de Auditorías, aprobado por Decreto 129/1999, de 17 de junio.

Ahora bien, el problema es que, en lo que se refiere a las auditorías ambientales, el título III de dicha Ley regula, no sólo las auditorías ambientales obligatorias para las empresas de los sectores incluidos en el Anexo III de la Ley (art. 22.1), sino también las “ordinarias” (voluntarias, cuya realización se incentiva mediante la posibilidad de obtener determinadas ventajas: ayudas)⁸⁴⁹. Y al operar la derogación sobre todo lo que quedaba del Texto Refundido, junto con las obligatorias ha suprimido las voluntarias. En todo caso, eso sí, las voluntarias pueden someterse a la regulación reglamentaria comunitaria.

⁸⁴⁹ Cfr., sobre esta regulación, ya derogada, FERNÁNDEZ DE GATTA, D., “El régimen jurídico de las Evaluaciones de Impacto Ambiental, las Evaluaciones estratégicas y las auditorías ambientales en Castilla y León”, cit., pp.222 y ss.

3.3 LAS MODIFICACIONES DE LA LEY DEL RUIDO (LEY 5/2009, DE 4 DE JUNIO, DEL RUIDO DE CASTILLA Y LEÓN)

Lo que más llama la atención de esta modificación es lo reciente de la Ley modificada. Si la Ley regional del ruido es de junio de 2009, la modificación es de diciembre: quedó parcialmente obsoleta en seis meses.

La Ley del Ruido de Castilla y León constituye un desarrollo de la Ley básica estatal 37/2003, de 17 de noviembre, del Ruido. Pero las modificaciones de la Ley no derivan de la legislación básica del Estado, sino de las opciones asumidas por la Comunidad Autónoma: de hecho, la Ley “ómnibus” estatal –que incide en diversas leyes básicas– no afecta a la Ley del Ruido estatal.

La principal modificación operada por la Ley autonómica es el cambio de régimen jurídico de las denominadas “Entidades de Evaluación Acústica”, que son organismos colaboradores, acreditados por la ENAC para el desarrollo de actividades técnicas de medición de sonidos. Para desarrollar su actividad en Castilla y León, estas Entidades necesitaban, según el art. 18.2 de la Ley, una autorización de la Consejería de Medio Ambiente; esta autorización previa ha sido sustituida por una “declaración responsable” donde deben manifestar el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio de la actividad.

Junto con el cambio de habilitación, se modifican también otros controles, para compensar la pérdida del control previo operado por la autorización ambiental derogada (incremento de la densidad sancionadora: art. 53.2; desarrollo minucioso de los requisitos de funcionamiento: Anexo VI, etc.).

3.4 ALGUNAS AUSENCIAS: LAS MODIFICACIONES DE LAS LEYES AUTONÓMICAS DE DESARROLLO DE LEYES BÁSICAS MODIFICADAS POR LA LEY ÓMNIBUS

Como se vio más arriba, la Ley ómnibus estatal modifica diversas leyes ambientales del Estado; algunas de ellas –como las reguladoras del dominio público costero (Ley de Costas) o hidráulico (Ley de Aguas)– no responden a competencias básicas, sino exclusivas del Estado y, por lo tanto, no son susceptibles de desarrollo autonómico. Otras, como la Ley de Vías Pecuarias o la Ley de Residuos, carecen de Ley de desarrollo en Castilla y León, con lo que tampoco se plantea mayor problema.

Pero hay un tercer grupo de Leyes modificadas que sí que están desarrolladas en Castilla y León por normas con rango de Ley: la Ley estatal 43/2003, de 21 de noviembre, *de Montes* (desarrollada por Ley 3/2009, de 6 de abril, *de Montes de Castilla y León*) y la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, *del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad*, desarrollada por la Ley 8/1991, de 10 de mayo, *de Espacios Naturales de la Comunidad de Castilla y León*. En ambos casos, se modifican algunos párrafos relativos al otorgamiento de autorizaciones o concesiones para desarrollar servicios⁸⁵⁰.

Sin embargo, otras leyes modificadas sí que pueden ser desarrolladas por las Comunidades Autónomas.

Pues bien, una modificación en una Ley básica desplaza e impide la aplicación de la legislación autonómica de desarrollo que contradiga dicha redacción, que se convierte en “inconstitucional”.

3.5 OTRAS MODIFICACIONES EN PROYECTO

No se trata de servicios: se trata de actividades industriales o realización de proyectos (normalmente, de infraestructura). No son actividades que se incluyan en el ámbito de aplicación de la Directiva. Pero se incardinan en la línea de simplificación de procedimientos impulsada por la Directiva, dentro de ese “enfoque ambicioso” que pretende extenderse mucho más allá del estricto ámbito de aplicación de la norma comunitaria.

Hay que destacar la omisión del legislador autonómico, como consecuencia de la pasividad del legislador básico estatal en la simplificación de algunos trámites ambientales o vinculados a actividades con una fuerte incidencia ambiental; una de estas regulaciones ha sido propuesta por la normativa comunitaria; otra, planteada ya para ser tramitada por el Parlamento, pero ninguna plasmada en Derecho positivo estatal. Son, fundamentalmente dos: la evaluación de impacto ambiental y la agilización del proceso de legalización de instalaciones de energías renovables. Vamos por partes:

⁸⁵⁰ También se autocalifica como básica la modificada Ley estatal 5/2007, de 3 de abril, de la Red de Parques Nacionales (cfr., DF 1ª) pero por su contenido no resulta apta para su desarrollo legislativo autonómico.

3.5.1 La simplificación de trámites en la Evaluación de Impacto Ambiental

El nuevo proyecto de Ley de Evaluación de Impacto Ambiental en tramitación en las Cortes Generales se adapta a la posible sustitución de autorizaciones por comunicaciones previas en la legalización de proyectos que estén sometidos, en virtud de la normativa aplicable, a Evaluación de Impacto Ambiental, de tal forma que la simplificación de trámites “sustantivos” no reduzca el alcance del necesario control ambiental previo.

Ya alude a ello la DA 5ª de la Ley estatal 25/2009, de 22 de diciembre, cuando establece:

“Cuando, de acuerdo con esta Ley, se exija una declaración responsable o una comunicación para el acceso a una actividad o su ejercicio y una evaluación de impacto ambiental, conforme al Texto Refundido de la Ley de Impacto Ambiental de proyectos, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2008, de 11 de enero, o a la normativa autonómica de desarrollo, la declaración responsable o la comunicación no podrá presentarse hasta haber llevado a cabo dicha evaluación de impacto ambiental y, en todo caso, deberá disponerse de la documentación que así lo acredite”.

Estamos ante una cautela de la Ley, que quiere impedir la inaplicación de la normativa de Impacto Ambiental a aquellos proyectos sometidos a evaluación según las leyes y que, por mor de la simplificación procedimental, no tengan que ser ya “aprobados” o “autorizados” (cfr., art. 2.2 TRLEIA), sino simplemente “comunicados” o “declarados”. Como señala RIVERO ORTEGA, “sugerida por el Dictamen del Consejo de Estado, esta disposición despeja la duda del mantenimiento de los necesarios controles de este tipo, al margen de la sustitución de las autorizaciones por técnicas menos incisivas. De lo contrario, para cumplir una norma europea estaríamos vulnerando otras, lo cual no resulta aceptable”⁸⁵¹.

⁸⁵¹ RIVERO ORTEGA, R., “Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus”, VV.AA., *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios*. Libro Marrón, Círculo de empresarios, Madrid, octubre 2009, p. 347.

Con la DA 5ª de la Ley estatal se hace necesario adaptar el TRLEIA –y, posteriormente, la legislación autonómica de desarrollo– a las nuevas condiciones de evaluación. Esto lo hace, en concreto, el Proyecto de Ley de 31 de julio de 2009, n. 121/000033, “Proyecto de Ley de modificación del texto refundido de la ley de evaluación de impacto ambiental de proyectos, aprobado por el R D Legislativo 1/2008, de 11 de enero), que alude a la Directiva 2006/123 y a su DA 5ª en la Exposición de Motivos⁸⁵². Tras dicha justificación, las modificaciones en el articulado responden a esa supresión de trámites con mantenimiento de controles ambientales: En concreto, se añade un nuevo art. 18 bis al TRLEIA que dice lo siguiente:

«Artículo 18 bis. Proyectos sometidos a comunicación o declaración responsable.

“Cuando, de acuerdo con la ley, se exija una declaración responsable o una comunicación para el acceso a una actividad o su ejercicio y una evaluación de impacto ambiental, la declaración responsable o la comunicación no podrá presentarse hasta haber llevado a cabo dicha evaluación de impacto ambiental y, en todo caso, deberá disponerse de la documentación que así lo acredite. Carecerá de validez y eficacia a todos los efectos la declaración responsable o la comunicación relativa a un proyecto que no se ajuste a lo determinado en la declaración de impacto ambiental o en la resolución de no sometimiento a evaluación de impacto ambiental.»

⁸⁵² “Por otra parte, la liberalización en el sector de los servicios a que responde la Directiva 123/2006/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior, implica un cambio de orientación en el régimen de intervención administrativa, mediante la supresión de un gran número de autorizaciones administrativas que son sustituidas por una comunicación o declaración responsable del prestador por la que manifiesta cumplir todos los requisitos legales a que se condiciona el ejercicio de la actividad.

La disposición adicional quinta de la Ley (...) establece una cláusula de salvaguarda de la necesidad de declaración de impacto ambiental de aquellos proyectos de actividades u obras que, en virtud de la citada Ley dejan de quedar sometidos al régimen de autorización administrativa y señala que dicha declaración de la evaluación de impacto ambiental deberá ser previa a la presentación de la declaración responsable sustitutoria de la autorización, debiendo disponerse de la documentación que así lo acredite.

Por este motivo, resulta preciso introducir las adaptaciones en la presente Ley que permitan identificar a la administración sustantiva que asumirá las competencias y facultades legales en la tramitación de la declaración de impacto ambiental en los proyectos objeto de declaración de impacto ambiental no sometidos a autorización o aprobación administrativa. Se procede de esta forma a dar una nueva definición de órgano sustantivo incluyendo, en los procedimientos sometidos a comunicación o declaración responsable, al órgano de la Administración ante la que haya de presentarse dicha comunicación o declaración”.

Con carácter complementario es preciso también modificar el concepto de órgano sustantivo, porque con la reducción de trámites no va a ser únicamente el que autorice o apruebe un proyecto, sino también el competente para recibir la correspondiente comunicación previa del sujeto que pretende realizar la actividad. Así, el artículo Uno establece una nueva redacción del art. 2.2 del TRLEIA:

«2. Órgano sustantivo: aquel órgano de la Administración pública estatal, autonómica o local competente para autorizar, para aprobar o, en su caso, para controlar la actividad a través de la declaración responsable o comunicación de los proyectos que deban someterse a evaluación de impacto ambiental.»

3.5.2 La necesaria simplificación de la tramitación de instalaciones de energía renovable

La Directiva "renovables" 2009/28, de 23 de abril potencia la conversión de autorizaciones de equipos descentralizados de menor envergadura en comunicaciones previas. En su Exposición de Motivos recuerda (cdo. 43):

(43) Con objeto de impulsar la contribución de cada ciudadano a los objetivos establecidos en la presente Directiva, las autoridades pertinentes deben estudiar la posibilidad de sustituir la autorización por una mera notificación al organismo competente a la hora de instalar equipos descentralizados de menor envergadura para producir energía procedente de fuentes renovables.

Y ya en el texto articulado, propone la asunción de medios de autorización simplificados e, incluso, la sustitución de autorizaciones por meras comunicaciones previas, para facilitar la instalación de equipos descentralizados de producción de energías renovables. El art. 13.1 establece:

"En particular, los Estados miembros adoptarán las medidas apropiadas para garantizar que: f) se instauren procedimientos de autorización simplificados y menos onerosos, incluida la simple notificación si está permitida en el marco regulador aplicable, para los proyectos de menor envergadura y para los equipos descentralizados para la producción de energía procedente de fuentes renovables, si procede".

Hay que estar a lo que disponga la futura Ley estatal de transposición de la Directiva para poder determinar cómo se va a plasmar esta propuesta comunitaria y qué posibilidades tiene la normativa regional para desarrollarla.



Capítulo XV

El mercado de servicios
comerciales desde
la perspectiva
del Derecho de Defensa
de la Competencia

SUMARIO

1. Marco normativo de los servicios comerciales. 1.1 Hacia un mercado único de servicios real: Directiva Bolkestein y transposición al ordenamiento jurídico español. 1.2 El mercado de servicios comerciales. 1.2.1 Situación hasta la aprobación de la Directiva de Servicios. 1.2.2 Cambios normativos introducidos como consecuencia de la transposición de la Directiva de Servicios. **2. Servicios comerciales y Derecho de la Competencia.** 2.1 Objetivos del Derecho de la Competencia: ¿protección de las Pymes? 2.2 Valoración del marco jurídico de ordenación del comercio desde el Derecho de la competencia. 2.3 Posibilidades de actuación

EL MERCADO DE SERVICIOS COMERCIALES DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO DE DEFENSA DE LA COMPETENCIA

Carmen Herrero Suárez
*Profesora Contratada-Doctora de Derecho Mercantil
Universidad de Valladolid*

1. Marco normativo de los servicios comerciales

1.1 HACIA UN MERCADO ÚNICO DE SERVICIOS REAL: DIRECTIVA BOLKESTEIN Y TRANSPOSICIÓN AL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

El ambicioso proyecto europeo de los años cincuenta de lograr un mercado único en el que trabajadores, capitales, mercancías y servicios circularan libremente entre todos los Estados pertenecientes a la, entonces CEE, (actualmente UE), ha ido consolidándose durante los últimos sesenta años, logrando un éxito sin precedentes y convirtiéndose en paradigma de todos los modelos integracionistas. Ahora bien, si esta afirmación es predicable con carácter general de la libre circulación de mercancías, trabajadores y capitales, no podemos hacerla extensiva al mercado de servicios. A pesar de que tanto la libertad de establecimiento y la libertad de circulación de servicios dentro de la Unión, tienen, desde la aprobación de los textos constitutivos, carácter fundamental (artículos 43 y 49 del TCEE), su ejercicio en la práctica se ha visto fuertemente condicionado y perturbado por la subsistencia de numerosos obstáculos y barreras nacionales, de carácter legal y administrativo, que han impedido que, hasta la fecha, quepa hablar de la existencia de un auténtico mercado único europeo de servicios.

Conscientes de esta situación y de la importancia económica del sector de servicios⁸⁵³, en los últimos años, las autoridades europeas han iniciado un proceso orientado a revertir esta situación, que se centra en la elaboración de una única norma (enfoque horizontal) en la que se sienten las bases o reglas para la eliminación de las barreras al acceso y prestación transfronteriza de servicios. La reforma de la situación existente en el mercado de servicios europeo constituye un punto clave de la conocida como estrategia de Lisboa de 2000 que busca, principalmente, una mejora del empleo y la cohesión social y el alcance de un crecimiento económico sostenible con el fin de hacer de la Unión Europea la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo. En este sentido, tras distintos y polémicos intentos, a finales de 2006 se aprueba definitivamente la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a los servicios en el mercado interior (conocida como Directiva Bolkestein), que, con arreglo a su artículo 44 obliga a los Estados a su incorporación al Derecho interno “a más tardar antes del 28 de diciembre de 2009”. El principal objetivo perseguido por esta norma comunitaria es la creación de un auténtico mercado de servicios, obligando a los Estados a eliminar las barreras legales y administrativas que actualmente impiden u obstaculizan las libertades de establecimiento y prestación de servicios.

Especial relevancia en nuestro trabajo, en atención a la trascendencia que revisten desde la perspectiva del Derecho de la competencia, poseen las disposiciones generales relativas tanto a la libertad de establecimiento de los prestadores (Capítulo III) como a la libre circulación de los servicios (Capítulo IV), en cuanto en ellas se condensan las bases de las que deberán partir los Estados en la transposición de la Directiva, es decir, la esencia del mandato comunitario. Por lo que al primer aspecto se refiere, la Directiva parte del siguiente principio: el acceso a las actividades de servicios ha de ser libre y, consiguientemente, como regla general no puede condicionarse su ejercicio a una autorización. No obstante, este principio no es absoluto, se permite la

⁸⁵³ En los *considerandos* iniciales de la Directiva 2006/123/CE se resalta la relevancia de los servicios como motor de crecimiento de la Unión Europea, representando el sector productivo más importante, tanto en términos de PIB como de empleo en la mayoría de los Estados Miembros. Importancia que hay que poner en conexión con la paralelamente escasa relevancia de la prestación transfronteriza de servicios, que constituye tan sólo el 20% del total del comercio intracomunitario.

articulación de regímenes de autorización siempre que éstos cumplan tres requisitos: que no tengan carácter discriminatorio: que puedan justificarse en una razón imperiosa de interés general y, en tercer lugar, que respeten el principio de proporcionalidad, es decir, que el objetivo perseguido no se pueda conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control *a posteriori*, no sería realmente eficaz⁸⁵⁴.

En relación a la libre circulación de servicios, se consagra el derecho de una empresa prestadora a procurar servicios en un Estado miembro distinto de aquél en el que se encuentren establecidas. El reconocimiento de este derecho supone que los Estados no pueden supeditar el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios a criterios como el lugar de establecimiento, de residencia, de domicilio o de prestación principal de una actividad, la previa inscripción en un registro nacional, etc.⁸⁵⁵. Ello sin perjuicio de que, al igual que ocurría con el derecho de establecimiento, la prestación de la actividad pueda verse condicionada a la observancia de determinados requisitos basados en razones imperiosas de interés general, siempre que éstos sean proporcionales y no discriminatorios.

¿Qué valoración inicial merece la Directiva de Servicios desde la óptica del Derecho de defensa de la competencia? En principio, y desde una perspectiva general, la apertura en la circulación de servicios, que motiva la Directiva, ha de considerarse coherente con las políticas europeas (y nacionales) en materia de defensa de la competencia y tutela de los consumidores.

La consecución efectiva de un mercado europeo de servicios, de forma paralela a lo alcanzado en otros sectores, se ha visto impedida por la persistencia de diversos obstáculos y barreras de entrada presentes en los mercados que dificultan –o impiden– el establecimiento de prestadores en Estados miembros diversos del de origen, la prestación transfronteriza de servicios y, en definitiva, la existencia de un auténtico mercado interior gobernado por el principio de competencia efectiva y no falseada. Consecuentemente, la remoción de dichos obstáculos y la eliminación –o al menos, la mitigación–

⁸⁵⁴ Vid. artículos 9 y 10 Directiva 2006/123.

⁸⁵⁵ Vid. artículo 16 Directiva 2006/123.

de la compartimentación actual de los mercados de servicios, ha de ser bienvenida desde el momento en que conduce a una apertura de los mercados y, por tanto, a una mejora de su calidad competitiva. Mejora que se presume beneficiosa para los intereses de los consumidores en cuanto el incremento de la lucha competitiva, desemboca en una ampliación de la oferta de servicios y en una mejora de las condiciones de su prestación (precios y calidades).

Ahora bien, esta armonía y el éxito efectivo de la Directiva y de su ambicioso objetivo de apertura real de los mercados de servicios, dependerá necesariamente de la forma en la que ésta sea transpuesta a los ordenamientos internos por los Estados miembros.

En el caso del Estado español, se ha optado por la transposición de la Directiva en dos niveles. En primer lugar, se ha aprobado una Ley "paraguas" u "horizontal", la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, *sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio*, que supone la plasmación en una ley nacional estatal de los principios, definiciones y exigencias de la Directiva comunitaria. En desarrollo de ésta se ha llevado a cabo la elaboración de otra ley, la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, *de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio* (conocida como ley "ómnibus") que reforma una pluralidad de normas que se ven afectadas por la nueva incorporación de la nueva regulación del sector servicios. Se excluye de esta reforma global la reordenación de uno de los mercados más afectados por la aprobación de la Directiva, en él que las distorsiones producidas por el intervencionismo público en la determinación de las condiciones de acceso y prestación de la actividad de servicios es especialmente acusada. Se trata del mercado de la distribución comercial o mercado de los servicios comerciales regulado por la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 1996 (en adelante, LOCM). En atención a la extraordinaria relevancia de este sector y a la complejidad de la distribución comercial se ha decidido abordar la reforma de la LOCM para su adaptación a la Directiva de Servicios de forma independiente y separada de la del resto de normas estatales con rango de ley. En este sentido, la reforma, todavía en fase de tramitación, se ha concretado hasta el momento en la aprobación de un *Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista y otras normas complementarias*.

En España, es precisamente en el ámbito de la regulación del comercio minorista en el que se ha centrado buena parte del debate sobre la transposición de la Directiva. Por ello el foco del presente trabajo lo constituye la valoración de los mercados de servicios comerciales desde la perspectiva del Derecho de la competencia, sin perjuicio de reconocer el impacto competitivo que puede derivarse en otros sectores o mercados de la trasposición de la Directiva, como por ejemplo, en el mercado de servicios profesionales. Por lo que a la estructura del trabajo se refiere, como paso previo, a la valoración del desarrollo y caracteres del proceso competitivo en los mercados de la distribución, se examina, de forma somera, la regulación existente en la materia hasta la fecha y los cambios que previsiblemente se producirán en la misma una vez completado el proceso de trasposición de la norma comunitaria. En un segundo lugar, se lleva a cabo ya la valoración de esta normativa, vigente y proyectada, desde la perspectiva del Derecho de la competencia, lo que exige una previa delimitación de los intereses y objetivos que informan actualmente este sector del ordenamiento jurídico y, de manera más específica, el papel que al mismo compete con relación al desarrollo o tutela de la pequeña y mediana empresa. Finalmente se analizan, la posibilidades de actuación de las autoridades de competencia, nacional y autonómicas, frente a las distorsiones de la competencia, que resultado de la actuación de las empresas o de los poderes públicos, puedan producirse en estos mercados.

1.2 EL MERCADO DE SERVICIOS COMERCIALES

1.2.1 Situación hasta la aprobación de la Directiva de Servicios

El marco jurídico básico de la distribución comercial en España lo constituye la citada LOCM así como las diversas normas autonómicas dictadas en desarrollo de la misma. Efectivamente, una de las características definitorias de la regulación jurídica del comercio en España viene constituida por la pluralidad normativa, en atención a la concurrencia de competencias de las Comunidades autónomas, las entidades locales y el Estado en la ordenación del comercio interior.

La LOCM no ha tenido una existencia pacífica. Pese a ser aprobada en Cortes por unanimidad, no ha estado exenta de detractores y defensores ya

desde el mismo momento de su publicación⁸⁵⁶. Debate que enfrenta, principalmente, a partidarios de posturas más liberales y de la restricción o minimización de las limitaciones públicas al ejercicio de la libertad de empresa con defensores de esquemas intervencionistas en la ordenación de la actividad comercial, en especial, de tutela o protección del pequeño o mediano comercio tradicional.

En efecto, la profunda alteración que sufrió, principalmente desde finales de los años ochenta, la estructura de la oferta comercial, con la irrupción de las grandes superficies y centros comerciales demandaba una nueva y revisada ordenación normativa que tuviera en cuenta los diversos intereses implicados y facilitara el desarrollo, modernización y eficiencia del sector.

En principio, estos son los objetivos que motivan la aprobación de la LOCM, al menos, así se desprende de la lectura de su Exposición de Motivos. Ahora bien, la doctrina más crítica ha puesto de manifiesto que esta finalidad es traicionada en numerosos preceptos de la Ley, que revelan una recepción de la política que ya venía siendo aplicada en diversas Comunidades Autónomas, encaminada a la protección de las estructuras comerciales tradicionales mediante la obstaculización o limitación del desarrollo de nuevas formas de distribución y técnicas de venta⁸⁵⁷.

Como nota principal –y más controvertida– de este sistema destaca la instauración de un procedimiento de concesión de licencias para el establecimiento de las grandes superficies de venta. El artículo 6 de la LOCM prevé que la apertura de grandes establecimientos comerciales estará sujeta a una licencia comercial específica cuyo otorgamiento corresponderá a la Administración Autonómica. El régimen autorizatorio establecido en la ley para los

⁸⁵⁶ Vid. una exposición del panorama doctrinal inmediatamente posterior a la aprobación de la LOCM en PETITBÓ JUAN: "La necesaria modernización del pequeño comercio", en AA.VV.; *Libre competencia y Ley de ordenación del comercio minorista en España*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, pp. 19 y ss.

⁸⁵⁷ Vid. especialmente, VELASCO SAN PEDRO: "Las actividades de promoción de ventas en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista", en *IV Jornadas sobre Distribución Comercial en Castilla y León*, Junta de Castilla y León, Valladolid 1986, pp. 43 y ss. y ALONSO SOTO: "La ley de ordenación del comercio minorista y el Derecho de la competencia", en AA.VV.; *Libre competencia y Ley de ordenación del comercio minorista en España*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, pp. 153 y ss.

grandes establecimientos se ha venido denominando, segunda licencia y ello debido a que su otorgamiento no sustituye ni a la licencia municipal de obras ni tampoco a la de apertura de establecimientos, sino que se trata de una licencia adicional. Licencia específica que debe ser concedida por la Comunidad Autónoma y que, en principio, ha de venir apoyada en criterios de ordenación de la oferta comercial, de ahí que también se la denomine licencia comercial. En efecto, el apartado segundo del artículo 6 recoge los criterios que habrán de ser necesariamente ponderados en la evaluación de la solicitud de licencia y que consisten en “la existencia, o no, de un equipamiento comercial adecuado en la zona afectada por el nuevo emplazamiento y los efectos que éste pudiera ejercer sobre la estructura comercial de aquélla⁸⁵⁸”.

En esta difícil ponderación de parámetros relacionados con la estructura comercial, que supone colocar, en un lado de la balanza la protección de la libre competencia y en el otro, la tutela del pequeño comercio existente, destaca la presencia de una “discutible” concesión a las autoridades de competencia, en cuanto se exige que éstas se pronuncien, mediante un informe de carácter no vinculante, sobre los eventuales efectos sobre la competencia de la apertura de un establecimiento en todos los supuestos de concesión de la licencia comercial autonómica⁸⁵⁹.

El artículo 6 planteaba la duda interpretativa de si, junto al necesario establecimiento de criterios comerciales exigido por la LOCM, las CCAA podían

⁸⁵⁸ Estos criterios son explicitados en los apartados 3 y 4 de este mismo artículo, donde se dispone que “se considerará que una zona está dotada de un adecuado equipamiento comercial cuando éste garantice a la población existente y, en su caso a la prevista a medio plazo, una oferta de artículos en condiciones de calidad, variedad, servicios, precios y horarios conforme con la situación actual y con las tendencias de desarrollo y modernización del comercio al por menor”. En relación con el efecto sobre la estructura comercial existente se valorará “teniendo en cuenta la mejora que para la libre competencia suponga la apertura de un gran establecimiento en la zona, así como los efectos negativos que aquélla pudiera representar para el pequeño comercio existente con anterioridad”.

⁸⁵⁹ La finalidad de dicho informe es dudosa, desde el momento en que, tal y como anticipaba BERENGUER (BERENGUER FUSTER: “El régimen de los grandes establecimientos en la LOCM”, en AA.VV.; *Libre competencia y Ley de ordenación del comercio minorista en España*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid, 1997, pp. 130 y ss.) y ha confirmado, posteriormente, la experiencia práctica, cabía esperar que dichos informes fueran casi siempre favorables a la apertura de nuevos establecimientos. Para una valoración crítica sobre la oportunidad y trascendencia de dichos informes, vid. GUILLÉN CARAMÉS: “Reflexiones críticas acerca de la intervención de las autoridades de competencia en el procedimiento de concesión de la Licencia Comercial”, 143, *Revista española de Derecho Administrativo*, 2009, pp. 385 y ss.

incluir, en la regulación (obligatoria) de la licencia de apertura de los grandes establecimientos, la valoración de otros intereses no comerciales, que podrían verse afectados como, entre otros, la protección del medio ambiente, la ordenación del territorio, el impacto urbanístico o la protección del patrimonio histórico.

Pese a la existencia de posturas doctrinales contrarias a esta solución⁸⁶⁰, finalmente es la que ha prevalecido, ya que la mayoría de las CCAA recurren a la ponderación conjunta de una pluralidad de criterios, de diversa naturaleza en la concesión de la licencia comercial. En este sentido, la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, *de Comercio de Castilla y León* recogía entre los criterios para la concesión de la licencia comercial específica, junto a la adecuación de la solicitud al Plan General de Equipamiento Comercial de Castilla y León (y, en su caso, al plan territorial de la zona afectada): la existencia de equipamiento comercial adecuado; la repercusión del proyecto en los servicios recibidos por los consumidores y en el aumento de la libre competencia; los efectos sobre la estructura comercial de la zona y, en especial, sobre el pequeño comercio; la integración del proyecto presentado en el entorno urbano y su impacto sobre el medio ambiente y, finalmente, la incidencia del proyecto sobre la red viaria de la zona y los sistemas de transporte de viajeros⁸⁶¹.

1.2.2 Cambios normativos introducidos como consecuencia de la transposición de la Directiva de Servicios

La aprobación de la Directiva Bolkestein y su ambicioso objetivo de liberalización real del mercado de servicios impone a España la obligación de reformular las bases jurídicas sobre las que se estructura su sistema de distribución comercial.

Los efectos de la Directiva sobre la ordenación del comercio se centran en el régimen de autorizaciones administrativas a las que se someten las actividades comerciales, que van desde la licencia comercial específica para los gran-

⁸⁶⁰ Vid. ESCRIBANO COLLADO: "Comentario al artículo 6 de la LOCM", en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, (coord.) BERCOVITZ/LEGUINA, Madrid, 1997, pp. 55 y ss.

⁸⁶¹ Vid. antiguo artículo 21 de la Ley de Comercio de Castilla y León.

des establecimientos comerciales hasta las licencias para la apertura de establecimientos medianos o de descuento duro, pasando, entre otros, por los registros de comerciantes y las autorizaciones municipales para el ejercicio de la venta ambulante o las homologaciones de máquinas expendedoras.

Como ya señalamos en apartados anteriores de este trabajo, la reforma del sector comercial se ha acometido de manera independiente a la de otras leyes estatales afectadas, mediante la presentación de un primer Anteproyecto de Reforma de la LOCM y otras normas complementarias (en adelante, Anteproyecto). En principio, el proyecto de reforma de la LOCM es más aperturista, en cuanto parte de la supresión del régimen de licencias y, en general, de la no sujeción de instalaciones de establecimientos comerciales al régimen de autorización comercial (vid. nueva redacción dada al artículo 6 de la LOCM por el Anteproyecto). Ahora bien, este principio general se ve matizado inmediatamente después. No se elimina el eventual intervencionismo de los poderes públicos en la conformación de la estructura de la oferta comercial, ya que se admite la posibilidad de que las distintas autonomías instauren regímenes de autorización basados en razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial. Sí es cierto que se hace una depuración de criterios, delimitando los que pueden utilizarse como elementos de ponderación para conceder la autorización y excluyendo expresamente aquellos criterios que resultan incompatibles con el nuevo marco normativo europeo. En este sentido, se señala como ejemplo de razones imperiosas de interés general, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la ordenación del territorio y la conservación del patrimonio histórico y artístico, y se elimina, de forma tajante, la posibilidad de fundar la autorización en razones de naturaleza económica⁸⁶². En congruencia con esta imposibilidad de justificar la autorización en criterios económicos, se prescinde de la necesidad de obtener un informe por parte de la respectiva Autoridad de Competencia.

⁸⁶² “En ningún caso, podrán establecerse requisitos de naturaleza económica, entre otros, aquellos que supediten la concesión de la autorización a la prueba de la existencia de una necesidad económica o de una demanda del 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 establecidos por la Autoridad competente (...)” (Apartado 4 del artículo 6 en la redacción dada por el Anteproyecto de reforma”.

Por tanto, la reforma de la legislación estatal parte de un principio general de no autorización, pero deja en manos de las distintas Comunidades Autónomas la concreción real o efectiva de ese principio, posibilitándolas su derogación o matización. Posibilidad que ha sido utilizada, hasta la fecha, por diversas Comunidades para mantener la licencia comercial para las grandes superficies o establecimientos comerciales, eso sí, al menos formalmente, estas licencias no pueden ser utilizadas como elemento de control público de la estructura y naturaleza de la oferta y demanda comercial.

En Castilla y León se ha aprobado una ley omnibus autonómica, que acomete la reforma del sector comercial junto con la modificación de otros sectores que se ven afectados por la Directiva de Servicios. Se trata del Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de *Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León*. Esta norma modifica la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León. Reforma que, aparentemente, está orientada a facilitar, en consonancia con las prescripciones comunitarias y nacionales, una apertura de los mercados de servicios comerciales. Para ello, se suprime la licencia comercial para la instalación de los establecimientos comerciales **“que no tengan la consideración de gran establecimiento”**. En este último caso, (recordar que afectaría a todos aquellos establecimientos de venta que tengan una superficie igual o superior a 2.500 m²), y haciendo uso de la posibilidad ofrecida por el Anteproyecto de reforma de la LOCM, se mantiene la necesidad de autorización administrativa, basando ésta en “razones imperiosas de interés general”, que son enumeradas en el nuevo artículo 14 de la Ley de comercio de Castilla y León. Concretamente en la valoración de la concesión de la autorización habrá de tenerse en consideración: la protección del medio ambiente y del entorno urbano; la ordenación del territorio; la conservación del patrimonio histórico y artístico (medidas todas ellas tomadas literalmente de la normativa estatal) y, finalmente y ésta sea tal vez, por indeterminado el criterio más polémico, la protección, en su caso, de los derechos de los consumidores y los destinatarios de los servicios.

2. Servicios comerciales y Derecho de la Competencia

2.1 OBJETIVOS DEL DERECHO DE LA COMPETENCIA: ¿PROTECCIÓN DE LAS PYMES?

La valoración del marco jurídico en materia de servicios comerciales y de los cambios recientemente producidos en el mismo desde la perspectiva del Derecho de la competencia, exige delimitar cuales son las finalidades y objetivos vinculados actualmente a este sector del ordenamiento jurídico. En efecto, el Derecho de la competencia o, en su terminología anglosajona Derecho *antitrust*, no ha tenido una existencia pacífica, sus funciones no han permanecido invariables a lo largo del tiempo, sino que han venido cambiando en función de las circunstancias políticas y económicas vigentes en cada momento histórico y, principalmente, en función de la concepción imperante sobre el papel que al Estado –o a los poderes públicos– compete en la regulación de la actividad económica.

Con carácter general, podemos afirmar que tanto el Derecho europeo de la competencia, como el Derecho nacional (fiel reflejo de éste) han ido evolucionando desde enfoques pluralistas y defensa de una pluralidad de valores u objetivos, tanto económicos como político-jurídicos y sociales, a una posición más lineal, centrada en el efecto o impacto económico de las conductas empresariales y de las autoridades públicas en el desarrollo del proceso competitivo y, en último término, en el bienestar de los consumidores. Frente a concepciones anteriores en las que, en la valoración del ilícito competitivo, se ponderaban diversos intereses, como la autonomía empresarial, la descentralización del poder económico mediante la atomización de mercados o, incluso la propia protección de la pequeña empresa, se ha pasado a un sistema que centra la esencia de la competencia y, por tanto, de su tutela, en la existencia de mercados abiertos. La protección de la competencia se enfoca desde la perspectiva de protección del proceso competitivo, como proceso de carácter dinámico que demanda la existencia de mercados abiertos que posibiliten la renovación y estímulo de las empresas operantes en el mismo y la entrada y desarrollo de nuevos competidores. Esta renovación en los mercados ha de basarse en los méritos empresariales de las empresas que en él actúan, de ahí el enjuiciamiento severo de las conductas de empresas ya consolidadas que den lugar a la erección de barreras de entrada artificiales y la represión de las prácticas de carácter excluyente que no se hallen suficientemente justificadas en las superiores virtudes o mayor competitividad

de las empresas que las llevan a cabo. Por tanto, con arreglo a este objetivo, hay que atender a la estructura y dinamismo de los mercados y preguntarse si la conducta analizada interfiere y degrada el mecanismo del mercado. La libertad de empresa sin obstrucciones artificiales del mercado se presume en interés público. Las barreras deben estar justificadas. Se defiende la preservación de la estructura competitiva y del carácter abierto de los mercados, se favorece la diversidad y el pluralismo y se exige la necesidad de justificación de las eventuales barreras de entrada o salida de los mercados⁸⁶³ a las que pueda dar lugar la actuación empresarial (y, en ocasiones, la actuación de los poderes públicos).

En conexión con este objetivo se plantea el interrogante de determinar el papel que ha de adoptar el Derecho de la libre competencia frente a la pequeña y mediana empresa. Si bien en economías en las que la adopción de un sistema de libre mercado como modelo de organización de la vida económica es reciente y éste no se encuentra todavía afianzado, la protección de las empresas de menor dimensión a través de las normas antimonopolio adquiere una especial relevancia, al operar como mecanismo nivelador de las condiciones de acceso al mercado y ejercicio de la actividad económica, en los casos en los que el sistema se halle consolidado, esta finalidad proteccionista ha de matizarse, ya que puede degenerar en una desvirtuación de la propia naturaleza del sistema y redundar en perjuicio de los consumidores.

Las empresas de menor dimensión han buscado tradicionalmente protegerse frente al poder del mercado, adquiriendo una posición especial en la ley contra las restricciones a la competencia. Este *lobby* ha conducido en ocasiones a la adopción de normativa –ya sea dentro del marco de la normativa antimonopolio, como configuración del ilícito competitivo, ya como excepción a la misma– cuyo efecto es parapetar al pequeño empresario de los rigores de la competencia. Así, por ejemplo, la finalidad de protección del pequeño empresario, principalmente en el terreno de la distribución, motivó la adop-

⁸⁶³ Sobre la importancia nuclear del concepto de barreras de entrada en la conformación actual de la política de defensa de la competencia, vid. VELASCO SAN PEDRO: "Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia", 6, RCD, 2010, pp. 13 y ss.

ción de normativa en materia de precios discriminatorios, tanto en EEUU⁸⁶⁴, como en la Unión Europea y los distintos Estados miembros. En España, la reforma del artículo 6 de la Ley de Defensa de la Competencia de 1989, referido al abuso de posición dominante, introducida por la Ley de 28 de diciembre de 1999, modificó la conformación de la cláusula general prohibitiva para incluir junto a la explotación abusiva de una posición de dominio en el mercado, la prohibición de una explotación abusiva de la situación de dependencia en que pudieran encontrarse empresas proveedoras o clientes. Esta diferenciación dentro de la cláusula general, obedecía a la preocupación levantada, fundamentalmente en algunas regiones, como Cataluña, por los recientes y cada vez más numerosos acuerdos de cooperación y concentraciones en el sector de la distribución comercial. Y, precisamente, esta misma finalidad de protección de la pequeña y mediana empresa (en este caso, del llamado "comercio tradicional") está presente, esta vez como excepción al propio Derecho de la competencia y como límite a la libertad de empresa, en la aprobación de la LOCM de 1996⁸⁶⁵.

La tutela de la posibilidad de ejercicio de la libertad de empresa frente a conductas excluyentes, como instrumento necesario para garantizar el correcto desarrollo y funcionamiento de los mercados competitivos, se va a dirigir o esgrimir, generalmente, contra las actuaciones de empresas con posibilidad efectiva de lesionar o impedir el ejercicio de esa libertad por parte de terceros, es decir, contra empresas en una especial situación de poder en el mercado. Desde esta perspectiva, el Derecho *antitrust* adquiere una función protectora del "débil", de las empresas en una situación menos ventajosa

⁸⁶⁴ En este sentido, una de las normas *antitrust* estadounidenses que más polémica ha suscitado es la *Robinson Patman Act*. Esta norma, aprobada en 1936, configura como ilícito competitivo determinadas políticas de precios discriminatorios y ha sido objeto de numerosas críticas, tanto por parte de las agencias administrativas como de amplios sectores doctrinales. La doctrina ha puesto de manifiesto que la razón que motivó la aprobación de esta norma, no fue tanto la tutela de la competencia en su conjunto, como la protección del pequeño comerciante frente a la amenaza creciente que representaba para su futuro el desarrollo de las grandes superficies comerciales que, gracias al volumen de negocio y de pedido y a su mayor capacidad financiera, obtenían de los proveedores unas condiciones económicas más ventajosas que colocaban a los vendedores independientes en una situación de desventaja competitiva.

⁸⁶⁵ Vid. especialmente las reflexiones de PETITBÓ JUAN: "La necesaria modernización del pequeño comercio", *cit.*, pp. 31 y ss.

frente a las grandes unidades empresariales y susceptibles de ser víctimas de los abusos de éstas. Ahora bien, esta función tuitiva ha de basarse –si se quiere mantener un mínimo grado de coherencia con el sistema de ordenación de la vida económica elegido (libre mercado) y con la filosofía que informa el mismo– en la prescripción de conductas que tengan como efecto la exclusión de los mercados de competidores actuales o el cierre de los mismos a competidores potenciales siempre y cuando éstas no sean fruto de los superiores méritos empresariales de la empresa que las lleva a cabo. El juicio de valoración ha de proyectarse, por tanto, en la naturaleza de la conducta cometida, pero no en el tamaño de las empresas que sufren las consecuencias de la misma. El mercado se fundamenta en la idea de lucha por la supervivencia, lucha que implica la exclusión del mismo de las empresas ineficientes, que no sean capaces de adaptarse a los rigores de la rivalidad competitiva, y el éxito y permanencia de las empresas más eficientes. La labor del Derecho de la competencia ha de centrarse en la racionalización del mercado, y en garantizar que el “darwinismo evolutivo” se desarrolle en atención a los méritos empresariales y que no sean erigidas “barreras artificiales” por parte de las empresas más poderosas que imposibiliten o dificulten el desarrollo de las empresas de menor dimensión. Por tanto, el Derecho de la competencia debe asumir como objetivo propio la protección de los empresarios víctimas de prácticas basadas en el ejercicio de poder económico que no sean manifestación de una legítima rivalidad económica, pero no la discriminación a favor del pequeño empresario simplemente por su tamaño. Si algunas empresas no pueden competir porque son ineficientes –como consecuencia de su tamaño o por cualquier otra razón– no merecen ser tratadas como una clase especial ni ser objeto de una especial protección o, al menos, esta tutela, si se considera un interés digno de protección, no debe ser llevada a cabo a través de las normas antimonopolio, en cuanto contraria a la filosofía que las informa, sino como exclusiones o excepciones a su aplicación. La lógica de la opción por un sistema de libre mercado demanda que la protección del pequeño empresario se configure como una excepción al principio general de libre competencia y, por tanto, a la aplicación del sector del ordenamiento jurídico que tiene encomendada su protección y no como un objetivo a perseguir a través del mismo.

2.2 VALORACIÓN DEL MARCO JURÍDICO DE ORDENACIÓN DEL COMERCIO DESDE EL DERECHO DE LA COMPETENCIA

Una vez establecidos los valores y principios que actualmente informan el Derecho de defensa de la competencia, podemos realizar, con arreglo a los mismos, un juicio sobre la adecuación desde el punto de vista competitivo de la normativa actual –y la reforma– en materia de ordenación comercial. Con carácter general, podemos adelantar que la LOCM de 1996 ha sido una de las normas más criticadas por las autoridades de competencia, tachada de obedecer a un intervencionismo proteccionista y sesgado, orientado a respaldar los intereses corporativos de un grupo de empresarios (pequeños y medianos comerciantes), al defender el mantenimiento de las reglas tradicionales y obstaculizar, la aparición y desarrollo de formas más dinámicas de comercialización de los productos, lo que ha redundado en una pérdida de eficiencia del sistema de distribución y, en último término, en un perjuicio o lesión de los intereses de los consumidores⁸⁶⁶.

De entre las restricciones a la competencia contenidas en la LOCM resultaba especialmente grave la regulación de la “licencia comercial” autonómica, es decir, la exigencia de esa segunda licencia, adicional a la municipal, que deberá conceder la Comunidad Autónoma correspondiente, para que se pueda instalar una gran superficie comercial⁸⁶⁷. Esta licencia (y fundamentalmente el desarrollo de la misma llevado a cabo por numerosas Comunidades Autónomas⁸⁶⁸) supone un intento de control de la oferta comercial y de reducir la presión competitiva del pequeño comercio.

⁸⁶⁶ Vid. Informe del Tribunal de Defensa de la Competencia sobre las Condiciones de Competencia en el Sector de la Distribución Comercial (I 100/02); BERENGUER FUSTER/CASTAÑEDA BONICHE: “La distribución comercial en España ante la Directiva de Servicios: última oportunidad”, 5, RDC, 2009, pp. 15 y ss.

⁸⁶⁷ Sin perjuicio de la existencia de otras disposiciones que también pueden ser valoradas negativamente desde la óptica de protección de la competencia en los mercados, como la restricción de los horarios comerciales, la regulación de la venta a pérdida (ya prevista en la LCD y, en su caso, en la LDC como posible conducta predatoria), las ventas ambulantes, etc.

⁸⁶⁸ En numerosas ocasiones, las Comunidades Autónomas han utilizado sus competencias en materia de comercio interior para restringir aún más las posibilidades de apertura de nuevos establecimientos comerciales, por ejemplo, extendiendo la segunda licencia a las pequeñas y medianas superficies o a los establecimientos de descuento, o fijando barreras adicionales como planes de equipamiento, cuotas, moratorias y hasta impuestos a las grandes superficies.

Un Derecho de la competencia preocupado principalmente en garantizar la apertura de los mercados, sólo puede valorar muy negativamente este sistema de licencias comerciales, que supone en la práctica, al restringir o limitar la apertura de nuevos establecimientos, la erección de barreras legales de entrada en el sector, con perniciosos efectos. Por una parte, son perjudiciales desde el punto de vista del consumidor, en cuanto, al reforzar el poder de mercado de las empresas ya instaladas, propician la existencia de un nivel de precios más elevado y de mayores márgenes que los que resultarían en ausencia de tales barreras. Por otra, también pueden resultar lesivas de los intereses de los proveedores o suministradores, al aumentar el poder de compra (monopsonio) de las empresas instaladas y, por tanto, la situación de dependencia económica en la que se pueden encontrar aquéllos frente a éstas.

La CNC se ha mostrado muy tajante y muy crítica en la valoración de los efectos globales de este sistema de autorizaciones en el desarrollo del sector comercial, denunciando “un estancamiento de la productividad en el comercio minorista español y una menor eficiencia, que se traduce en mayores precios y márgenes”. Pero, además, se destaca como este sistema tampoco se ha revelado eficaz en la consecución de su interés último, la tutela de los pequeños y medianos empresarios. Esta protección mal entendida conduce a un mantenimiento artificial de empresas ineficientes en el mercado, que se escudan en ese parapeto público, en lugar de buscar nuevas formas de comercialización o gestión de sus negocios que les permitan modernizarse y adecuarse al perfil de su demanda. Es más, las dificultades planteadas al establecimiento de los grandes establecimientos, ha conducido a una proliferación de las superficies medianas, y a un incremento de las operaciones de concentración en los mercados de servicios comerciales, lo que ha redundado en una lesión de los intereses del pequeño comercio.

En conclusión, el régimen vigente hasta el momento sobre ordenación del comercio y, en particular, el sistema –estatal y su desarrollo autonómico– de licencia comercial es polémico desde el punto de vista de la competencia. Buena prueba de ello es el carácter favorable a la apertura de los establecimientos comerciales para los que se requería licencia específica de los distintos informes elaborados tanto por la autoridad nacional de competencia⁸⁶⁹

⁸⁶⁹ Tan sólo en una ocasión entre 1.400 expedientes informados a las CCAA y con carácter transitorio, el antiguo TDC apreció que la instalación de la gran superficie podía comportar problemas de competencia.

(anteriormente Tribunal de Defensa de la Competencia, actualmente, Comisión Nacional de Competencia) como por las autoridades autonómicas⁸⁷⁰.

¿Qué valoración merece la reforma prevista en el Anteproyecto?

En principio, tanto el principio general de no sujeción de las instalaciones de establecimientos comerciales a un régimen de autorización comercial, como la eliminación de los criterios económicos, para los supuestos (que deberían ser claramente excepcionales) en los que se mantenga la licencia autonómica, merecen una valoración positiva⁸⁷¹. La CNC ya había criticado en términos muy rigurosos la utilización como parámetro de concesión de la licencia de requisitos de esta naturaleza: *“La sumisión de la licencia a dichos criterios supone una grave injerencia sobre el principio de libertad de mercado, dado que debe ser precisamente en el contexto de confrontación de la oferta y la demanda donde se dirima cuál es el adecuado equipamiento comercial, como resultado de la revelación por los parte de los consumidores de sus preferencias a este respecto”*⁸⁷².

Ahora bien, determinados aspectos de la regulación proyectada son susceptibles de crítica desde el punto de vista de la tutela de la competencia en los mercados. Concretamente, la CNC⁸⁷³ ha censurado, frente a su propuesta de supresión directa de la licencia comercial autonómica, la posibilidad de mantenimiento de estas autorizaciones, aún con las limitaciones y los requisitos anteriormente señalados. Esta delegación abierta a las CCAA puede determinar que las previsiones estatales tengan un alcance muy limitado en relación con la modificación de la situación actual, y resulten insuficientes a la hora de eliminar el principal riesgo competitivo asociado al sistema de

⁸⁷⁰ Así, por ejemplo, en el caso de Castilla y León, la Memoria del año 2008 del Tribunal para la Defensa de la Competencia de Castilla y León recoge el carácter favorable a la implantación de establecimientos comerciales de los seis informes tramitados durante ese periodo (TDC/LC/3/2008; TDC/LC/4/2008; TDC/LC/5/2008; TDC/LC/6/2008; TDC/LC/7/2008; TDC/LC/8/2008)

⁸⁷¹ Igualmente, también resulta positiva en una valoración competitiva, la eliminación de algunas restricciones o barreras, como la regulación de determinados registros o la eliminación del régimen de autorización previo para la venta automática.

⁸⁷² *Informe sobre las condiciones de competencia en el sector de la distribución comercial*, Tribunal de Defensa de la Competencia, 2003.

⁸⁷³ Véase CNC, IPN 09/2009 Reforma de la Ley del Comercio Minorista, 26 de mayo de 2009.

segundas licencias comerciales: el potencial cierre del mercado a los operadores interesados en la instalación de nuevos establecimientos comerciales, en particular los grandes establecimientos.

Así, en primer lugar, la reforma es tachada de ambigua e indeterminada, en cuanto el Anteproyecto no alude expresamente al carácter excepcional que, en cualquier caso, deberían revestir los regímenes de autorización ni acota suficientemente las posibilidades normativas de las autonomías a la hora de establecer regímenes o requisitos restrictivos de la competencia, más allá de la prohibición de utilizar razones o criterios económicos o la remisión genérica a las "razones imperiosas de interés general relacionadas con la distribución comercial" y al respeto al principio de proporcionalidad.

En segundo término, la autoridad nacional de la competencia considera que el sistema diseñado en el Anteproyecto no resulta admisible, ni en cuanto a su necesidad, ni con arreglo a su proporcionalidad. En este sentido, y por lo que a las razones que se esgrimen para justificar el mantenimiento del régimen de autorización, se refiere, pese a que, aparentemente no aludan a la composición y estructura de la oferta comercial, siguen observándose manifestaciones de voluntad o intención de proteger al pequeño comerciante, o el comercio urbano frente al periurbano⁸⁷⁴. Además, se cuestiona la necesidad real de arbitrar un sistema específico de protección de determinados intereses como el patrimonio histórico y artístico, el medio ambiente o el desarrollo urbano, que ya se encuentran convenientemente contemplados y protegidos en la legislación sectorial y en el sistema municipal de licencias.

En el caso de Castilla y León se nos plantea un riesgo adicional, aumentando las posibilidades de que estas razones de interés general puedan acabar convirtiéndose en el cauce de mantenimiento de los criterios tradicionales –incompatibles con la Directiva– de protección *per se* del pequeño comercio. Concretamente, la Ley de Comercio de Castilla y León, tras la reforma, incluye como razón imperiosa de interés general, "la protección, en su caso, de los derechos de los consumidores y los destinatarios de los servicios".

⁸⁷⁴ Así, por ejemplo, el Anteproyecto de Reforma de la LOCM, insiste en su Exposición de Motivos en la necesidad de desarrollo conjunto del pequeño y mediano comercio y de los grandes establecimientos comerciales.

Cláusula especialmente ambigua que plantea, en nuestra opinión, algunas dificultades interpretativas. ¿Cómo se ponderan los intereses de los consumidores? En principio, la apertura de los mercados fomenta la competencia lo que, en último término, resulta beneficioso para los consumidores y usuarios de los servicios, en cuanto favorece un mayor dinamismo e innovación y la presencia de niveles de precios más reducidos. ¿En qué casos esa apertura puede resultar perjudicial para los consumidores?

Finalmente, la CNC manifiesta sus dudas, de que, aun reconociéndose la existencia de intereses generales específicos, la protección de los mismos mediante el sistema de licencia comercial supere el listón impuesto por el principio de proporcionalidad y recuerda que la ponderación de los intereses eventualmente afectados con la apertura de un establecimiento comercial debe tener en consideración el ámbito de protección constitucional de cada uno de ellos, concretamente, la posición que ocupa la libertad de empresa frente a otros intereses generales, como la protección del patrimonio artístico o del medio ambiente.

2.3 POSIBILIDADES DE ACTUACIÓN

Las autoridades de competencia, tanto la nacional como las autonómicas, se encuentran con un escenario especialmente complejo en el caso de los mercados de distribución comercial. La existencia de barreras legales, como el criticado sistema de licencia comercial y otras normas que dificultan la apertura y dinamismo de estos mercados (*ad.ex.* la legislación en materia de uso del suelo) y de barreras económicas, como las derivadas de la presencia en el caso de la gran distribución de importantes economías de escala y alcance, de la saturación del mercado o de prácticas estratégicas de las empresas instaladas⁸⁷⁵ condiciona la estructura y resultados de estos mercados.

⁸⁷⁵ En el mercado de las grandes superficies, caracterizado por la escasez de suelo, las empresas pueden adoptar estrategias unilaterales encaminadas a la acumulación de terrenos o proliferación de establecimientos con el propósito de erigir barreras de entrada y asegurarse precios supracompetitivos.

Pese a la abundancia y variedad de formatos comerciales, tanto la Comisión Europea como la CNC han coincidido en diferenciar dentro del mercado amplio de la distribución minorista de bienes de consumo, un submercado diferenciado de grandes superficies. Mercado que se caracteriza por su carácter oligopolístico (la oferta se concentra, en la mayoría de localidades, en las tres principales empresas del sector, Mercadona, Eroski y Carrefour⁸⁷⁶), la presencia de elevadas barreras de entrada y la existencia de un importante poder de compra (o poder monopsonico) de los grandes distribuidores en sus relaciones con los proveedores (mercados de aprovisionamiento).

Si bien es cierto que el mero hecho de que un mercado obedezca a una estructura oligopolística no implica necesariamente la ausencia de rivalidad (y, consiguientemente de competencia, en su acepción de actuación empresarial unilateral e independiente) no lo es menos que los riesgos de coordinación o cooperación en el mercado aumentan en los casos en que exista únicamente un reducido número de empresas. Es decir, los mercados oligopolísticos son más proclives a conductas colusorias, caracterizadas por que las empresas, bien mediante un acuerdo (colusión expresa) o bien en atención a las propias características del mercado (colusión tácita o coordinación tácita), actúan de forma paralela en la determinación de su política de precios o producción. Los oligopolios colusorios o cooperativos son perjudiciales ya que, de tener éxito, se asemejan a los mercados monopolísticos, las empresas actúan en el mercado como una unidad. Ejercen colectivamente su poder económico, lo que origina precios más elevados y niveles de producción más reducidos que los que resultarían de una actuación no coordinada.

Frente a esta situación, es necesario determinar las posibilidades de actuación de las normas encargadas de la tutela de la libre competencia en los mercados, tanto las orientadas a sancionar comportamientos restrictivos (prohibición de acuerdos colusorios y de conductas abusivas por parte de empresas en posición dominante) como aquéllas cuyo objetivo consiste en evitar, de forma preventiva, la formación de estructuras de mercado poten-

⁸⁷⁶ Vid. un estudio sobre los caracteres y estructura de los distintos mercados locales de distribución comercial en *La distribución de bienes de consumo diario: competencia, oligopolio y colusión tácita*, Tribunal Vasco de Defensa de la Competencia, abril 2009. En relación con los problemas de Derecho de la competencia que plantea el oligopolio, nos remitimos a nuestro trabajo HERRERO SUÁREZ: "El problema del oligopolio en el Derecho comunitario de la competencia", en ADI, 2002, pp. 113 y ss.

cialmente peligrosas para el mantenimiento de una competencia eficaz (normativa sobre control de la concentración entre empresas).

El artículo 1 de la LDC española sanciona los acuerdos entre empresas susceptibles de conducir a un falseamiento o restricción de la competencia. Las posibilidades de actuación de esta norma frente a los peligros para la competencia derivados del oligopolio son, en principio, reducidas, ya que, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han afirmado reiteradamente que su aplicabilidad a las conductas empresariales, si bien no requiere la presencia de un contrato generador de obligaciones jurídicas, sí exige necesariamente la existencia de, al menos, un concierto o entendimiento entre las empresas. Consiguientemente, estas prohibiciones alcanzarían únicamente a los supuestos de coordinación de conductas que tienen su causa en un acuerdo, pero no se extendería a los casos en los que la coordinación o paralelismo es fruto meramente de las propias circunstancias estructurales del mercado, es decir, obedece sólo a la actuación unilateral y racional, si bien interdependiente, de las empresas (coordinación tácita). Esto no significa que estos preceptos carezcan totalmente de operatividad frente a los riesgos de coordinación que presentan las estructuras de mercado oligopolísticas. En primer lugar, la constatación de una actuación paralela de las empresas en mercados poco proclives a la coordinación (heterogeneidad de productos, diferencias sustanciales de costes, etc.) podría facilitar la prueba de una práctica concertada o conscientemente paralela. En segundo lugar, existe una posibilidad indirecta de control, mediante la aplicación de la norma a acuerdos o entendimientos entre competidores tendentes a facilitar la actuación coordinada en los mercados, es decir, a prácticas facilitadoras. En este sentido, una práctica, frecuente en el mercado de la distribución, que incrementa la transparencia de los mercados y, consiguientemente, facilita el surgimiento de conductas coordinadas o paralelas es la conocida como "cláusula de alineación" o "cláusula de cliente más favorecido"⁸⁷⁷, respecto de la cual, por el ejemplo, el Tribunal Vasco para la Defensa de la Competencia, defiende su prohibición directa en estos mercados⁸⁷⁸.

⁸⁷⁷ Con arreglo a esta cláusula, se estipula que si el cliente consigue de la competencia una oferta más favorable que la de su cliente, puede pedir a éste alinearse con tal oferta, y que en caso de negativa, puede abastecerse de dicho competidor sin infringir su compromiso de compra exclusiva y sin perder el beneficio de los descuentos previstos para el resto de sus compras con el contratante.

⁸⁷⁸ Vid. *La distribución de bienes de consumo diario...*, cit. pp. 214 y ss.

La aplicabilidad a los mercados oligopolísticos de la prohibición de conductas abusivas por parte de empresas en posición dominante (artículo 2 LDC) tampoco está exenta de dificultades, si bien es cierto que a través de estas normas pueden superarse algunas de las limitaciones del artículo 1 LDC frente a los casos de cooperación o coordinación tácita. En este sentido, las estructuras de mercado oligopolísticas que posibiliten la coordinación entre sus miembros podrían encontrar cabida dentro del concepto de posición dominante colectiva o conjunta, lo que sujeta las conductas de las empresas en dicha situación al control del artículo 2 LDC. Ahora bien, estas normas sancionan únicamente aquellos comportamientos que pueden ser considerados abusivos, no razonables, distinguiéndose tradicionalmente al efecto, entre abusos explotativos y abusos anticompetitivos o excluyentes. La mera existencia de precios paralelos o coordinados en el mercado no podría atacarse como abuso explotativo de una posición de dominio, a menos que éstos fueran excesivos o inequitativos. Especial importancia adquieren los posibles abusos excluyentes de empresas que comparten una posición de dominio en el mercado. Dado que la principal amenaza al éxito de una política de coordinación lo constituyen las eventuales reacciones de competidores actuales o potenciales, es preciso un juicio severo frente a aquellas conductas de las empresas oligopolistas que puedan derivar en el surgimiento de barreras de entrada u obstáculos al establecimiento y desarrollo de nuevos competidores en el mercado (*ad.ex.*, prácticas de boicot, negativas a contratar, descuentos de fidelidad, prácticas predatorias, vinculación, etc.).

El instrumento jurídico más eficaz de lucha contra los peligros o riesgos que para la competencia se derivan de mercados oligopolísticos lo constituyen las normas en materia de control de las concentraciones entre empresas, en cuanto específicamente orientadas a prevenir la formación o el refuerzo de este tipo de estructuras de mercado. En este sentido, se prohíben las operaciones de concentración que conduzcan al surgimiento o refuerzo de una posición de dominio en el mercado concernido. Posición de dominio que puede ser unilateral o colectiva. Este último supuesto se refiere a los casos en que una fusión en un mercado concentrado obstaculice de forma significativa la competencia efectiva, a través de la creación o el refuerzo de una posición dominante colectiva, que constituye un tipo cualificado de oligopolio, en el que cabe prever el surgimiento de conductas paralelas. Para ello será necesario probar, no simplemente el aumento del grado de concentración de los mercados como consecuencia de la operación –esto permitiría

constatar únicamente su carácter oligopolístico—, es necesario demostrar además que ese eventual oligopolio es anticompetitivo, ya que favorecerá el desarrollo estable de conductas de coordinación entre las empresas operantes en el mismo. Es preciso, consiguientemente, analizar los caracteres del mercado (naturaleza de la demanda, grado de transparencia, estructura de costes de los productores, grado de diferenciación entre los productos, etc.) a fin de determinar si en él se cumplen los requisitos de una coordinación sostenible (posibilidad de llegar a un acuerdo en los términos de cooperación, vigilancia frente a posibles incumplidores y existencia de mecanismos creíbles de disuasión).

Finalmente, y aunque la capacidad de actuación de la CNC es mucho más reducida en este terreno que la de la Comisión Europea, es conveniente prestar atención a la posibilidad de adopción por parte de los organismos públicos de una actitud defensiva frente a sus propias empresas, y a la eventual adopción de políticas neoproteccionistas que instrumentadas mediante la concesión de ayudas o subvenciones a éstas, puedan provocar efectos distorsionadores de la competencia.



Capítulo XVI

Vertientes laboral y social
de la liberalización
de los servicios
en la Unión Europea

SUMARIO

1. El sector servicios como motor del empleo. 1.1 Encuadre. 1.2 Empleos y movilidad de servicios en el mercado interior y en Castilla y León. 1.3 El ordenamiento laboral frente a la liberalización de los servicios. **2. La margen social de la Directiva de servicios.** **3. Materias excluidas y Derechos no afectados.** 3.1 Derecho del Trabajo. 3.2 Seguridad y Salud laboral. 3.3 Seguridad Social. 3.4 Sectores de relevancia laboral y de protección social fuera de la aplicación de la Directiva de servicios. **4. La afectación a los trabajadores autónomos.** 4.1 Delimitación del trabajo autónomo. 4.1.1 Autónomos versus falsos autónomos. 4.1.2 Prohibición de restricciones a la movilidad. 4.1.3 Trabajo autónomo, parasubordinación y trabajo económicamente dependiente. 4.2 Precisiones sobre la afectación de la liberalización de los servicios al trabajo por cuenta propia. **5. Derecho social, libertades comunitarias y Derecho de la competencia ¿pueden convivir en Europa?** **6. Reflexiones abiertas**

VERTIENTES LABORAL Y SOCIAL DE LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS EN LA UNIÓN EUROPEA

Noemí Serrano Argüello

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid*

1. El sector servicios como motor del empleo

1.1 ENCUADRE

Acercarse desde una perspectiva socio-laboral a la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento europeo y del Consejo, de 12 diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior supone transitar por su periferia porque, fuera ya del profundo debate social suscitado en el proceso de su tramitación⁸⁷⁹, la citada Directiva no puede enmarcarse como norma laboral, ni tampoco como norma de empleo⁸⁸⁰. Después de las sucesivas correcciones realizadas por el Parlamento europeo sobre la propuesta originaria de la Comisión se ha indicado (con cierta reiteración, por cierto) que la redacción final de la

⁸⁷⁹ Sobre la etapa embrionaria, abordando en particular la respuesta social sobre la inicial propuesta de Directiva, entre otros, BLANPAIN R. (2006), *Freedom of Services in the European Union. Labour and Social Security Law: The Bolkenstein Initiative*, Kluwer, La Haya.; entre nosotros, ROMÁN VACA EDUARDO (2006), "La directiva relativa a los servicios en el mercado interior. La propuesta Bolkenstein", *Temas laborales* nº 84, pp. 25 a 43, BLÁZQUEZ AGUDO E. (2006), "El futuro de la libre circulación de los trabajadores. Repensando su contenido a partir de la Directiva marco sobre mercado interior", *RMTAS* nº 62, pp. 109 a 124, FONTINOPOULOU BASURKO O. (2006), "Presente, pasado y futuro de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior", *Rev. de Derecho Social* nº 34, pp. 87 a 112 o SERRANO OLIVARES R. (2005), "La propuesta de Directiva Bolkenstein: ¿es razonable la alarma política y sindical suscitada?", *Iuslabor* nº 2 en www.upf.edu/iuslabor. Téngase presente que la eliminación de los artículos 24 y 25 de la propuesta original de la Comisión de la Directiva de servicios deja fuera de su aplicación a los trabajadores desplazados en el mercado interior.

⁸⁸⁰ Así GARCÍA MURCIA J. (2007), "La regulación laboral de la profesión de abogado y otras novedades del cambio de año", *Derecho de los Negocios*, nº 197-febrero, La Ley, pp. 43 y ss.

Directiva 2006/123/CE resguarda y respeta el Derecho del Trabajo⁸⁸¹. En términos del ordenamiento comunitario laboral no se verán alteradas las reglas existentes con anterioridad a su aprobación sino que la nueva Directiva de servicios las mantiene y refuerza.

Sí será, sin embargo, trascendental su influencia sobre el empleo, ya sea sobre el empleo asalariado o el trabajo por cuenta propia, además de resultar plenamente aplicable la norma comunitaria de la liberalización de los servicios al trabajo autónomo. La promulgación de la Directiva 2006/123/CE se apoya, precisamente, en la creación de puestos de trabajo en el sector servicios, pretende avivar la libre circulación de trabajadores, el fomento de la competitividad de la empresa en particular de la PYME, busca mejorar la presencia femenina en empleo, ya que es en el sector terciario donde más empleo femenino se genera⁸⁸². Por lo tanto, entre las finalidades de la Directiva de servicios estaría la creación de puestos de trabajo como un efecto inducido de la supresión de los obstáculos jurídicos del mercado interior. Del mismo modo, para sus redactores la norma comunitaria repercute de manera directa en la mejora del empleo (lo que debe ser leído en clave de calidad del empleo, en mantenimiento y creación de nuevos puestos de trabajo) y de la cohesión social.

Todos los semblantes inciden en determinar el sector servicios como un motor del empleo. Así aparecía en los trabajos preparativos de la Directiva de servicios y ahora se reproduce en los documentos de trasposición de la mencionada Directiva a los derechos nacionales, incluido el español (en la Ley 17/2009, de 23 de noviembre o en las Leyes autonómicas que acaban de promulgarse o mediante Decretos-leyes autonómicos, como es el caso de Castilla y León⁸⁸³). Es lugar común en todas ellas encontrar una repetida referencia a: *“el sector servicios, el más importante de nuestra economía, un motor de crecimiento y de creación de empleo en España”*, recordando su peso en el empleo total por encima del 66% y la dependencia de él de los otros sectores y/o actividades, esa media en los Estados miembros de la Unión se sitúa en el entorno del 70%. Por otro lado, hay que tener presente

⁸⁸¹ Considerando 7 DS.

⁸⁸² Considerando 4 DS.

⁸⁸³ Sin embargo, el Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre, de medidas de impulso de las actividades de servicios en Castilla y León, tan sólo se referirá a la decisiva importancia en el empleo de los grandes establecimientos comerciales.

la situación no sólo de una economía altamente terciarizada sino de las crecientes interrelaciones transnacionales, en particular dentro del espacio interior mediante muy distintas formas jurídicas incluidas las sociedades mercantiles⁸⁸⁴, la progresión de la descentralización y la externalización productiva de calado trasnacional e intracomunitario. Por ello nos parece inevitable, en cualquier lectura de la Directiva de servicios, sea comunitaria o nacional, relacionarla con la política de empleo y el mercado de trabajo⁸⁸⁵. La propia Directiva 2006/123/CE mencionará en reiteradas ocasiones la Estrategia de Lisboa diseñada en el año 2000, sus sucesivas renovaciones de mitad de la década y de los últimos años, aludiendo al objetivo-eslogan de crear *más y mejores empleos*. Igualmente en las últimas anualidades, los aspectos económicos y los de empleo, en forma de estrategias comunitarias, son analizados de manera conjunta por las Instituciones europeas.

1.2 EMPLEOS Y MOVILIDAD DE SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR Y EN CASTILLA Y LEÓN

Las referencias al empleo quedan diluídas en eso, una cita importante que busca estimular una libertad que en la realidad actual se plasma muy poco en el mercado interior europeo, ya que la movilidad de servicios intracomunitarios es, en términos cuantitativos, bastante limitada como, por cierto, también lo es la libre circulación de trabajadores. Términos que se reproducen miméticamente en la Comunidad Autónoma de Castilla y León.

Según las recientes estadísticas, básicamente el flujo de desplazamientos comunitarios de trabajadores comunicados a la autoridad laboral castellano-

⁸⁸⁴ Cambios a los que nuestra legislación atiende con la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles. Con relación a los derechos de información y consulta de los trabajadores el art. 67.4 4 indicará cuando de servicios en centros de trabajo situados en España se trata, éstos se registrarán por la legislación laboral española, al margen del lugar donde dicha sociedad (resultante de la fusión) tenga su domicilio. También se incorpora el nuevo Título IV de la Ley 31/2006, de 18 de octubre, sobre implicación de los trabajadores en las sociedades anónimas y cooperativas europeas, título referido a disposiciones aplicables a las fusiones transfronterizas intracomunitarias de sociedades de capital, que supone la transposición al ordenamiento nacional de la Directiva 2005/56/CE.

⁸⁸⁵ Como ya se ha hecho por SERRANO OLIVARES R. (2006), "La Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior y su impacto en el mercado de trabajo nacional y europeo", Cuadernos de Derecho Judicial nº XXIII, pp. 477 a 547.

leonesa se produce en el ámbito de la construcción (similar al resto de España y Europa⁸⁸⁶) al concentrarse esencialmente los desplazamientos en este sector (superando el 97% del total de empresas de la Región en 2008 y en cifras similares las conocidas para el primer semestre de 2009⁸⁸⁷), con un inapreciable número de trabajadores desplazados para el sector servicios, que raya un insignificante 0,5%. De esos datos también puede observarse que, mayoritariamente, los desplazamientos se concentran en empresas que utilizan mano de obra intensiva, es decir, son esencialmente empresas reclutadoras de mano de obra (ello supone que no se ve implicada en los desplazamientos la necesidad de transportar o adquirir, a su vez, instrumental para realizar el trabajo ni, por supuesto, poseen infraestructuras en la Región). Por otro lado, los desplazados hacia Castilla y León del sector de la construcción suelen provenir en su mayoría de empresas portuguesas.

No sólo importa el empleo en clave numérica –atendiendo al porcentaje de puestos de trabajo afectados por los servicios que acceden al libre acceso– sino la propia capacidad de los cambios normativos a que induce la norma comunitaria como posible generadora, por sí misma, de nuevos empleos (al menos en hipótesis, para España se han cuantificado por el propio Gobierno de la Nación entre 150.000 y 200.000 nuevos puestos de trabajo). La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio será un claro ejemplo anunciando la creación de empleo en las actividades de servicios. Aunque nada se dice de si también puede conllevar una retracción de empleos o quizá una redistribución del empleo intracomunitario, lo cual no resulta improbable en un momento de crisis económica y del empleo como el que atravesamos actualmente (singularmente agudizado en España). En todo caso, habría que atender a creaciones netas de empleo (nacional y en el conjunto global de la Unión europea).

⁸⁸⁶ Un prematuro análisis en LLOBERA VILA M. (2006), "La liberalización de los servicios en el mercado interior: Directiva Bolkenstein, subcontratación y movilidad transnacional", *Rev. de Derecho Social*, nº 36, pp. 59 a 90.

⁸⁸⁷ Boletín de estadísticas laborales (BEL) de la D.G. de Trabajo y Prevención de Riesgos laborales de la Junta de Castilla y León. Total del año 2008, pp. 59 y 60 y Datos del 1^{er} semestre del año 2009, pp. 54 y 55. Por el momento, sólo se ofrecen datos porcentuales de empresas por sectores que desplazan trabajadores a Castilla y León y de trabajadores en su conjunto pero no de trabajadores por sector, lo que sería una cifra más expresiva, también sería conveniente conocer la procedencia del lugar de establecimiento de las empresas de los trabajadores desplazados.

1.3 EL ORDENAMIENTO LABORAL FRENTE A LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS

La principal función asignada a la Directiva de servicios será remover toda clase de obstáculos jurídicos y administrativos para hacer real la libre prestación de servicios en el territorio de la Unión europea, no puede obviarse que algunos de los que se podrían denominar impedimentos en clave de libertad de actividad dentro del mercado interior no son sino protecciones a las personas en clave de derechos, eso sucede con el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, ramas jurídicas genéticamente protectoras e intensamente interventoras. Lo que tendrá en cuenta la redacción final de la Directiva 2006/123/CE fijándose (probablemente) en el art. 2.3 TUE y sus objetivos, cuando al referirse al mercado interior delimita que éste se apoya en una economía social de mercado, tendente al pleno empleo y al progreso social. En determinados apartados la Directiva de servicios incide en la necesidad de supresión por el Estado o, al menos, el examen de los requisitos exigidos en términos de compatibilidad con los principios comunitarios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad con repercusión y referencias a aspectos vinculados con el empleo, por ejemplo el art. 15.2 DS exige a las legislaciones nacionales revisen sus ordenamientos jurídicos (aspecto que incumbe tanto al legislador estatal como al autonómico), de forma que no se permite imponer criterios a las empresas si éstos fueran discriminatorios, en esos términos no será posible: requerir tener un número mínimo de empleados⁸⁸⁸ (letra f), ni exigir al prestador que adopte una forma jurídica particular⁸⁸⁹ (letra b) o tampoco con relación a la actuación de una empresa/prestador de servicios, imponiendo, por ejemplo, límites territoriales o cuantitativos a aquella

⁸⁸⁸ Las leyes laborales españolas requieren tener un porcentaje mínimo de trabajadores fijos respecto al volumen global de la plantilla de las empresas tanto para las Empresas de Trabajo Temporal 12 por cada mil trabajadores o fracción (Ley 14/1994) como para la subcontratación en el sector de la construcción, no inferior al 30% de la plantilla (Ley 32/2006). Por cierto, la Ley 25/2009 en su art. 16 especifica esas exigencias de contratación indefinida en el caso de la construcción para los socios trabajadores de sociedades cooperativas de trabajo asociado, computando a éstos como trabajadores. No parece que estos condicionantes queden afectados por el citado precepto de la Directiva de servicios. Igualmente, algunos convenios colectivos exigen a las empresas alcanzar un número de trabajadores indefinidos, lo que también nos parece que seguiría siendo posible en el futuro.

⁸⁸⁹ En un sentido amplio el requisito también afecta a cualquier exigencia de utilizar una concreta modalidad contractual, como pudiera ser un tipo de contrato específico, incluidas las modalidades contractuales laborales.

(letra a) o tarifas obligatorias mínimas o máximas que el prestador debe respetar (letra g), ni obligaciones de prestar servicios adyacentes junto con el principal (letra h), ni prohibir disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional (letra e).

Otros serán los instrumentos comunitarios para hacer más reales las libertades de circulación aplicadas al mundo del trabajo, originariamente removiéndose los obstáculos de Seguridad Social (Reglamento 1408/1971 y actual Reglamento 883/2004), evitando, primero, cualquier discriminación al nacional de otro Estado miembro para poder realizar su trabajo en el mercado común y ahora en el mercado interior de la Unión europea (y el Espacio Económico Europeo) así como incorporando, después, derechos sociales a la libre circulación de trabajadores (inicialmente con el Reglamento 15/1961, hoy vigente el Reglamento 1612/68 y la Directiva 2004/38/CE⁸⁹⁰). Se trata de normas comunitarias que tienen una dilatada trayectoria en la construcción europea, a diferencia de la recién aprobada Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Ya el art. 40 TCE del Tratado de Roma, en sus referencias a la libre circulación de trabajadores exigió la eliminación de procedimientos y prácticas administrativas o plazos de acceso al empleo contenidos en las legislaciones nacionales o por acuerdos entre los Estados miembros, que supusieran un obstáculo a la liberalización de los movimientos de trabajadores. Igualmente, se propugna la eliminación de plazos y restricciones de las legislaciones nacionales que supusieran un trato discriminatorio para los trabajadores de otro Estado miembro con respecto a las condiciones de los trabajadores nacionales en cuanto a la libre elección de un empleo. En términos bastante similares, con referencias a la libertad de establecimiento, actividad que comprende las prestaciones no asalariadas y su ejercicio⁸⁹¹, e incluye el trabajo autónomo, se exige por el art. 44 TCE (nuevo art. 50 del Tratado de funcionamiento) la eliminación de procedimientos y prácticas

⁸⁹⁰ Que encuentra su última trasposición y actualización al Derecho español por RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. Los dos instrumentos comunitarios citados han sido calificados como el marco jurídico básico de la libertad de circulación de trabajadores, por todos, RODRÍGUEZ-PINERO ROYO M. (2009), "Libre circulación de trabajadores en el espacio europeo: del Tratado de Roma a la Directiva Bolkenstein", RL nº 15 y 16, versión electrónica, La Ley 13974/2009, p. 7.

⁸⁹¹ Arts. 43 y 47 TCE (nuevos arts. 49 y 53 del Tratado de funcionamiento).

administrativas que pudieran suponer un obstáculo para la libertad de establecimiento, así como la progresiva supresión de las restricciones a esta libertad, sin que las condiciones para el establecimiento resulten falseadas por ayudas otorgadas por los Estados miembros.

De las cuatro libertades del mercado interior (libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales) la libertad de circulación de personas supone la de trabajadores –si bien para el trabajador autónomo se vinculará con las libertades de establecimiento y de servicios, de difícil deslinde⁸⁹²–. Las actividades personales de prestación de servicios no pivotan sobre el principio del país de origen (modulado en Europa, primero, para las mercancías y ahora ‘exportado’ a la libre prestación de servicios por la Directiva 2006/123/CE) sino en otras normas, más complejas, que cohonesten libertad de movimientos con el respeto (mínimo –al menos–) de Derechos sociales y de protección social. Aun sin renunciar a la incuestionable realidad de que todas las libertades previstas en el seno de la Unión europea impulsan directa o indirectamente el empleo. Por ello existe una repercusión, cuanto menos mediata, de la Directiva de servicios sobre el trabajo, si bien la intensidad de su influencia dependerá del tipo de trabajo que analicemos, sea autónomo (plena) o asalariado (limitada).

Para llevar a cabo actividades económicas los europeos pueden optar por la libertad de establecimiento o la libre circulación de los servicios, la Directiva de servicios pretende eliminar los obstáculos tanto para quienes pretenden establecerse en otro Estado miembro amparados por la libertad de establecimiento como para aquellos que prestan sus servicios en otro Estado sin establecerse en él, apoyados en la libre circulación de los servicios. Son los ciudadanos que prestan los servicios quienes pueden escoger entre estas dos libertades fundamentales en atención a sus específicas estrategias (empresariales) para el

⁸⁹² La STJCE de 30 de noviembre de 1995, asunto C-55/94, caso Reinhard Gebhard, fijó la doctrina sobre la diferencia entre ambas, indicando que cuando se ejerce de manera *estable y continuada* una actividad profesional en otro Estado miembro está comprendida en la libertad de establecimiento y no en la libre prestación de servicios; además apuntó que el carácter temporal la libre prestación de servicios *debe determinarse en función de su duración, frecuencia, periodicidad y continuidad*. Al respecto véase MESTRE DELGADO J.F. (1997), “Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios profesionales en la Unión europea”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 11, pp. 131 a 155.

desarrollo de sus actividades en el mercado interior⁸⁹³. Desde esa doble óptica elegir uno u otro criterio no es una opción neutral, pues repercutirá sobre la determinación del Derecho social aplicable en cada caso: sobre el Derecho del Trabajo que se proyecta para con los trabajadores asalariados, que no será en todas las circunstancias el mismo si el prestador se establece en el Estado miembro de acogida (con plena e integral aplicación de su legislación laboral) que si opta por la movilidad de trabajadores hacia aquél (siendo entonces de aplicación la Directiva de desplazamiento de trabajadores de 16 de diciembre de 1996) y, también, sobre el Derecho de la Seguridad Social. En conclusión, si se opta por ejercitar el derecho de libertad de establecimiento el Estado miembro de acogida aplicará en su totalidad a la empresa y a sus trabajadores la normativa interna laboral, pero si la empresa decide ejercer la libertad de servicios mediante la movilidad hacia otro Estado miembro de su prestación y, consiguientemente, desplazando a los trabajadores dependientes, encargados de llevarla a cabo, serán de aplicación las previsiones de la Directiva 96/71/CE y, en su caso, más allá del campo de aplicación de aquélla las reglas elaboradas por el Tribunal de Justicia europeo relativas a las posibilidades de extensión de la tutela del trabajo conforme al Derecho interno⁸⁹⁴. Ante la movilidad transnacional intracomunitaria sigue siendo de aplicación la Directiva de desplazamientos de trabajadores, como ya lo era antes de aprobarse en diciembre de 2006 la Directiva de servicios. No obstante, en la medida que se aprecian lagunas regulativas en la Directiva 96/71/CE de desplazamiento de trabajadores ello repercutirá en la aplicación y el juego de los derechos reconocidos a los trabajadores cuando opera la libertad de servicios en el mercado interior.

La mirada penetrante a la Directiva de servicios tiene en cuenta distintos objetivos de interés general, entre los que expresamente se cita la necesidad de ajustarse al Derecho del Trabajo⁸⁹⁵ o, en otro lugar, no impedir la aplicación por los Estados de normas sobre condiciones de empleo⁸⁹⁶. Pero, sin

⁸⁹³ Así lo pone de manifiesto CARABELLI U. (2008), "Una sfida per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE", Studi in memoria di A. Marzal e di V. Stare (fusión de dos trabajos), ejemplar policopiado, pág. 50, del mismo autor más recientemente, CARABELLI U. (2009), Europa dei mercati e conflitto sociale, Cacucci ed., Bari, pp. 105-112.

⁸⁹⁴ *Ibidem*, p. 51. Idea que confirman los asertos del Considerando 82 junto con los arts. 16.3 y 17.2 DS.

⁸⁹⁵ Considerando 7 *in fine*.

⁸⁹⁶ Considerando 82 *ab initio*.

embargo, no puede olvidarse que las relaciones económicas que generará la mayor libertad de servicios en el mercado interior previstas por la Directiva 2006/123/CE ha de tener su propia relevancia social que, igualmente, repercutirá de manera más o menos directa sobre el empleo y también sobre la organización jurídica de los aspectos laborales en y entre los Estados miembros de la Unión europea.

2. La margen social de la Directiva de servicios

La no afectación decidida por la Directiva 2006/123/CE para los asuntos socio-laborales no puede transportarnos lejos de la inevitable interconexión del Derecho social con la libre circulación de servicios en el mercado interior. En el ámbito europeo el desarrollo del mercado económico opera asimismo como elemento de profundización en el mercado europeo del empleo, se trata de una asociación no accidental, necesitan el uno del otro. No se pueden arrinconar las múltiples interrelaciones entre los aspectos laborales, la libre prestación de servicios y la libertad de establecimiento, pues los servicios en el mercado interior o bien los realizarán empresas, normalmente con asalariados a su cargo, o bien, directamente serán llevados a cabo por trabajadores por cuenta propia. Así la movilidad de trabajadores es (va a ser) la principal herramienta canalizadora para la realización efectiva de la libertad de servicios en el mercado interior. La citada movilidad repercute directamente sobre la libre circulación de trabajadores (asalariados) o a las libertades de establecimiento o servicios (para los trabajadores autónomos no asalariados), la movilidad permitirá asimismo una mayor competitividad, mayor interrelación de los servicios intracomunitarios, excitando así las relaciones laborales transnacionales.

En este contexto la Directiva de servicios explica con claridad y reiteración que no afecta al Derecho del Trabajo, ni al Derecho de la Seguridad Social (art. 1.6 DS). En la trasposición española se elude incluir la palabra Derecho⁸⁹⁷. La

⁸⁹⁷ Vid. la Exposición de motivos de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre: *"En el mismo sentido, esta ley no afecta a las disposiciones legales o reglamentarias en materia de empleo y condiciones de trabajo, incluida la seguridad y salud en el trabajo, ni a las cláusulas contenidas en convenios colectivos o en contratos individuales de trabajo ni al ejercicio de derechos colectivos en el ámbito laboral, como el derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones de conflicto colectivo"*.

Directiva aporta algunas claves en las que viene a delimitar la extensión de la dicción Derecho del Trabajo (disposiciones legales o contractuales, salud y seguridad en el trabajo, relaciones colectivas entre empleadores y trabajadores).

La declaración de no afectación debe ser estudiada con mayor rigor. El estudio debe internarse aun más en el *espíritu de la norma* para determinar si la fijación de condiciones de trabajo sólo atiene al trabajo subordinado, cuestionando si es aplicable (y en qué medida) a los trabajadores autónomos o a determinados tipos de trabajadores autónomos. La respuesta, negativa, nos la ofrece el legislador español al establecer sin ambages: *“es importante destacar que la Ley se refiere únicamente a las actividades de servicios por cuenta propia que se realizan a cambio de una contraprestación económica⁸⁹⁸”*. Ello repercutirá, en la relegación de la reciente regulación española (Ley 20/2007, de 11 de julio) del Estatuto del Trabajo Autónomo cuando se ejerza la libertad de servicios en el mercado interior, en particular, sobre la (tenue) protección dirigida a la figura del autónomo económicamente dependiente.

Para los desplazamientos temporales de trabajadores asalariados se estará a las reglas previstas en la Directiva 96/71/CE (lo que reiteran los arts. 3.1 y 17 DS⁸⁹⁹). La Directiva no determina ni fija límites temporales a los desplazamientos intracomunitarios, las normas internas de los Estados miembros indicarán conforme a su regulación jurídica las limitaciones temporales de éstos⁹⁰⁰, pero en términos comunitarios no se determina un tiempo máximo para considerar que se produjo un traslado definitivo y así poder determinar la normativa aplicable a partir de entonces a la relación laboral. El TJUE tuvo

⁸⁹⁸ Nuevamente Exposición de motivos de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre.

⁸⁹⁹ También el Considerando 86 DS.

⁹⁰⁰ Todo desplazamiento debe tener una limitación temporal, esa limitación así como las reglas aplicables a la movilidad geográfica vendrán determinadas por la Ley laboral del país en que se encuentra establecido el empresario que desplaza trabajadores, en este sentido GUTIÉRREZ SOLAR-CALVO B. (2006), “Derecho aplicable a las condiciones de trabajo de los trabajadores que se desplazan temporal o definitivamente a otro Estado miembro de la Unión europea”, en VALDÉS DAL-RE F. y ZUFIAUR NARVAIZA J.M. (dirs.): *Hacia un mercado europeo del empleo*, MTAS- Informes y estudios, Bilbao, pp. 180 y181. Para una aproximación a la movilidad de trabajadores desplazados desde España, entre otros, GARCÍA PERROTE ESCARTÍN I. (2008), “Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo”, REDT nº 138, pp. 313 a 324.

ocasión de pronunciarse al respecto en el asunto C-215/01, caso Schnitzer, debiendo discernir entre una pretendida libertad de circulación de servicios que *de facto* supone una libertad de establecimiento, la resolución aporta criterios endebles para poder deslindar una de otra⁹⁰¹, pudiendo exigir para los trabajadores la tutela propia del Estado de acogida en casos de libertad de establecimiento⁹⁰². La Directiva de desplazamientos de trabajadores contiene una protección de mínimos al incorporar, tan sólo, una aplicación limitada y parcial de las normas laborales del lugar de la prestación del trabajo. El mayor elemento de defensa para los derechos de los trabajadores desplazados lo ofrecerá la Ley aplicable al contrato de trabajo, que será determinante en el cierre de la tutela laboral. La configuración de la propia Directiva de desplazamientos de trabajadores aplica la regla del país de acogida sólo a determinadas materias reguladoras de ciertas condiciones de trabajo y empleo, fijando ciertas garantías mínimas con independencia de cuál sea la legislación aplicable a la relación laboral⁹⁰³. Con lo cual se busca evitar el *dumping social* o la disolución de ciertos derechos laborales valiéndose ilegítimamente del desplazamiento temporal. Aunque no lo recoja el articulado la Directiva de servicios tampoco debe afectar a las condiciones de trabajo y empleo cuando se realizan prestaciones transfronterizas si el trabajador es contratado en el Estado miembro en el que presta el servicio⁹⁰⁴.

Por lo que respecta al campo de la Seguridad Social el Derecho comunitario tiene una larga tradición de coordinación de los sistemas de Seguridad Social promovido gracias al Reglamento 1408/1971, del Consejo de 14 de junio (hoy sustituido por el Reglamento 883/2004). La nueva ordenación comunitaria no afecta a la configuración de las normas en materia de Seguridad Social por parte de los Estados, manteniendo las regulaciones existentes.

La no afectación por la Directiva 2006/123/CE de los dos grandes núcleos del Derecho social, Derecho del Trabajo y Derecho de la Seguridad Social,

⁹⁰¹ STJUE de 11 de diciembre de 2003.

⁹⁰² Considerando 77 DS.

⁹⁰³ Para profundizar sobre su estado actual, por todos, FERREIRO REGUEIRO C. (2009), "Los desplazamientos transnacionales tras el asunto Rüffert", Relaciones Laborales, nº 14, versión electrónica.

⁹⁰⁴ Considerando 87 DS.

también puede ser leída en términos de reparto de competencias entre los Estados miembros y la propia Unión⁹⁰⁵. Tal y como venimos anunciando, la real influencia de lo económico sobre lo social ha de ser analizada en términos de las posibles disfunciones regulativas provocadas en detrimento de la protección de los trabajadores europeos que deciden (o son abocados a) moverse dentro del mercado interior, porque la materia social está anclada, principalmente, en el ordenamiento nacional mientras la económica se apoya sobre las sólidas bases o principios del mercado interior sin fronteras, ni restricciones ni obstáculos. Ciertamente, hay dos velocidades de desarrollo normativo europeo que afectan con distinta intensidad a los aspectos económicos y a los sociales. Sin descartar la complejidad del tratamiento hay que indicar que los movimientos operados a partir de Maastricht (1992), Ámsterdam (1997), Niza (2000) y Lisboa (2007) refuerzan la visibilidad de la posición social en el Derecho originario de los Tratados, aunque en ocasiones ello no se traduzca en alcanzar un deseado equilibrio en confrontación con las cuatro libertades que –parece– siguen ocupando un papel preeminente. Al margen de que, en ocasiones, se quiera establecer una (indebida) jerarquía entre las libertades comunitarias, así el lugar ocupado por la libre circulación de trabajadores con sus fundamentos, en especial la protección de condiciones laborales entre Estados miembros con notables diferencias en sus regulaciones laborales –y no sólo salariales por el riesgo de dumping social retributivo, que se ha visto acentuado tras la ampliación de la Unión europea en 2007– cedería espacios propios frente a las otras, en particular la libre prestación de servicios⁹⁰⁶. La única correspondencia para crecer en lo económico sin devastar lo social será poder interpretar que es posible lograr

⁹⁰⁵ No sólo para los aspectos sociales sino también en otros campos se ha hecho notar la limitada competencia de la Unión en el marco de afectación de la Directiva de servicios o, incluso, la falta de competencia para formular una política comunitaria referida a la regulación de actividades económicas, pues se entromete en cuestiones propias del ámbito constitucional interno, hasta prescinde a veces del sistema constitucional nacional y, ya en relación con las resoluciones del TJUE, en clara confrontación con la de los Tribunales Constitucionales internos al dictar resoluciones que podrían suponer un choque alcanzando resultados distintos, así PAREJO ALFONSO L. (2009), “La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein: la interiorización, con paraguas y en ómnibus, de su impacto en nuestro sistema”, *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho –iustel–*, nº 6, pp. 36 y ss.

⁹⁰⁶ Un excelente análisis sobre esta cuestión en PALLINI M. (2007), “Liberalizzazione dei servizi e rischi (veri e presunti) di dumping sociale nell’Unione europea”, *Diritto Pubblico comparato ed europeo*, vol. I-2007, pp. 379 a 411.

el avance en el mercado interior y de la liberalización de los servicios sin que ello suponga una disminución de la tutela de los derechos laborales (aunque ésta no ha sido siempre la respuesta emitida por parte del TJUE, al menos en su última etapa).

3. Materias excluidas y Derechos no afectados

El campo socio-laboral ha salido de la esfera aplicativa de la Directiva de servicios, mediante un doble mecanismo de exclusiones: (1) la no afectación de una rama del ordenamiento jurídico, la rama social: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, (2) la no aplicación de la Directiva a determinadas áreas por pertenecer al grupo de servicios que, por voluntad legislativa (en atención a un especial interés comunitario) no se someten a la Directiva. Será difícil percibir realmente si en el ámbito social existe gran diferencia sustantiva entre *no afectación* y *no aplicación* (terminología que, por cierto, el legislador español mantiene respetando la literalidad de la Directiva). Se puede sobreentender que la no aplicación se vincula, normalmente, a la especial regulación de los concretos servicios, ya existente en el ámbito comunitario o regulación programada para el futuro inmediato. Mientras la no afectación implica no obstrucción por la nueva regulación de la Directiva de servicios en el Derecho del Trabajo y el Derecho de la Seguridad Social –pero en su aplicación práctica será muy difícil llegar a la conclusión de no intercomunicación pues se trata de espacios que constantemente se entremezclan–.

Las mencionadas exclusiones que expresamente afectan a lo social se refieren a:

1. la no afectación de la Directiva al Derecho del Trabajo que los Estados miembros apliquen conforme al Derecho comunitario (art. 1.6 DS), además en caso de conflicto prima la norma comunitaria de desplazamientos transnacionales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios Directiva 96/71/CE sobre la nueva Directiva de servicios 2006/123/CE⁹⁰⁷, aunque aquella norma presenta

⁹⁰⁷ La Ley 45/1999 transpuso al Derecho interno la citada Directiva 96/71/CE que fija como criterio general la aplicación para los trabajadores desplazados temporalmente la normativa del Estado miembro en el que se desarrolle el trabajo, salvo norma más favorable para el trabajador, alejándose de la regla del país de origen que insufla toda la Directiva de servicios.

carencias importantes en la efectiva protección de los derechos laborales de los trabajadores que ya han sido constatadas tras algunas recientes resoluciones del TJUE y por los sindicatos europeos⁹⁰⁸,

2. no afectación a la legislación nacional de Seguridad Social de los Estados Miembros (art. 1.6 *in fine* DS),
3. finalmente, excepciona la aplicación de la Directiva 2006/123/CE para las empresas dedicadas a la prestación de determinados servicios que operan en el marco de actividades socio-laborales, las excepciones se agrupan en la exclusión de la aplicación de la Directiva a las empresas de trabajo temporal (art. 2.2 letra e DS), a los servicios sanitarios (art. 2.2 letra f DS), a los servicios sociales de asistencia a las personas (art. 2.2 letra j DS) y con carácter general a los servicios no económicos de interés general (art. 2.2 letra a DS). Detengámonos en la justificación de cada una de las materias y ámbitos excluidos.

3.1 DERECHO DEL TRABAJO

La no afectación coloca al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social dentro del reconocimiento de las normas sociales como esfera jurídica propia con tratamiento específico a nivel comunitario, más allá, incluso, de las excepciones motivadas por diversas razones (tratamiento, este último, recibido por la interpretación del Tribunal europeo de Luxemburgo en los años precedentes). El trabajo no puede ser tratado como una mercancía, porque no es una mercancía (como ya apuntara la Declaración de Filadelfia que aprobó la Constitución de la OIT), tampoco en el mercado interior en términos de las libertades comunitarias el trabajo puede ser considerado bajo aquellos parámetros (pero, quizá, esta concepción no ha calado en todas las instituciones comunitarias), ni como factor de producción, ni mucho menos considerado como limitaciones o restricciones para las otras libertades porque resultan una excepción justificada a la libre circulación, en especial de servicios.

⁹⁰⁸ Si bien la tradicional doctrina del Tribunal vino a considerar la tutela de los trabajadores como una razón de interés general que permite limitar la libre prestación de servicios, STJCE de 17 de diciembre de 1981, caso Webb C-279/80, pero a la luz de los últimos pronunciamientos parece que hoy es difícil encorsetar dentro del interés general la tutela abstracta de los derechos de los trabajadores.

El respeto de libertades económicas no puede convertirse en el acicate que consienta o, simplemente, permita la no aplicación de la normativa laboral o de protección social. Es erróneo auscultar en el ámbito comunitario el Derecho del Trabajo como Derecho de proteccionismo nacional (o de injerencia), éste busca la protección de todos los trabajadores, no sólo del trabajo nacional⁹⁰⁹. Por otro lado, el propio Derecho del Trabajo pretende desde sus orígenes impedir no sólo el abuso en las condiciones laborales sino evitar la competencia (desleal) entre patronos y países limítrofes. Nuestra rama siempre se ha preocupado por luchar frente al llamado *dumping social*, incluida la óptica economicista que aquél acarrea. No pocos avances trascendentales de las normas sociales han recibido el indirecto impulso de las reglas del mercado. Sin perjuicio de la necesidad de buscar costes salariales similares para evitar que se alteren las reglas de la competencia intracomunitaria. Sin embargo, en Europa el peso de la normativa comunitaria social en comparación con la económica o de la libre competencia se muestra hoy bastante desigual, como David frente al gigante guerrero filisteo Goliat.

La redacción final de la Directiva de servicios en varios apartados, tanto en su presentación-fundamentación como en el articulado⁹¹⁰, nos aproxima a cuál es del Derecho del Trabajo no afectado por ella, que comprende, al menos, condiciones de trabajo, incluidos periodos máximos y mínimos de descanso, duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, cuantías del salario mínimo, salud, seguridad e higiene en el trabajo, también algunos aspectos de las relaciones colectivas, con cita del derecho de negociación y concertación de acuerdos colectivos, derecho de huelga, emprender acciones sindicales, incidiendo en el respeto del ejercicio de los derechos fundamentales –nacionales y los incorporados a la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión europea– en particular se mencionan los de vertiente colectiva⁹¹¹. La no afectación se producirá siempre de acuerdo con la

⁹⁰⁹ RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. (2009), cit., p. 14, indica que la legislación laboral y los convenios colectivos se analizan ahora por el TJUE como medidas sospechosas de proteccionismos que dificultan la libre prestación de servicios en el mercado interior y no como anteriormente sucedió, como manifestación de orden público. En clave europea sin embargo, también, esta segunda postura supone mirar a la legislación laboral como una excepción admisible a la libre prestación, desde una óptica economicista, alejada de lo que realmente es: la ordenación jurídica del trabajo.

⁹¹⁰ Parágrafos 13, 14, 15, 82, 86, 87 de los considerandos iniciales de la Directiva de servicios y su art. 1.6.

⁹¹¹ Art. 1.7 DS.

legislación (laboral, se sobreentiende) y prácticas nacionales que respeten el Derecho comunitario⁹¹². Si bien en clave comunitaria se supervisarán las normas laborales en términos de cumplimiento de sus fines, de la protección a los trabajadores, pero para su justificación se realizará el escrutinio de los criterios de medida exigidos por el TJUE para el real desarrollo de las libertades comunitarias: no discriminar por razón de la nacionalidad, ser medidas necesarias y proporcionadas⁹¹³. Por si no fuera poco, esa sujeción lo ha de ser además *de conformidad* con el derecho comunitario, por ello requiere a la normativa laboral “ajustarse a las demás disposiciones pertinentes del Derecho comunitario⁹¹⁴”. En aras al respeto de elenco de derecho laborales hemos de esperar que dentro de la pertinencia aludida se alojen los fines y objetivos sociales del Tratado. El art. 16.3 DS consiente la aplicación por los Estados de sus correspondientes disposiciones en materia de empleo, señalando expresamente “*incluidas las establecidas en convenio colectivo*”.

Las referencias al Derecho del Trabajo o legislación laboral deben ser tenidas en cuenta en un sentido material, centradas por lo tanto en la regulación de materias laborales (relaciones laborales y empleo), reguladas bien a través de la Ley, el convenio colectivo o el contrato de trabajo. Así la materia no afectada por la Directiva de servicios ha de responder a aquel contenido. Leído de otra forma, parece difícil admitir que estén fuera de la aplicación de la Directiva 2006/123/CE normas que *nominalmente* se adjetiven de laborales si su contenido *material* no lo es.

Asimismo conviene destacar como la Directiva 2006/123/CE declara que no afecta al ejercicio de los Derechos fundamentales (art. 1.7 DS), por lo tanto, tampoco debería afectar a los Derechos fundamentales laborales. El propio precepto se detiene en señalar algunos derechos colectivos como la negociación colectiva o el derecho a emprender acciones sindicales.

⁹¹² En el mismo sentido el art. 28 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea exige que su ejercicio sea “de conformidad con el Derecho comunitario”.

⁹¹³ Reglas que, como es sobradamente conocido, se incrustan en el tratamiento de cualquiera de las libertades comunitarias, así por ejemplo la Directiva de servicios incorpora en numerosos preceptos estos criterios como habilitantes de las “medidas restrictivas” que se pueden imponer, pueden consultarse al respecto los arts. 9.1, 10.2, 15.3, 16.1 ó 20 DS.

⁹¹⁴ Considerando 82 DS.

Todos los ordenamientos laborales incorporan una cláusula que extiende la aplicación de legislación laboral interna a quienes contratados en el país de origen presten sus servicios en el extranjero, incluyendo, al tiempo, el respeto de las normas de orden público aplicables al lugar de acogida donde efectivamente se desarrolla la actividad laboral. Se trata de una norma aplicable a trabajadores desplazados a otros países sean procedentes de países extracomunitarios o, incluso, si son Estados miembros de la Unión europea. Es el caso del art. 1.5 del Estatuto de los Trabajadores español preocupado singularmente de que los derechos retributivos de los trabajadores desplazados sean, al menos, los mismos que si la prestación se efectuase en España. Por RD 1659/1998, de 24 de julio⁹¹⁵, se exige al empresario ofrecer información al trabajador que preste normalmente servicios en el extranjero –si el tiempo de prestación fuera de cuatro semanas o superior– referente a la duración de la prestación en el país extranjero, moneda de pago del salario, retribuciones, dietas, compensaciones y otras ventajas que percibirá por prestar servicios en el extranjero.

El texto de la Directiva de servicios esclarece qué es Derecho laboral a efectos de la aplicación de la norma, con un expresivo, es decir, “*cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo*”. La no afectación de la Directiva 2006/123/CE abarca a todas las fuentes reguladoras de la relación laboral, no sólo las normativas y los convenios colectivos, al contrato de trabajo también. Para los desplazamientos transnacionales se permite aplicar *garantías mínimas* protectoras de los trabajadores, al menos cuando sean derecho necesario, conforme a la normativa del país de destino donde se lleve a cabo la prestación del servicio, se trata del denominado *núcleo mínimo de protección* (independientemente de cuál sea la Ley aplicable al contrato de trabajo⁹¹⁶), salvo que las garantías y condiciones laborales del país de origen fueran mejores.

⁹¹⁵ Art. 3 RD 1659/1998, de 24 de julio de desarrollo del art. 8 apartado 5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. El citado Real Decreto trae causa de la transposición al Derecho español de la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre, relativa a la obligación del empresario de información al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral.

⁹¹⁶ Cuya respuesta se ofrecía en el Convenio de Roma de 1980 y ahora figura en el nuevo texto del Reglamento 593/2008/CE, de 17 de junio que contiene el Reglamento aplicable a las obligaciones contractuales (conocido como Roma I). Conviene recordar que el art. 3.2 DS señala que la Directiva no se aplica a las normas de derecho internacional privado, con cita expresa de las que regulan la Ley aplicable a las obligaciones contractuales y extracontractuales, incluidas las derivadas del contrato de trabajo, en este sentido es explícito el considerando 90 DS.

En todo caso, conviene recordar aquí que la Directiva 96/71/CE relativa a los trabajadores desplazados fijará tan sólo determinados aspectos en los que se ha de aplicar la mayor protección de la legislación del país de destino (periodos máximos de trabajo y períodos mínimos de descanso, duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, cuantías del salario mínimo, condiciones de suministro de mano de obra en particular por parte de las ETT, la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo, medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y empleo de los menores y de las mujeres en situación de embarazo, maternidad o lactancia, igualdad de trato entre sexos y otras disposiciones en materia de no discriminación⁹¹⁷). Además su operatividad no es automática, adicionalmente, se exigirá que esas materias se encuentren contempladas en leyes estatales (disposiciones legales, normativas o administrativas) o, si se trata de empresas vinculadas a actividades propias de la construcción, admite también los convenios colectivos (sectoriales) de eficacia general o laudos arbitrales declarados de aplicación general⁹¹⁸. La normativa comunitaria aludida permite a los Estados miembros incluir normas derivadas de la autonomía negocial para actividades distintas de la construcción, como, por cierto, hizo en el año 1.999 el legislador español⁹¹⁹. Se trata de la fijación de normas mínimas de respeto de la legislación laboral del país de destino, aplicables a los trabajadores desplazados temporalmente. A ellas será posible añadir otras reglas nuevas, así la Directiva de servicios indica que podrán aplicarse otras condiciones de trabajo y empleo relativas a materias distintas de las expresamente aludidas en la Directiva de desplazamientos transnacionales de 1.996 pero siempre que se justifiquen en razones de orden público⁹²⁰.

La regulación forma parte de la medida de lucha contra el llamado *dumping social*, quiere evitar que la movilidad intracomunitaria pueda servir no sólo de base de reducción de costes sociales sino de fuente de *evaporación* de

⁹¹⁷ Art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE, de 16 de diciembre de 1996 relativa al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

⁹¹⁸ Art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE. en relación con el apartado 8º y el Anexo de la misma.

⁹¹⁹ Art. 3.10 Directiva 96/71/CE y art. 3.4 de la Ley 45/1999.

⁹²⁰ Considerando 86 *in fine* DS. La STJUE 19 de junio de 2008, Comisión contra Gran Ducado de Luxemburgo, delimita determinados aspectos para ser incorporados en la noción orden público "social".

derechos laborales (irrenunciables en sede comunitaria). No permite la competencia desleal, en cuanto a costes sociales se refiere, producida por los desplazamientos temporales de trabajadores⁹²¹. No permite, tampoco, un distinto trato al trabajador nacional frente al desplazado, con reducción significativa de las condiciones laborales de este último⁹²². La regulación resultante es compleja porque también es complejo, por un lado, evitar perjuicios para las empresas (competencia desleal) y trabajadores (significativa reducción de la tutela laboral), por otro, no limitar en un mercado interior la libertad de prestación de servicios que ofrecen las empresas bien desplazando a trabajadores asalariados o a través de la movilidad del propio trabajo autónomo.

Las Directivas comunitarias 96/71/CE de desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, 98/59/CE sobre aproximación de legislaciones en materia de despidos colectivos, 2001/23/CE sobre transmisión de empresa, 2002/14/CE que establece un marco general relativo a la información y consulta de los trabajadores de la Comunidad europea y, más recientemente, la reforma mediante Directiva 2008/94/CE de la protección de los trabajadores en caso de insolvencia del empresario o la Directiva 2008/104/CE de trabajo a través de empresas de trabajo temporal, entre otras, han sido catalogadas como regulaciones *anti-dumping*, pues al pretender la aproximación de las legislaciones nacionales

⁹²¹ Como ha puesto de manifiesto el TJCE en Sentencia de 12 de octubre de 2004, Wolff y Müller GmbH asunto C-60/03 en reclamación de salarios a su empresa principal por virtud de la responsabilidad solidaria entre la principal –radicada en el país de prestación laboral– y la contratista –con sede en otro Estado miembro– pues la regulación de los desplazamientos temporales de trabajadores en el mercado interior busca asegurar una competencia no falseada por los costes laborales, evitando así la competencia desleal en la retribución de, al menos, los salarios mínimos garantizados a los trabajadores. La decisión se justifica en la protección a los trabajadores entendida ésta como una razón de interés general.

⁹²² Tampoco se tolera un distinto trato otorgado entre empresas de distinta nacionalidad. Así la STJUE de 21 de enero de 2010, asunto C546/07, Comisión contra Alemania, no permite que en virtud de una cláusula de protección del mercado laboral se excluya de la posibilidad de celebración de contratos de obra a las empresas que prestan servicios en el sector de la construcción en Alemania si se trata de empresas de Estados miembros distintos de Alemania (en el caso de estudio Polonia). Se trataba de la prohibición de efectuar contratos de obra en cuya ejecución participen trabajadores extranjeros si la obra se realizaba en un distrito de la Agencia Federal de Empleo de la República Federal de Alemania en el que el índice medio de desempleo durante los seis meses anteriores haya sido al menos en un 30% más alto que el índice de desempleo de la República Federal de Alemania en su conjunto.

esa acción también se realiza en busca de una libertad de competencia entre empresas comunitarias, en la remoción de obstáculos al mercado interior⁹²³. La finalidad de este Derecho social derivado, además de tutelar los intereses de los trabajadores afectados, garantizando el respeto de sus derechos, evita cualquier pretensión de falseamiento de la competencia en términos de costes laborales⁹²⁴, o medidas laborales que incidan negativamente sobre la concurrencia entre empresas.

Aunque pudiera resultar una paradoja el mercado interior y la Europa de los mercaderes han sido un firme basamento para la creación de la Europa social, si bien es cierto que aún permanece en fase de construcción en nuestros días. Como se ha indicado, todas estas normas sociales se dictan mirando también a la incidencia sobre el mercado interior, para remover posibles obstáculos al mismo o se fijan en la adaptación de la empresa al mercado. En todo lo social del ayer mercado común y hoy Unión europea, resplandece la aureola económica. Pero también acontece a la inversa, en lo económico se atraviesa el empleo, su creación y su mantenimiento (en forma del llamado círculo virtuoso) pues, no se puede olvidar que la aproximación de legislaciones sociales permite ir implantando un importante paquete de derechos sociales comunitarios más avanzados. Hay quienes observan un sometimiento de las normas sociales al Derecho económico y la regulación de la libertad de competencia, llegando a interpretar que ésta reduce aquéllas porque las normas laborales se colocan en una posición de subordinación, al menos, a la luz de los pronunciamientos del TJUE. Lo que puede ser leído a la inversa en términos de superioridad de todo lo económico frente al avance europeo de lo social. Para otros el mercado común, asiento de las Comunidades Económicas sobre las que se crea la Unión europea ha servido de eje propulsor de las normas sociales comunitarias, como instrumento de crecimiento y expansión de un modelo social, no sin peculiaridades. Peculiaridades derivadas de las herramientas utilizadas, normas imperativas de obligado cumplimiento que marcan unos mínimos, combinadas con la articulación del llamado derecho

⁹²³ En sus considerandos esas Directivas aluden a la necesidad de propiciar un clima de competencia leal o, lo que es lo mismo, garantizar que no se falsea la competencia.

⁹²⁴ Así MARTÍNEZ FONS D. (2006), "Derecho del Trabajo y libre competencia en el ordenamiento comunitario", en Libre competencia y Derecho del Trabajo, La Ley, Madrid, La Ley 11469/2009, pp. 3 y ss. –versión electrónica–.

suave, con mecanismos de coordinación comunitarios –método abierto de coordinación–, que permite acercar las legislaciones mediante criterios comunes para el cumplimiento de los objetivos y fines sociales perseguidos, que, en muchas ocasiones, serán voluntariamente asumidos por los agentes nacionales. Lo que se ha leído como la flexibilidad del Derecho europeo, en términos de cooperación reforzada o permisión de cláusulas de escape y de implantación de mecanismos alternativos⁹²⁵ que han sido soportadas para que progresara, aun lentamente, la política social comunitaria frente a las reticencias de algunos Estados socialmente escépticos (a la cabeza de ellos el Reino Unido, ahora igualmente reconocibles en algunos países de la Europa ampliada).

El operador jurídico también debe cuestionar si el llamado derecho administrativo laboral, como derecho especial al servicio de la real operatividad del Derecho del Trabajo está, por tanto, incluido por la no afectación de la Directiva de servicios. Efectivamente lo está. A ello conviene señalar que parte (no desdeñable) de la actividad administrativa laboral es reflejo del ejercicio de poder público y del poder sancionador del Estado en materias que afectan al cumplimiento de la normativa laboral, cuestiones éstas que están, a su vez, excluidas no sólo de la Directiva de servicios sino de la (in)aplicación de determinadas limitaciones escudadas en las diferentes libertades comunitarias. No obstante, el legislador puede incorporar simplificaciones administrativas en este campo de la administración laboral como lo ha hecho en general en otros ámbitos, pero no por exigencias derivadas de transposición de la Directiva de servicios, ni de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre. Se tratará de modificaciones de Leyes sociales para su adaptación a los nuevos principios que van más allá de lo necesario⁹²⁶. Así la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, incorpora medidas de simplificación administrativa en el ámbito laboral, extendiendo para una parcela del Derecho expresamente excluida por la Directiva 2006/123/CE, como lo es el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, algunas reglas de transparencia, eficiencia y simplificación, buscando de esta manera el impulso de la actividad económica (y del empleo).

⁹²⁵ En estos términos RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO M. (2009), “Libre circulación de trabajadores...” cit., p. 8.

⁹²⁶ Véase el Preámbulo de la Ley 25/2009, de modificaciones de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, apartados I *in fine* y II *ab initio*.

Por ello la Ley 25/2009, conocida como *Ley ómnibus*, modifica algunos aspectos relacionados con la administración laboral⁹²⁷. Incorpora reglas que simplifican la tramitación de las empresas para establecerse como empleadoras, también incluye reglas facilitadoras de la cooperación entre Estados miembros en los ámbitos laboral y de Seguridad Social. La Ley cuenta dentro de su Título I con un breve Capítulo IV rubricado *actuaciones relativas a las empresas en el ámbito laboral y de la Seguridad Social*. En cuanto a las medidas de simplificación, la citada Ley suprime la obligación de previa autorización para la apertura de un centro de trabajo o alteraciones de éstos, sustituyendo la autorización por la comunicación previa a la autoridad laboral competente (previamente o en los 30 días siguientes a la apertura), en los mismos términos previstos por el nuevo art. 71 bis de la Ley 30/1992. En obras de construcción también suprime la autorización por una comunicación de apertura del centro de trabajo, si bien en este caso debe ser siempre previa y anterior al inicio de los trabajos, y sólo permite que la efectúen los empresarios que reúnan la condición de contratistas (art. 7 de la Ley 25/2009).

En relación con la cooperación administrativa entre los órganos de vigilancia y control de la normativa social de los Estados miembros incorpora varios cambios en la Ley 42/1997, ordenadora de la inspección de trabajo y Seguridad Social. Se trata de medidas dirigidas al conocimiento por parte de la autoridad del país de origen en la que las actuaciones por incumplimiento puedan ser sancionadas, o a prestar ayuda y colaboración a otros Estados miembros competentes (art. 9 de la Ley 25/2009).

Incorpora, asimismo, varias modificaciones en la LPRL mediante el art. 8 de la Ley 25/2009:

1. añadiendo nuevos apartados a su articulado en relación con la integración eficaz de la gestión de la prevención en la empresa, atendiendo a las necesidades de las PYMEs y a sus particularidades, en aras a la simplificación de las obligaciones de prevención permitirá (tras el necesario desarrollo reglamentario previsto sin fijar plazos para llevarlo a cabo

⁹²⁷ Lo que permitirá continuar con los controles ex post pero no con los de la administración preventiva existe hasta la fecha en materia de autorizaciones. A algunas de ellas corresponde administrarlas a las Administración autonómica que tiene, en gran medida, encomendada la ejecución de la legislación laboral ex art. 149.1.7ª CE.

- por la DF 3ª) que, en atención al número de trabajadores y la peligrosidad de los trabajos, se puedan realizar las obligaciones del plan de prevención, evaluación de riesgos y planificación de la actividad preventiva de forma simplificada; simplificando las obligaciones para las empresas auditoras de la prevención de riesgos laborales exigiéndoles una única autorización con validez para todo el territorio nacional, e indicando que en caso de silencio el mismo es negativo –justificado en la garantía de protección adecuada a los trabajadores–, aplicando esta regla del silencio negativo también para la acreditación como servicio de prevención y no la nueva regla dilatada de la liberalización de los servicios del silencio positivo (además, se establece un plazo de 6 meses para aplicar los nuevos procedimientos de autorizaciones administrativas para las empresa auditoras y servicios de prevención –DT 2ª–), e incorpora una nueva DA 16ª LPRL, siendo suficiente para que las empresas dedicadas a la formación en prevención justifiquen ante la autoridad laboral competente el cumplimiento de los requisitos reglamentariamente exigidos que lo realicen mediante una declaración responsable –en los términos que aparece esta nueva figura de la declaración responsable en el art. 71 bis de la Ley 30/1992–; o
2. modificando otros preceptos de la LPRL, por ejemplo, al elevar la posibilidad de asunción directa por el empresario de la prevención de la empresa de 6 trabajadores –regulación previa– hasta 10 trabajadores –nueva ampliación–; se recuerda que cuando la empresa no asume la actividad preventiva con recursos propios está obligada a hacerlo a través de un servicio de prevención ajeno, sin perjuicio de la atribución de esa competencia a otras entidades; recoge la obligación de suscripción de una póliza de seguro que cubra las responsabilidades de las entidades que actúan como servicios de prevención, en la cuantía que reglamentariamente se determine.
 3. Fuera de la esfera administrativa atribuye nuevas competencias al comité de seguridad y salud para que se le informe y debata en su seno sobre dos nuevos aspectos, la elección de la modalidad organizativa de la prevención en la empresa y la gestión realizada por la entidad con la que se hubiera concertado la actividad preventiva. En materia de prevención de riesgos laborales, también, mejora la posibilidad de asunción personal por parte del propio empresario de la gestión de la actividad preventiva para las empresas de hasta 10 trabajadores, con el

compromiso de las Administraciones de facilitar esa tarea mediante el diseño de un plan de asistencia técnica en la organización de la actividad preventiva, la autoevaluación por sectores, y con especial atención para actividades o riesgos que requiriesen apoyo técnico especializado (DA 3ª de la Ley 25/2009).

Finalmente, el art. 10 de la Ley 25/2009 mejora la administración electrónica en relación con la aportación de datos a la Seguridad Social, permitiendo a las empresas de menos de 100 trabajadores comunicar datos en soporte informático relativos a encuadramiento, cotización, recaudación u otros relacionados con la Seguridad Social, así como la posibilidad de presentación telemática de partes de baja y alta por incapacidad temporal de sus trabajadores, en los términos que se establezcan por Orden ministerial.

Sólo cabe cuestionarse si los cambios introducidos afectan o no a la correcta aplicación de las normas laborales o, mejor, si arrastran o no algún género de desvalimiento para el respeto de la condiciones laborales, ya que tradicionalmente se exigieron determinadas autorizaciones como soporte de su propio armazón ¿o simplemente eran requisitos *superfluos*? y hasta excesivos los contemplados anteriormente en las Leyes, propios de una burocracia exacerbada. A la Administración laboral corresponde valorar si la sustitución de autorizaciones por comunicaciones o, en su caso, declaraciones responsables es afortunada, atendiendo al ámbito que afectan. Sobre todo cuando examine la ordenación de las nuevas medidas a los fines de vigilancia y control del cumplimiento de la normativa laboral que tiene encomendados. Probablemente, el legislador español ha aprovechado la Ley 25/2009 para incluir algunas modificaciones que eran, desde hace algún tiempo, demandadas en los ámbitos laborales pero que no forman parte del núcleo esencial referido a la liberalización de los servicios en el mercado interior que disciplina la Ley de 22 de diciembre de 2009.

3.2 SEGURIDAD Y SALUD LABORAL

La regulación de seguridad y salud laboral ha de ser vista como una normativa de orden público. No se puede eludir la aplicación del Derecho del Estado de acogida en donde se realizará el trabajo, sea éste asalariado o autónomo, pues se trata de normas imperativas y obligatorias que sirven a

la protección eficaz de todos los trabajadores en un cuerpo legal tan sensible como es la seguridad y salud laboral. La Directiva de servicios incorpora como ámbito de no afectación esta materia, que define a su vez como parte integrante del Derecho laboral (art. 1.6 DS).

En el ámbito comunitario ni siquiera parece conveniente aplicar la legislación del país de origen aun cuando en materia de seguridad y salud laboral a partir de la Directiva marco 89/391/CEE relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y salud de los trabajadores la armonización comunitaria es bastante profusa e intensa. Por ello, ya la Directiva 96/71/CE de desplazamiento de trabajadores exige en la aplicación de las reglas relativas a la seguridad, higiene y salud en el trabajo que se cumplan las disposiciones del Estado de destino con independencia de cualquiera que sea la legislación aplicable al contrato de trabajo⁹²⁸. Esa posición se verá reforzada en todo caso por la Ley española de desplazamientos –Ley 45/1999– y corroborada, por los principios que informan la Ley 31/1995, de 8 de noviembre de prevención de riesgos laborales.

El espectro de la seguridad y salud laboral es ciertamente extenso. Abarca todo lo relacionado con la prevención de los riesgos derivados del trabajo: la protección de la seguridad y salud laboral, eliminación o disminución de los riesgos laborales, la información, la consulta⁹²⁹, la participación equilibrada y la formación de los trabajadores en materia preventiva⁹³⁰.

En la Unión europea se ha constatado que la exposición a sufrir accidentes laborales por parte de los trabajadores desplazados es alta (o muy alta), ya que están expuestos a condiciones de trabajo particularmente peligrosas, pues se ha de tener presente que la libre circulación de trabajadores comunitarios está

⁹²⁸ Art. 3.1 letras a, e y f de la Directiva 96/71/CE.

⁹²⁹ Respecto de las reglas aplicables derivadas de Directiva 96/71/CE de desplazamientos, se ha señalado que las condiciones de trabajo en materia de seguridad y salud laboral no afectarían las reglas de constitución de los servicios de prevención, ni las relativas a la participación de los trabajadores en prevención de riesgos laborales, así CAMAS RODA F. y MARTÍNEZ ASO M. (2009), "El cumplimiento de la normativa...", cit., p. 114.

⁹³⁰ Así el art. 2.1 LPRL al señalar los fines y el objeto de la norma.

afectando prioritariamente al sector de la construcción⁹³¹, en particular, a las cadenas de subcontratación transnacionales⁹³².

Un problema particular se plantea con las extensas exigencias documentales que supone la prevención de riesgos laborales, ya se ha planteado que algunas regulaciones sobre preservación de documentos laborales pueden entrar en la tenue línea de la obstaculización de la libertad de servicios⁹³³, aunque no afectan a esta materia. Pero ello puede corregirse fácilmente con la implantación de la debida cooperación entre administraciones de los Estados miembros en el control del cumplimiento de las legislaciones⁹³⁴. Como hemos tenido ocasión de apuntar en las páginas previas la Ley 25/2009 introduce (a través de su art. 9) significativas medidas dirigidas a este fin, al reformar la normativa de la inspección de trabajo y Seguridad Social buscando una mayor y más coordinada colaboración e, incluso, trasvase de información entre autoridades laborales de la Unión europea.

El art. 16.3 DS permite expresamente a los Estados a imponer requisitos para el desplazado amparados en motivos de orden público, salud pública y seguridad pública, un límite tradicional para la movilidad del mercado interior y

⁹³¹ Los datos estadísticos dan buena muestra de ello (en Castilla y León más del 97% de los desplazados lo son para prestar servicios en empresas de la construcción), también lo recogen con referencias a documentos del CESE o del Parlamento europeo sobre el desplazamiento de trabajadores, CAMAS RODA F. y MARTÍNEZ ASO M. (2009), "El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional", *Rev. de Derecho Social* nº 45, pp. 107 a 108 y 118 y ss. Estudiando en términos de desplazamientos intracomunitarios las exigencias contenidas la Ley 32/2006, de 12 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción y su desarrollo por RD 1109/2007.

⁹³² *Ibidem*. Indican los autores que en ocasiones también se prevalece de la calificación fraudulenta de autónomo a quien es realmente trabajador por cuenta ajena, dejándole desvalido de cobertura social.

⁹³³ STJUE de 19 de junio de 2008, asunto C-316/08, Comisión contra el Gran Ducado de Luxemburgo, en relación con la guarda y custodia de documentos para efectuar labores inspectoras de las autoridades nacionales.

⁹³⁴ Nuevamente CAMAS RODA F. y MARTÍNEZ ASO M. (2009), "El cumplimiento de la normativa de seguridad..", *cit.*, pp. 126 y ss., con citas a la preocupación de la Comisión al respecto, ya que la ausencia de la puesta en práctica de la debida cooperación es la causa de que los Estados establezcan medidas redundantes o incluso desproporcionadas en términos del art. 49 TCE (nuevo art. 56 del Tratado de funcionamiento), véase la Recomendación de la Comisión, de 31 de marzo de 2008, relativa a la mayor cooperación administrativa en lo concerniente al desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios (DOUE serie C 85/01, de 4 de abril de 2008).

las libertades comunitarias; sin duda, en ese requerimiento, entre los desplazados estará incluido, junto al trabajador asalariado el trabajador autónomo, en tanto se le exija el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales. El apartado 2 del precitado art. 16 DS contiene una excepción relativa al uso de equipos y material necesario para la seguridad y salud en el trabajo, ya que sí se podrá restringir la libertad de prestación de servicios cuando su fundamento es, precisamente, la garantía de salud y seguridad laboral.

3.3 SEGURIDAD SOCIAL

La exclusión de la Seguridad Social de la Directiva de servicios resguarda el llamado monopolio público de los Estados relacionado con la creación, organización, ordenación, regulación, extensión, obligaciones, prestaciones, financiación... de aquélla⁹³⁵, de los Sistemas nacionales de Seguridad Social. Por un lado, la competencia en materia de Seguridad Social es de los Estados Miembros, así lo dispone el art. 137 TUE. Por otro lado, el TJUE se ha pronunciado en múltiples ocasiones indicando que la Seguridad Social pública no ataca los principios y reglas de concurrencia comunitarias. Para el Tribunal europeo la Seguridad Social no es una empresa a efectos del Tratado, ni ha de ser tratada bajo los criterios de la competencia y mercado interior, nos ha indicado que carece de finalidad lucrativa, su función es social y se sustenta en la noción de solidaridad⁹³⁶. Tan sólo el que llamamos tercer nivel o nivel complementario, que es libre, se regula por el derecho de seguros, está vinculado a la disciplina privada de los planes y fondos de pensiones, consiguientemente, sí se somete al control de la competencia comunitaria⁹³⁷.

⁹³⁵ Por todos, RODRÍGUEZ-PIÑERO M. (2008), "La configuración constitucional de la Seguridad Social", RL nº 6, versión electrónica.

⁹³⁶ SSTJCE de 16 de marzo de 2004, asunto C-264/01, AOK Bundesverband, 27 octubre de 2005, asunto C-266/04, Nazairdis SAS y otros. Vid. STJCE de 28 de abril de 1998, Raymond Kohll, asunto C-158/96.

⁹³⁷ Las Directivas comunitarias del ámbito del seguro de personas también excluyen a la Seguridad Social.

Pero ello no significa que en el marco de los movimientos intracomunitarios, no puedan verse afectadas determinadas regulaciones de Seguridad Social si éstas no se ajustan a los criterios generales comunitarios que buscan eliminar posibles tratos discriminatorios a los asegurados en otros Estados miembros pues la normativa de Seguridad Social también está llamada a respetar las libertades de circulación. La especial regulación se contiene en el art. 42 TCE en referencia a la libre circulación, inicialmente pensada para trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia (por ser su cuerpo asegurativo el bloque más amplio de la Seguridad Social), luego extendida al conjunto de los ciudadanos (tomando en consideración la Seguridad Social no contributiva). La regulación comunitaria se apoyará sobre dos pilares:

1. la acumulación de la totalidad de los periodos indistintamente de cuál fuera el Estado miembro en el que se estuvo afiliado a la Seguridad Social, permitiendo así totalizar periodos tanto para generar el derecho a las prestaciones como para la calcular el importe de las mismas y
2. el aseguramiento del pago de las prestaciones. Los derechos de movilidad en este campo se desarrollan por los Reglamentos comunitarios específicos (Reglamento 883/2004 y su Reglamento de aplicación 987/2009), conocidos como de coordinación de los respectivos sistemas de Seguridad Social nacionales, no pudiendo los Estados imponer en sus legislaciones internas para determinados afiliados a la Seguridad Social requisitos adicionales que supongan discriminaciones con respecto a los beneficiarios nacionales⁹³⁸, estaríamos ante discriminaciones por razón de nacionalidad que son catalogadas como *discriminaciones ocultas* por el TJCE.

⁹³⁸ Tempranamente la STJCE de 3 de febrero de 1982, asunto Seco y otro, C-62/81 y 63/81, impidió que la legislación luxemburguesa obligara a una doble cotización para los trabajadores extracomunitarios contratados por una empresa francesa, afiliados y cotizantes en Francia para prestar servicios en Luxemburgo, por provenir de países sin convenios bilaterales de Seguridad Social con el Gran Ducado de Luxemburgo, ya que esa duplicidad de obligaciones con la Seguridad Social suponía una discriminación con respecto a los afiliados y cotizantes en el país de destino y las cotizaciones exigidas no ofrecían ninguna ventaja a los beneficiarios. Recientemente al resolver el asunto C3/08, la STJUE de 1 de octubre de 2009, caso Leyman, impide que se regulen de manera diferenciada requisitos para los trabajadores migrantes respecto de los del Estado de acogida haciéndoles abonar cotizaciones "a fondo perdido" para el percibo de prestaciones de invalidez que suponen una discriminación en comparación con las obligaciones de los trabajadores del Estado destino (Bélgica en el asunto examinado).

En el ámbito social en materia de Seguridad Social se evoca de algún modo el principio de origen (al menos temporalmente). Para los trabajadores desplazados en ejercicio de la libre circulación en cuanto a las obligaciones de Seguridad Social de afiliación, cotización y derechos, como regla general, rigen las normas del país de establecimiento en el que opera la empresa, regla que resultará aplicable tanto para el trabajo por cuenta propia como para la empresa que desplaza trabajadores asalariados siempre que el desplazamiento (previsible) no exceda de veinticuatro meses (en la anterior regulación eran doce meses) y el trabajador no sustituya a otra persona que ya estuvo ese periodo en el país de destino (art. 12 del Reglamento 883/2004 de coordinación de los sistemas de Seguridad Social). Si aconteciera para el trabajo por cuenta ajena la prestación simultaneada en varios Estados miembros, o depende de varias empresas, la legislación aplicable será la del Estado de residencia cuando, al tiempo, se ejerce una parte sustancial de su actividad en dicho Estado, pero en caso de no ejercicio de la actividad en su Estado de residencia por parte del trabajador la legislación aplicable será la de la sede o domicilio de la empresa (criterio subsidiario). Reglas similares se aplican para el trabajo por cuenta propia ejercido en dos o más Estados. En los casos de prestación de pluriactividad (trabajo por cuenta ajena simultaneado con trabajo por cuenta propia) rige la legislación del Estado donde se ejerza la actividad por cuenta ajena, pero si además ésta (prestación en régimen de subordinación) es ejercida en, al menos, dos Estados deberá aplicarse la regla del lugar donde se ejerza la actividad sustancial por cuenta ajena si allí se tiene la residencia, en otro caso será la legislación de la sede de la empresa para la que se trabaja por cuenta ajena (art. 13 Reglamento 883/2004).

Para los supuestos de subcontratación, en caso de producirse contingencias profesionales, se ha observado que aplicar la norma de Seguridad Social del país de residencia o el país de establecimiento de la empresa en lugar de la Ley del Estado de acogida en donde se presta la actividad puede incidir de manera negativa en el trabajador accidentado o que sufre una enfermedad profesional, en términos de las responsabilidades en orden a las prestaciones (subsidiaria y/o solidaria) o el recargo de prestaciones de Seguridad Social por incumplimiento de medidas de Seguridad Social⁹³⁹. En todo caso,

⁹³⁹ CAMAS RODA F. y MARTÍNEZ ASO M. (2009), "El cumplimiento de la normativa...", cit., p. 131.

de nuevo, ello dependerá de lo protectora que resulte ser la legislación *de origen*.

No obstante, conviene apuntar que las normativas nacionales relativas a la Seguridad Social vinculadas a prestaciones sanitarias ya han recibido por el TJUE respuesta en términos de libertad de circulación de mercancías al considerar que es un obstáculo para esta libertad la exigencia de previa autorización administrativa para obtener el reembolso de determinados gastos sanitarios efectuados en otros Estados miembros (es significativo el número de resoluciones referido a las prótesis oculares⁹⁴⁰). La compra de estos bienes no incide en la especial protección recibida por la normativa de Seguridad Social, ni es criterio justificativo de la restricción de la libre circulación. En estos casos se aplica, por un lado, el principio de la proporcionalidad de la medida restrictiva en relación con la finalidad perseguida y, por otro, se analiza siempre la justificación de esa limitación a la libertad en términos de legitimidad de la restricción al libre comercio⁹⁴¹. Se llega a la conclusión de que no hay presencia de un interés general que justifique la restricción provocada.

Pero, sin embargo, sí se admite que las razones (normalmente económicas) que pudieran afectar al equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social suponen un interés general y por ello una justificación de las limitaciones⁹⁴², como la exigencia de autorizaciones previas para la movilidad sanitaria o para el disfrute de ciertas prestaciones⁹⁴³. La Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, como norma de transposición de la Directiva de servicios recordará que el TJUE ha incluido entre las razones imperiosas de interés general la preserva-

⁹⁴⁰ Por ejemplo, STSJCE de 28 de abril de 1998, asunto Decker.

⁹⁴¹ Ni mucho menos cuando se restringe la libre circulación de mercancías exigiendo autorizaciones a productos, que no son medicamentos, aunque estén elaborados con plantas medicinales que, además, están legalmente comercializadas en otros Estados miembros pues con ello se crean obstáculos indebidos al comercio, así STJUE de 5 de marzo de 2009, asunto C-88/07, Comisión contra España. La Sentencia condena a España por no respetar el procedimiento de información mutua sobre las medidas nacionales de excepción al principio de libre circulación de mercancías en la Comunidad.

⁹⁴² Quizá también si perjudicara a su estructura financiera o en su coste.

⁹⁴³ STJCE de 28 de abril de 1998, caso Kohll para las prestaciones odontológicas. Sobre asistencia hospitalaria las sentencias de 12 de julio de 2001, asunto Smits y Peerbors o de 13 de mayo de 2003, caso Müller-Fauré.

ción del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social (art. 3.11 de la Ley 17/2009). En estos términos el art. 4 de la Directiva de servicios nos aproxima al concepto jurídico indeterminado de razones imperiosas de interés general, que permite ciertas restricciones (otra vez se ve entremezclada la no afectación y las exclusiones) citando expresamente la consideración del TJUE relativa a la preservación del equilibrio financiero de la Seguridad Social.

Por último, conviene apuntar cómo mediante la DA 2ª de la Ley 17/2009, si bien con una previsión de futuro (exigiendo una modificación legislativa *ex profeso*), se permite extender la venilla única al ámbito de la Administración de la Seguridad Social (art. 6 DS y arts. 18 y 19 de la Ley 17/2009), e incorporar los trámites a los procedimientos que se realicen ante la Tesorería General de la Seguridad Social.

3.4 SECTORES DE RELEVANCIA LABORAL Y DE PROTECCIÓN SOCIAL FUERA DE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS

Como ya se ha apuntado en las páginas precedentes, tampoco determinados servicios íntimamente vinculados con aspectos sociales se verán atraídos por la Directiva de servicios. A pesar de ser 'servicios' el legislador comunitario ha decidido exceptuarles de la aplicación de sus reglas por diversas razones con amparo en el Derecho originario (art. 2 DS). Entre otros servicios, dentro del ámbito social se excluyen los servicios de las ETT, los servicios sanitarios y los servicios sociales, la exclusión de estos dos últimos también se enmarcaría en la más amplia exclusión de la Directiva 2006/123/CE referida a servicios no económicos de interés general, pues lo sanitario y los servicios sociales han de ser calificados como servicios no económicos de interés general, sin duda, son servicios esenciales de la Comunidad⁹⁴⁴.

⁹⁴⁴ Aunque la clasificación no parece pacífica, alguna doctrina administrativista los enmarca entre los servicios económicos de interés general así LAGUNA DE PAZ J.C. (2009), "Directiva deservicios: el estruendo parto de los montes", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* iustel n° 6/junio, p. 46.

A las ETT –al contar con su propia regulación comunitaria– no les será de aplicación la nueva Directiva de servicios⁹⁴⁵, lo que reitera el art. 2.2 letra e de la Ley 17/2009. En lo que se refiere a la movilidad transnacional fue la Directiva 96/71/CE la que diseñó los criterios aplicables a estas singulares empresas y la puesta en misión de trabajadores para prestar servicios a las empresas usuarias dentro del mercado interior. La actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal tanto en la Unión europea como en el Espacio Económico Europeo se reguló hace más de una década, cuya trasposición al ordenamiento español se encuentra a lo largo del capítulo IV de la Ley 14/1994, de 1 de junio reguladora de las ETT, permitiendo el desplazamiento temporal de trabajadores puestos a disposición de empresas usuarias por ETT con sede en otro Estado miembro y de acuerdo con la legislación del Estado de establecimiento de la ETT. Recientemente se ha promulgado una regulación comunitaria que pretende armonizar las legislaciones nacionales e incorpora derechos específicos de protección para los trabajadores cuya contratación laboral se efectúe en régimen de prestamismo laboral a través de ETT, mediante la Directiva 2008/104/CE, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal. No obstante, la nueva Directiva ha de ser aplicada con el respeto tanto de la libre prestación de servicios y de la libertad de establecimiento y teniendo, además, en cuenta que la movilidad transnacional se encuentra afectada por la precitada Directiva 96/71/CE sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

En el ámbito sanitario hay que tener presente que la no aplicación para los servicios sanitarios de la Directiva 2006/123/CE se refiere a todas las prestaciones sanitarias, con independencia de si se realiza el servicio en centros o establecimientos sanitarios o no y afecta, además, tanto a los prestadores públicos como a los privados.

⁹⁴⁵ La actividad transnacional de las empresas de trabajo temporal tanto en la Unión europea como en el espacio económico europeo se reguló por Directiva 96/71/CE cuya trasposición al ordenamiento español se encuentra a lo largo del capítulo IV de la Ley 14/1994, de 1 de junio reguladora de las ETT, permitiendo el desplazamiento temporal de trabajadores puestos a disposición de empresas usuarias por ETT con sede en otro Estado miembro y de acuerdo con la legislación del Estado de establecimiento.

Respecto a las prestación sanitaria pública es substancial recordar:

Primero, que en un número importante de Estados miembros estos servicios sanitarios de carácter público se canalizan mediante sus respectivos Sistemas de Seguridad Social (como sucede en España siendo el brazo ejecutor de la prestación sanitaria el correspondiente Servicio de Salud integrado en el Sistema Nacional de Salud) por lo cual, a su vez, estarían incluidos en la no afectación del Derecho de la Seguridad Social del art. 1.6 DS, resultando de aplicación las reglas comunitarias de coordinación de los sistemas de Seguridad Social.

Segundo, que no trasciende el modo de gestión y organización para operar la exclusión de la Directiva de servicios, ni tampoco su financiación.

Tercero, que desde el año 2008 se ultima una regulación comunitaria para mejorar la atención sanitaria, que pretende regular los derechos de los pacientes a recibir asistencia sanitaria en otro Estado miembro en busca de la compatibilidad entre libertad de recibir y prestar servicios de asistencia sanitaria dentro de la Unión europea y los límites que los Estados podrán fijar, atendiendo a las especificidades de la libre circulación a los servicios de salud⁹⁴⁶. Así se logrará (si finalmente prospera la nueva Directiva) la garantía de la libre circulación de los servicios sanitarios, en un entorno de un elevado nivel de protección de la salud, con el debido respeto de las responsabilidades de los Estados miembros en relación con la organización y el suministro de servicios de salud y atención médica.

La transposición del legislador español extiende el ámbito de la exclusión, dentro de los servicios sanitarios incluirá también a los servicios farmacéuticos, realizando una interpretación amplia (pero muy correcta) de lo sanitario (art. 2.2 letra f de la Ley 17/2009). Además precisa respecto de los servicios sanitarios, lo que no hubiera sido estrictamente necesario, que se trata de servicios que son prestados por profesionales sanitarios *“a pacientes con objeto de evaluar, mantener o restaurar su estado de salud, cuando estas actividades están reservadas a profesiones sanitarias reguladas”*.

Respecto de los servicios sociales en el marco del Derecho de protección social interesa lo referente a la atención a los niños, el apoyo a las familias y perso-

⁹⁴⁶ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza COM (2008) 414.

nas necesitadas. Estos servicios quedan extramuros de la Directiva de servicios siempre que o bien los proporcione el Estado –directamente o indirectamente– o se lleve a cabo por asociaciones de beneficencia (reconocidas por los Estados). La incorporación al derecho interno de este ámbito introduce matizaciones sobre la gestión de aquellos servicios sociales, que serán los servicios que directamente prestan las Administraciones Públicas o en el caso de prestadores privados, tan sólo si se trata de una gestión indirecta de lo público, en la medida en que dichos servicios se presten en virtud de acuerdo, concierto o convenio con la Administración (art. 2.2. letra j de la Ley 17/2009). Se desatiende por el legislador estatal la encomienda comunitaria de (poder) dejar también fuera de la Directiva de servicios la actividad que desarrollan los entes de beneficencia que, como es sabido, en la práctica suponen una trascendental red de protección a los más necesitados (al margen de desarrollar una inestimable labor social), ante las notables carencias públicas de infraestructuras, de personal, de recursos económicos, etc. No parece una decisión del todo acertada no mantener fuera de la exclusión al llamado tercer sector cuando éste se dedica en esencia a ofrecer servicios sociales a la población; en el que están incluidas las ONG, entidades benéficas, caritativas y/o religiosas.

Las CCAA dentro de sus competencias en la materia de servicios sociales podrían incorporar, si lo desean, en sus normas de trasposición de la Directiva de servicios la mencionada exclusión. Pero no lo han hecho. En este marco parece oportuno destacar el papel de primer orden que desarrollan (y desarrollarán) las CCAA en la protección de los necesitados, ya que en el reparto competencial del Estado español tienen atribuidas competencias ex art. 148.1.20ª CE en materia de asistencia social. También procede apuntar la relevancia de la atención a las personas dependientes, extendida a partir de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (*vulgo* Ley de dependencia).

4. La afectación a los trabajadores autónomos

4.1 DELIMITACIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO

Primeramente, conviene cuestionarse la total afectación de la Directiva de servicios al Trabajo autónomo, pues el art. 50 TCE (nuevo art. 57 del Tratado de funcionamiento) nos indica que son prestaciones de servicios las realizadas a cambio de una remuneración en la medida que no se rijan por las dis-

posiciones relativas a las otras tres libertades, en concreto lo que aquí nos interesa la de las personas. Parece obvio que el trabajo por cuenta propia por su inmanente carácter de prestación personal debería administrarse, al menos en parte, dentro de la libre circulación de personas⁹⁴⁷. Pero en su otra vertiente, como libertad de empresa y de establecimiento, incide de lleno en la libertad de servicios. Hay que tener presente que el TJCE no admite (por el momento) dentro de la denominación genérica de la libre circulación de trabajadores a los trabajos por cuenta propia (aunque sí lo hace por imperativo del propio Derecho comunitario cuando atiende a las regulaciones de Seguridad Social). Así la legislación que analizamos interpreta que el trabajo autónomo está bajo el cobijo de la libertad de establecimiento y de la libre prestación de servicios. La propia Directiva nos ilumina en este sentido al indicarnos qué es servicio: *“cualquier actividad económica por cuenta propia prestada normalmente a cambio de una remuneración, contemplada en el art. 50 del Tratado”* y quien es prestador, encuadrando junto con las personas jurídicas a las personas físicas con la nacionalidad de un Estado miembro que ofrezca o presta servicios (art. 4.1 y 2 DS). Ello significa que, sin duda, el fontanero autónomo (polaco, belga, búlgaro, portugués o español...), algunos profesionales liberales autónomos, el comerciante o artesano autónomo se verán inmersos en la vorágine de la Directiva de servicios.

En segundo término, resulta oportuno replantearse si la expresión Derecho laboral, que contiene la Directiva de servicios, incorpora sólo al trabajo asalariado o también a cualquier forma de empleo distinta de aquél, en particular, si incluye al trabajo autónomo o a determinadas nuevas manifestaciones de trabajo autónomo (protegidas en la esfera laboral). La Ley 17/2009 indica con gran claridad la plena afectación al trabajo autónomo de la liberalización de los servicios y su ejercicio, siempre que se realicen a cambio de una contraprestación económica⁹⁴⁸. Es decir, que se trate de actividades lucrativas. Abundando en esa plena incorporación el art. 12.2 de aquella Ley, en su letra f), prohíbe cualquier restricción a las actividades de servicios mediante exigencias que impidan o limiten la prestación de servicios como trabajador autónomo.

⁹⁴⁷ El art. 1.1 de la LETA define el trabajo autónomo como realizado por personas físicas de forma personal.

⁹⁴⁸ Preámbulo, parte II.

Sin embargo, la disección no es tan sencilla ya que surgen algunos problemas y cuestiones en la delimitación del trabajo autónomo acogido a la libre prestación de servicios en el mercado interior. Analizamos a continuación algunos de ellos.

4.1.1 Autónomos versus falsos autónomos

Corresponde al Derecho del Estado miembro en que se presta el servicio determinar la presencia de relación laboral así como la distinción del trabajo por cuenta ajena respecto del trabajo autónomo, delimitando también la declaración del falso autónomo⁹⁴⁹. En el contexto del art. 39 TCE (nuevo art. 45 del Tratado de funcionamiento), la Directiva de servicios recuerda las notas de laboralidad comunes a los ordenamientos nacionales: trabajo personalísimo, habitualidad de la prestación, en régimen de ajenidad (en favor de otra persona), de dependencia o subordinación (bajo la dirección de otro), asalariado (la persona percibe una remuneración a cambio de su prestación), para así indicar que las actividades que no reúnan aquellas notas –aunque cita sólo la de subordinación– deben catalogarse como actividad autónoma y ser de aplicación los arts. 43 y 49 TCE⁹⁵⁰ (nuevos arts. 49 y 56 del Tratado de funcionamiento, reguladores del derecho de establecimiento y de la libre prestación de servicios respectivamente).

Un importante problema en los desplazamientos intracomunitarios surge en torno a la delimitación del trabajo autónomo en atención a la delimitación nacional de las notas de laboralidad o cómo proceder a la delimitación legal de la relación como laboral frente a la posibilidad de encontrarnos ante falsos autónomos desplazados para realizar prestaciones de servicios transfronterizos hacia otros Estados miembros de la Unión europea. El control de estas cuestiones al amparo del art. 31 DS se encomienda al Estado de acogida en el que se presta el servicio, será este país responsable de la supervisión de la actividad realizada por los prestadores de servicios, debiendo, en su caso, adoptar las medidas necesarias para garantizar que el prestador respeta las exigencias legales relativas al ejercicio de la actividad. Debido a que la ejecución de la normativa laboral es, normalmente, una competencia autonómica

⁹⁴⁹ Considerando 87 DS.

⁹⁵⁰ Considerando 87 DS.

a la Administración autonómica corresponderá la vigilancia de estas cuestiones sirviéndose a estos efectos de inspecciones realizadas por los cuerpos especializados, la inspección de trabajo y Seguridad Social y/o gracias a la resolución de las autoridades competentes encargadas de la materia de contenido laboral, contando con la colaboración de las distintas instancias administrativas en función del territorio y del reparto competencial. Será obligado antes de realizar pesquisas de cualquier género respetar los siguientes tres requisitos: no discriminación (por razón de la nacionalidad), no estar justificadas en la radicación del establecimiento en otro Estado miembro, y la proporcionalidad. En ocasiones la iniciación de cualquier actuación por parte de las autoridades laborales del país de destino derivará del previo requerimiento del Estado de origen del establecimiento (de máxima relevancia para fijar la frontera con el trabajo autónomo). De ahí la importancia de las reformas que la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, introduce en la normativa de la inspección de trabajo y Seguridad Social para reforzar y favorecer una mayor colaboración entre Estados miembros y sus administraciones laborales y de Seguridad Social.

4.1.2 Prohibición de restricciones a la movilidad

Otra importante cuestión, que recae nuevamente sobre las zonas de frontera del trabajo y la forma de prestación del mismo, estriba en las diferencias de las legislaciones nacionales respecto a determinadas prestaciones personales en las que en ciertos ordenamientos se amparan en relaciones laborales asalariadas pero en otros responden a figuras de trabajadores autónomos o trabajadores parasubordinados.

El problema ya se ha planteado en clave de legislaciones nacionales que exigieron para una determinada prestación la formalización de contratos de trabajo, por ejemplo, los guías turísticos en Grecia⁹⁵¹ o los estibadores portuarios belgas⁹⁵². En esos supuestos se apreció que entraba en conflicto la categorización jurídica laboral con la libertad de prestación de servicios turísticos en

⁹⁵¹ STJCE de 5 de junio de 1997, asunto Syndesmos, C-398/95.

⁹⁵² STJCE de 16 de septiembre de 1999, asunto C-22/98, Becu, Verweire y otros.

Grecia o de trabajos de estiba y desestiba en los puertos belgas, de personas y/o empresas prestatarias procedentes de otros Estados miembros con otras posibilidades de prestación distintas de la forma jurídica del trabajo asalariado (el trabajo autónomo) si se impedía la prestación del servicio en territorio griego al guía autónomo o al cargador portuario belga que ejerce por cuenta propia o bajo otra contratación de servicios amparado en la legislación del Estado de procedencia. El Tribunal europeo declaraba esas legislaciones internas, que exigen que se adopte la forma de contrato de trabajo para poder ejercer una actividad, como un obstáculo a la libertad de prestación de servicios, pues impedía que quienes provenían de otros Estados miembros, con otras legislaciones, pudieran prestar ese servicio al amparo de contrataciones no laborales (contratos de prestación de servicios).

4.1.3 Trabajo autónomo, parasubordinación y trabajo económicamente dependiente

En Europa el trabajo autónomo queda excluido de la libre circulación de personas y de su consideración como movilidad transnacional de trabajadores, se amparará –como hemos apuntando anteriormente– en la libertad de establecimiento o en la libertad de prestación de servicios. No así en cuanto a las normas de Seguridad Social que sí tienen una expresa cobertura para la movilidad intracomunitaria de los autónomos dentro de la libertad de circulación de las personas.

Esa respuesta cuestiona la creciente protección al trabajo por cuenta propia que la propia Unión europea promueve. Por ello no es alocado pensar que, en el futuro próximo, las referencias al empleo y mercado de trabajo de los operadores jurídicos comunitarios y sus condicionantes ante la libre prestación de servicios presente una dilatación hacia toda forma de trabajo personal lucrativo, ya apreciable en la actualidad. La Directiva de servicios podría haber matizado su aplicación al trabajo por cuenta propia o autónomo atendiendo a la creciente tutela a esta otra forma de prestación del trabajo se observa (cada día más) en los derechos nacionales, aunque con intensidades muy diversas. Un caso paradigmático es el Estatuto del Trabajo Autónomo español, aprobado por Ley 20/2007, de 11 de julio.

Los ordenamientos nacionales extienden determinados niveles protectores de calado laboral hacia el trabajo por cuenta propia (conciliación de vida personal, familiar y laboral, principio de igualdad de trato y protección frente a

discriminaciones por distintos rasgos...) y lo hacen por imperativo de la Unión europea. Así, por ejemplo el autónomo disfruta de derecho de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocido por la Directiva 86/613/CEE –hoy en fase de revisión⁹⁵³–. También las Directivas 2000/43/CE, 2000/78/CE referidas al principio de igualdad de trato por los otros rasgos repudiados por el Derecho comunitario (raza, orientación sexual, discapacidad, religión o convicciones o edad) se aplican a quienes ejercen actividades por cuenta propia entre hombres y mujeres. Hemos de cuestionarnos si al no mencionar la nueva regulación de los servicios en el mercado interior esas normas protectoras del trabajo autónomo ¿perderá esa protección *laboral* debido a su movilidad transnacional en Europa? La respuesta, pese al olvido comunitario⁹⁵⁴, deber ser negativa. Todas las disposiciones comunitarias relativas al empleo que incorporen a los trabajadores por cuenta propia siguen siendo de aplicación. Otras veces las legislaciones nacionales incorporan particulares protecciones en atención al trabajo personal que se desarrolla, como hace el Estatuto del Trabajo Autónomo en España.

La frontera de la legislación laboral está difuminándose en Europa, bien al proteger tenuemente a los autónomos o bien, de manera más rotunda, ante el creciente fenómeno de tutela a la llamada paralaboralidad. No es extraño encontrar en las diferentes legislaciones nacionales denominaciones como *dependent self-employed worker* o *borderline self-employed*, *parasubordonnè*, *arbeitnehmerähnliche Personen*, *lavoro a progetto*, o *trabalhadores autónomos economicamente dependentes* o *trabajo autónomo económicamente dependiente*, referidos al trabajo sin subordinación jurídica pero en régimen de dependencia económica. Los ordenamientos nacionales ofrecen una incipiente protección específica a estos trabajadores autónomos, para quienes también debería haber tenido en especial consideración la Directiva de servicios.

⁹⁵³ La mencionada Directiva regula la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, incluidas las actividades agrarias, así como sobre la protección de la maternidad, la propuesta de reforma COM (2008) 636 final, de 3 de octubre, recuerda que aquella Directiva no ha sido muy efectiva, recuerda que hay aspectos de ella ya incorporados para el trabajo autónomo en cuanto a la igualdad entre sexos en el ámbito del empleo y ocupación por la Directiva 2006/54/CE (ya cubiertos por esa refundición), dedicándose a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma más allá de aquella regulación.

⁹⁵⁴ Considerando 86 DS.

Como propuesta de *lege ferenda* entendemos que la libre prestación de servicios en el mercado interior también debe resguardar el trabajo personal del autónomo y, en particular, de algunas categorías de autónomos en régimen de parasubordinación. Otros trabajadores autónomos, por la exclusión de la actividad que realizan, quedan al margen de la aplicación de la Directiva 2006/123/CE, como lo es significativamente el transporte por carretera. Si se efectuara una interpretación amplia de qué integra el *Derecho al trabajo* en la actualidad, siempre que en ella cupieran otras formas de trabajo no asalariado, los trabajadores por cuenta propia girarían más en la esfera de la no afectación de la Directiva de servicios al Derecho laboral (en los términos del art. 1.6 DS). Es deseable que se atienda a la nueva extensión de la protección al trabajo autónomo cuando, primero, la realidad nos ilustra del crecimiento y expansión de estas otras formas de actividad o de prestación de servicios y, segundo, los ordenamientos nacionales también se preocupan (cada vez más pero aún de manera muy incipiente) por fijar reglas específicas para los trabajadores por cuenta propia: derechos, obligaciones y condiciones *laborales* de la prestación personal de sus servicios.

Podemos referirnos aquí al trabajo cooperativo o a nuevas formas de prestación de servicios como el trabajo autónomo económicamente dependiente reconocido en España por el art. 11 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. Para estos trabajadores se han regulado concretas condiciones laborales protectoras como, por citar alguna, el derecho la interrupción anual de la actividad –el periodo ‘vacacional’ de los autónomos dependientes–, reglas de ordenación del tiempo de prestación del servicios o aquellas relativas a la extinción del vínculo con el cliente. Si la interrupción de actividad de 18 días al año del TRADE se configura legalmente como un derecho necesario ¿podrá no resultar aplicable al trabajador TRADE proveniente de otro Estado miembro? Igualmente, en el ámbito de los derechos colectivos, los Trabajadores autónomos económicamente dependientes, conforme a la regulación española pueden alcanzar a través de sus representantes pactos colectivos con las empresas clientes, denominados *Acuerdos de Interés profesional*, se trata de acuerdos de eficacia personal voluntaria, lo que significa que de sus mejoras laborales y condiciones pactadas no se beneficiarían los trabajadores provenientes de otros Estados miembros. Aunque es necesario subrayar que los precitados Acuerdos quedan sometidos al derecho de la competencia, así expresamente aparece en el art. 13.1 del Estatuto del Trabajo autónomo.

La solución que se nos propone desde Europa (con la Directiva 2006/123/CE) y en la legislación española (Ley 17/2009, de 23 de noviembre) ha desatendido a estas otras manifestaciones del trabajo personal y lucrativo. El respeto de los derechos sociales ante la libre prestación de servicios no puede hoy limitarse a los trabajadores subordinados, puede (y debe) extenderse también al trabajo autónomo en la medida que se vayan reconociendo para los autónomos específicos derechos de contenido *laboral*. Estos derechos de contenido eminentemente social se deben poder distanciar de la aplicación del principio del país de origen (o lugar de establecimiento) que impregna la Directiva de servicios para evitar el anquilosamiento de la recién nacida protección *laboral* del autónomo. La tarea será difícil pues al autónomo parece que en Europa le amparan sólo las libertades de servicios y de establecimiento, y no la libre circulación de trabajadores y menos la tutela de los derechos sociales. Pero en los ordenamientos nacionales ya se aprecian reconocimientos específicos hacia la prestación de servicios de los trabajadores autónomos con amparo del propio *Derecho al Trabajo* (así en su art. 4 LETA⁹⁵⁵), aunque también de la libertad de empresa; en su condición de trabajador por cuenta propia su posición es doble, es trabajador y a un mismo tiempo empresario. Procede analizar por ello ¿hasta dónde debería verse afectado el trabajo autónomo por la Directiva de servicios? ¿hasta dónde puede primar el principio del país de origen cuando existan en el país de destino de la prestación del servicio regulaciones relativas a las condiciones de empleo (protectoras) de la prestación de la actividad autónoma?

4.2 PRECISIONES SOBRE LA AFECTACIÓN DE LA LIBERALIZACIÓN DE LOS SERVICIOS AL TRABAJO POR CUENTA PROPIA

En primer término corresponde recordar que de la no afectación de la Directiva de servicios respecto a la normativa de seguridad y salud laboral participará el trabajador autónomo cuando se ve legalmente obligado al cumplimiento de las reglas de la prevención de riesgos laborales. Como se acaba de indicar

⁹⁵⁵ También la Carta de Derechos fundamentales de la Unión, en su art. 15 equipara al mismo nivel el derecho a trabajar con la libertad de trabajar y de establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro.

la normativa de seguridad y salud laboral no está afectada por la Directiva de servicios aunque se refiera al trabajo autónomo⁹⁵⁶. En el caso español la normativa interna no deja fuera de su aplicación al trabajo autónomo en relación a derechos y obligaciones que les resulten de aplicación, así se recoge en el art. 3.1 LPPRL y en los arts. 8 y 26.3 LETA. Si bien aquella extensión, principalmente, se refiere a la coordinación de actividades empresariales del art. 24 LPRL⁹⁵⁷.

Las limitaciones que pudieran encontrarse en la legislación nacional en referencia a la seguridad laboral podrían verse aumentadas por las facultades que desde el art. 18 DS permiten a los Estados miembros implantar medidas de seguridad de los servicios ofrecidos respecto de un prestador que tenga su establecimiento en otro Estado miembro, en términos de mayor protección, aunque la medida haya sido prevista para el destinatario (consumidor). La citada mejora de protección podría repercutir sobre determinadas acciones protectoras que incidan en la seguridad y salud laboral. En particular, cobra relevancia el mecanismo de alerta previsto por el art. 32 DS que regula una actividad de cooperación en términos de información a los Estados (el Estado de establecimiento u otros) y a la Comisión cuando conozcan de actos o circunstancias de carácter grave relativos a una actividad de servicios que puedan ocasionar perjuicios graves para la salud o seguridad de las personas.

Tampoco afectará a la regulación del trabajo por cuenta propia respecto de la normativa de Seguridad Social, en atención a la exclusión del art. 1.6 DS (a la que, por cierto, no se refiere la Ley 17/2009, de 23 de noviembre). En este apartado nos remitimos al previo análisis del Derecho de la Seguridad Social realizado en un epígrafe anterior (3.3).

En segundo lugar, para el trabajo autónomo resultará plenamente aplicable la regla de la no discriminación, del art. 13 TUE, desarrollada por diversas Directivas comunitarias. También en relación con la libre prestación de servicios se aplica dentro de la Unión europea el principio de trato igual para todos los prestadores de servicios independientemente de cuál sea su nacio-

⁹⁵⁶ La vigente Estrategia comunitaria de seguridad y salud laboral 200-2012 encomienda a los Estados que atiendan a las nuevas tendencias del empleo con cita expresa del trabajo por cuenta propia.

⁹⁵⁷ Desarrollado por RD 171/2004, de 30 de enero.

nalidad, de conformidad con los arts. 49 y 50 del Tratado. Tampoco se permiten restricciones a la libre circulación que puedan ocasionar obstáculos a la prestación de servicios en otro Estado miembro. En coherencia con el significado de la libre prestación de servicios las resoluciones del TJCE no admiten obstáculos interpuestos por el Estado destinatario del servicio para quienes provienen de otro Estado miembro⁹⁵⁸, salvo que existiera una excepción legítima a la libertad de prestación de servicios que encuentre su justificación en razones de interés general, siempre que la medida tomada sea, además, proporcional (en relación con los fines perseguidos) y necesaria en sus justos términos (que no vaya más allá de lo necesario para garantizar su objetivo).

En tercer lugar, es necesario destacar cómo los fines perseguidos por la Directiva de servicios pueden facilitar la prestación transnacional para los prestadores gracias a la reducción de burocracia que implica su implantación: la simplificación administrativa y la abolición de obstáculos a la libre prestación de servicios, facilitando así prestar servicios en un Estado distinto del de establecimiento. En caso de adoptarse una medida restrictiva al acceso a una actividad se exigirá en el respeto de los tres principios –ya conocidos–: no discriminación, proporcionalidad y necesidad (art. 16.1 DS). La norma comunitaria prohíbe asimismo la restricción de la actividad para quien está radicado en otro Estado miembro, en particular imponiendo restricciones como resultado de aplicar un régimen contractual particular entre prestador y destinatario que impida o limite la prestación de servicios con carácter independiente (art. 16.2 letra d). Con carácter general, tampoco se debe obligar por los Estados a los prestadores al ejercicio de una actividad específica o a limitar el ejercicio conjunto o en asociación de distintas actividades (art. 25 DS). En términos de “honorabilidad” se establece un régimen de cooperación entre Estados (art. 33 DS), principalmente dirigida a aportar información al Estado de prestación del servicio, que permitirán conocer las acciones adoptadas por el Estado de establecimiento sean de carácter sancionador, incluidas administrativas (incluye las laborales y de Seguridad Social) o penales, así como resoluciones relativas a insolvencias o quiebras fraudulentas.

⁹⁵⁸ Por todas STJCE de 25 de julio de 1991, Säger, C-76/90.

Un cuarto aspecto reseñable para el trabajo autónomo se refiere a las profesiones, pues también en el marco de las actividades profesionales conviene deslindar los concretos espacios afectos a la Directiva de servicios. En este caso lo más relevante es señalar que las *profesiones* que gozan de una regulación comunitaria propia, precisamente por contar con esa reglamentación, se encuentran exentas de la aplicación de la Directiva 2006/123/CE. Lo mismo sucede con las *actividades* que poseen su propia regulación comunitaria. Lo cual reduce de manera significativa el ámbito aplicativo de la Directiva de servicios cuando nos centramos sobre el trabajo autónomo. Si hay regulación comunitaria específica decae la norma general (Directiva de servicios), primando la regulación especial de la actividad o profesión de que se trate (por poner un ejemplo que cuenta con un muy abultado desarrollo social comunitario aplicable también al trabajo autónomo es conveniente citar el sector del transporte terrestre).

Finalmente, como quinta apreciación, para los trabajadores por cuenta propia afectados por la Directiva de servicios se encontrarán notables implicaciones de aquélla en determinados sectores de la economía con importantes repercusiones en España y Castilla y León. Los agentes económicos han puesto su mirada sobre el sector del turismo⁹⁵⁹, en particular anuncian posibles negativas repercusiones para los guías turísticos e intérpretes (ante el temor a una incorporación masiva de trabajadores autónomos que vengan a prestar sus servicios turísticos desde otros Estados miembros). Los sindicatos, también, han manifestado su temor respecto a un posible incremento del trabajo informal inducido por la Directiva de servicios.

Por ello, será conveniente analizar el impacto sobre el empleo de la liberalización de los servicios en Castilla y León, su creación y destrucción, en términos de generación de trabajo autónomo, así como la pervivencia de empresas (autóctonas), de sus particulares efectos sobre las microempresas (el empleo que éstas generan o pierden); teniendo en cuenta que el titular de aquéllas acostumbra a ser, a su vez, un trabajador autónomo.

⁹⁵⁹ La influencia de las nuevas normas de liberalización de los servicios en el ámbito turístico y la importancia de la regulación autonómica ha sido recientemente puesta de manifiesto por el Real Decreto 39/2010, de 15 de enero, por el que se derogan diversas normas estatales sobre acceso a actividades turísticas y su ejercicio.

5. Derecho social, libertades comunitarias y Derecho de la competencia ¿pueden convivir en Europa?

En determinados ámbitos comunitarios planea la visión de los derechos sociales como elementos que restringen la libre competencia en el mercado interior. En el contexto europeo ¿las reglas de laboralidad están condicionadas por el Derecho de la competencia o no? ¿Se encuentra el Derecho de la competencia por encima de cualesquiera otros principios comunitarios? Las libertades sobre las que se asienta la Europa del mercado interior ¿pueden reducir el disfrute de los Derechos sociales de los ciudadanos de la Unión europea? El principal problema para ofrecer respuesta a esta pléyade de cuestiones será el diferente grado de construcción de la Europa social frente al muy abultado desarrollo de las libertades fundamentales. Lo que, sin duda, genera disfunciones sociales, en particular de aplicación jurídica.

La dificultad se atisba al trazar la siempre difusa linderera de lo económico y lo social. En el frontispicio de los objetivos de la Unión ha estado (y permanece) la supresión de obstáculos a la libre circulación de personas y servicios⁹⁶⁰. Aquélla mirada se realiza en términos de igualdad de tratamiento y no discriminación o restricción en atención a la nacionalidad del prestatario del servicio. La presencia de discriminación se reviste de un halo de proteccionismo que impediría a los prestadores de servicios provenientes de fuera del Estado de acogida competir en el mercado interior en igualdad de condiciones. El elemento dirimente habrá de ser el juicio de la proporcionalidad entre la protección de los trabajadores y la libre prestación de servicios, la regulación nacional de las normas laborales no es ilimitada y debe respetar el *acquis* comunitario. Algunos de los pronunciamientos judiciales del Tribunal europeo conscientes de que la determinación de condiciones laborales incide, aun de forma mediata, en el campo de la competencia, aceptan la limitación de ésta o las restricciones a la libertad del mercado interior en favor de la tutela de lo social pero no permiten que aquéllas se vean coartadas o minusvaloradas por decisiones sociales si las mismas no se amparan en una medida justificada.

⁹⁶⁰ Art. 3 c) TUE.

Por ello la mayoría de los pronunciamientos del Tribunal europeo examinan la protección social, en particular la protección de los trabajadores⁹⁶¹, en clave de respeto de las llamadas libertades fundamentales, admitiendo restricciones concretas a aquéllas si se encuentran excepciones o justificaciones en las decisiones tomadas debiendo concurrir al menos los siguientes factores:

1. proporcionalidad de la medida adoptada en atención a posibles restricciones de las libertades en confrontación con de los intereses protegidos u otros fines especialmente tutelados por el Derecho comunitario,
2. no discriminación para con los nacionales de otros Estados Miembros⁹⁶²,
3. razones (imperiosas) de interés general suficientemente justificado. El art. 4.1 DS al recoger la definición de este término indicará que incluye la protección de los trabajadores y los objetivos de la política social mencionando, también, la preservación del equilibrio financiero del régimen de Seguridad Social términos que, ávidamente, incorpo-

⁹⁶¹ Por citar algunas de ellas son las SSTJCE de 23 de noviembre de 1989, Torfaen Borough (en relación al descanso dominical y prohibición de apertura en domingo), de 2 de junio de 1994 Punto casa (horarios de apertura), y de la misma fecha Tankstation't Heukske (horarios de cierre y excepcional apertura las 24 horas), 27 de marzo de 1990 Rush portuguesa (extensión de la aplicación de la normativa laboral legal y convencional del Estado de acogida independientemente de cuál fuera el Estado del empleador), 28 de marzo de 1996 caso Guiot (aplicación de mejores condiciones laborales recogidas en Convenio colectivo del Estado de destino para trabajadores desplazados temporalmente), 28 de abril de 1998, asunto Decker, 23 de noviembre de 1999 caso Arblade (conservación de documentación para comprobar el cumplimiento de la normativa laboral del Estado de destino), de 15 de marzo de 2001 André Mazzoleni ó 25 de octubre de 2001 caso Finalarte Sociedade de Construção Civil (con referencia al fondo de vacaciones retribuidas no admitiendo la aplicación del convenio colectivo que otorgaba un trato diferenciado a las empresas no establecidas en el Estado de acogida), 24 de enero de 2002 caso Portugaia Construções (en relación a la estructura de la negociación y posibilidad de descuelgue por convenio colectivo empresarial del convenio sectorial generando desigualdad de trato para las empresas de otros Estados), 9 de diciembre de 2004, asunto aeropuertos italianos y 15 de julio de 2005 de adaptación al derecho alemán de aquella normativa de asistencia en tierra en los aeropuertos, de 19 de junio de 2008, Comisión contra Luxemburgo (admitiendo dentro de la noción 'indeterminada' de orden público aspectos de contenido social, esto es el "orden público social" pero siempre como excepción a la libre prestación de servicios). También STJCE de 12 de julio de 2001, caso Smits y Peerbooms, y de 13 de mayo de 2003, asunto Müller y Decker, Kohll, Vanbraeckel (asistencia sanitaria y reembolso de determinadas prótesis).

⁹⁶² Concepto de la no discriminación que también se ha ampliado a quienes proceden de países del Espacio Económico Europeo, a determinados familiares –o asimilados a familiares– de ciudadanos europeos aun no siendo ellos comunitarios e incluso, aunque sea todavía con alguna restricción, a ciudadanos extracomunitarios residentes legales en la Unión europea.

rá el legislador español en la Ley 17/2009, de 23 noviembre, –al aproximarnos a aquella noción en su art. 3.11–,

4. adecuación de la medida al objetivo buscado y
5. verdadera necesidad de la restricción a la libre prestación de servicios o libre circulación, en todo caso la restricción no debe superar lo estrictamente necesario para conseguir su objetivo o, lo que es lo mismo, sus efectos no deben exceder de la finalidad que justifica su restricción⁹⁶³.

Nunca se ha abordado el problema en clave de iguales, es decir, dando un trato equiparable a las libertades comunitarias y a los derechos sociales (considerando a estos últimos como valores comunes de la Unión europea y de todos los Estados miembros). Esta otra manera de enfrentarse al posible conflicto entre las libertades económicas frente a la protección de derechos fundamentales de corte social habrá necesariamente de modificarse con la entrada en vigor, con pleno valor jurídico, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea⁹⁶⁴. La propia Directiva de servicios se posiciona en favor de esta teoría⁹⁶⁵, aunque en su proyectada ambigüedad no dejará de considerar tampoco la protección de los trabajadores como una

⁹⁶³ Estos criterios fueron primero diseñados para la libre circulación de mercancías, con la Sentencia de 20 de febrero de 1979, asunto Cassis de Dijon, caso C-120/78, después se ampliaron a la libertad de establecimiento y de prestación de servicios. El Tribunal ha aplicado su doctrina de efecto equivalente a las legislaciones nacionales reguladoras de derechos laborales, aplicando un concepto extenso de medida de efecto equivalente. Aunque no en pocas ocasiones declarando que la legislación laboral no puede ser interpretada como una limitación a las libertades comunitarias en términos de medida de efecto equivalente (no es suficiente). Menos aun si se trata de regulaciones que resultan de aplicación a todos los productos y/u operadores económicos o jurídicos porque ello afecta a todos los que actúan en el territorio de un Estado miembro con independencia de cuál sea su Estado de origen.

⁹⁶⁴ DOUE serie C 3003/01, de 14 de diciembre de 2007. La Carta goza ya de pleno valor jurídico, incardinable dentro de los Tratados y el Derecho originario de la UE. Con anterioridad se han adoptado instrumentos que recogen los Derechos sociales fundamentales de los trabajadores (1989), pero se les ha negado eficacia jurídica en el ordenamiento europeo. Esa opinión de los derechos sociales como principios básicos de la Unión (al menos los de su vertiente colectiva) ha sido ya manifestada por Resolución del Parlamento europeo de 22 de octubre de 2008, apoyando la argumentación arriba descrita véase RODRÍGUEZ-PIÑERO M. (2008), “Libertad de prestación de servicios y acción sindical”, RL nº 23 y 24, versión electrónica, pp. 10 y 11.

⁹⁶⁵ Considerando nº 15, con referencias expresas a los Derechos Fundamentales reconocidos en aquella Carta además de los aplicables en los Estados miembros.

justificación por razones (imperiosas) de interés general que permitirán restricciones a la libre circulación de servicios⁹⁶⁶. Entre los derechos sociales la Carta europea recoge un completo haz de derechos, que aquí enunciamos:

- > art. 5 –prohibición de la esclavitud y del trabajo forzado–,
- > art. 12 –derecho de asociación sindical, a fundar sindicatos y asociarse–,
- > art. 15 –derecho a trabajar, al ejercicio de una profesión libremente ejercida, libertad de búsqueda de empleo, de trabajar, de establecerse o prestar servicios en cualquier Estado miembro–,
- > art. 16 –reconocimiento del derecho de libertad de empresa–,
- > art. 21 –no discriminación en particular por los rasgos de: sexo, raza, color, orígenes étnicos o sociales, características genéticas, lengua, religión o convicciones, opiniones políticas o de cualquier otro tipo, pertenencia a una minoría nacional, patrimonio, nacimiento, discapacidad, edad u orientación sexual, tampoco admite discriminaciones por razón de nacionalidad–,
- > art. 23 –igualdad entre mujeres y hombres–,
- > art. 27 –derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa–,
- > art. 28 –derecho de negociación y de acción colectiva–,
- > art. 29 –derecho de acceso a los servicios de colocación–,
- > art. 30 –protección en caso de despido injustificado–,
- > art. 31 –condiciones de trabajo justas y equitativas–,
- > art. 32 –prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo–,
- > art. 33 –vida familiar y vida profesional–,
- > art. 34 –seguridad social y ayuda social– y
- > art. 35 –protección de la salud–.

⁹⁶⁶ Art. 4 DS y en su preámbulo el punto 47. Sí llama la atención que iguale aquélla a la protección de los consumidores; hay autores que, con acierto, atisban como un profundo error en tratar de equiparar en sede comunitaria protección de los consumidores y de los trabajadores. La historia, fundamentación, articulación y ordenación de las fuentes reguladoras de ambos Derechos es muy diferente.

También se ha puesto de manifiesto que no admite restricciones mediante la exigencia de autorizaciones (administrativas) en el ámbito del empleo a diferencia de otros espacios protección del entorno urbano, salud pública, protección a los consumidores, sanidad animal, RODRIGUEZ-PIÑERO ROYO M. (2009), cit., p. 15.

La libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios (arts. 43, 49 y 50 del TCE –nuevos arts. 49, 56 y 57 del Tratado de funcionamiento–) en ocasiones suponen una libertad de circulación y movilidad intracomunitaria, otras veces se leerán en clave del reconocimiento de la libre competencia dentro del mercado interior europeo, evitando la aparición de posibles distorsiones. La defensa de la competencia entra en conflicto con los derechos sociales. En los distintos asaltos que, hasta la fecha, se han producido parece que el mercado interior y sus libertades gozan de prioridad frente a las personas y sus derechos sociales⁹⁶⁷. Para ciertos autores la(s) libertad(es) comunitaria(s) se convierte en un obstáculo para el ejercicio de determinados derechos sociales⁹⁶⁸. Ya que sólo lo transnacional adquiere relevancia comunitaria en el mercado interior, esta situación acarrea la paradoja que facilita el pleno ejercicio y disfrute de esos derechos en el nivel interno pero, sin embargo, se ven limitados cuando se traspasan al ámbito comunitario⁹⁶⁹. Para algunos autores la visión social bajo el filtro de las libertades y de la libre competencia hará que los derechos sociales sean tratados en el nivel comunitario de forma similar a la protección al consumidor⁹⁷⁰, alejándose así de los principios de tutela genuinos de la legislación laboral.

Para responder a si la protección laboral y social ocupa un lugar propio de derecho fundamental comunitario o si se encuentra condicionada por las llamadas libertades fundamentales de la UE, bajo el prisma de lo económico (es decir, en clave de subordinación), será necesario delimitar los espacios de uno y otro. Así lo viene haciendo el TJUE bajo el criterio de no invasión cuando, por ejemplo, se constriñe la influencia de la legislación de defensa de la competencia sobre la negociación colectiva⁹⁷¹, también en sede administrativa el Tribunal

⁹⁶⁷ Vid conclusiones del abogado general Poares Maduro en el caso Viking.

⁹⁶⁸ Una reflexión al respecto en LANDA ZAPIRAÍN J.P. y MORENO MARCOS M. (2008), "Una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de la acción sindical con el respeto a las libertades fundamentales del mercado interior comunitario", Relaciones Laborales nº 11, versión electrónica y también LYON CAEN A. (2009), "Derecho comunitario del mercado versus Europa social" R.L. nº 13, versión electrónica.

⁹⁶⁹ Delimitado por el propio marco competencial de la Unión europea.

⁹⁷⁰ MARTÍNEZ FONS D. (2006), cit. p. 5.

⁹⁷¹ Así STJCE de 25 de octubre de 2001, Comisión frente a RFA, asunto C-493/999, indicando que el convenio colectivo no puede introducir impedimentos para la libre prestación de servicios en relación a empresas radicadas en otros Estados miembros, ni directa ni indirectamente.

español de Defensa de la competencia ha remarcado la actuación de los sindicatos analizando sus actuaciones dentro de los márgenes de los intereses que les son propios (arts. 7 CE y 85 ET). De forma que si se extralimita de su espacio natural (la materia laboral), los convenios colectivos estarán plenamente sujetos a las normas que prohíben el falseamiento de la competencia y la restricción de la libre prestación de servicios o cualquier acuerdo que obstaculice la libre competencia⁹⁷². Eso significa que los negociadores sociales deben constreñir su acción negociadora a pactar condiciones laborales. Así se observa en el nivel comunitario⁹⁷³, el Tribunal europeo admitió un espacio de no sujeción de las medidas sociales al Derecho de la competencia, aceptando la toma de decisiones de los interlocutores sociales -a través de la autonomía colectiva- encaminadas a la mejora de las condiciones de empleo y trabajo pero, en ningún caso, se establecen reglas generales de protección del convenio colectivo frente a las normas comunitarias de la competencia. No obstante, tanto la legislación nacional como la comunitaria delimitan un reparto de las funciones que se atribuyen a los negociadores y a las normas de la competencia, de forma que los Convenios Colectivos han de respetar ésta última⁹⁷⁴.

⁹⁷² Si bien en otros ordenamientos, como el alemán, se ha interpretado que lo relevante es no tanto el objeto de lo acordado sino el factor subjetivo de quienes negocian, los sindicatos, tutelados por el derecho de libertad sindical. Conviene recordar que forma parte del contenido esencial de aquel derecho fundamental la negociación colectiva y, por derivación, la autonomía colectiva reconocida a aquellos sindicatos. Quizá con menor rotundidad en el caso francés se ha indicado que no es posible igualar el convenio colectivo a acuerdos empresariales restrictivos de la competencia (art. 85 TUE) permitiendo así la acción sindical, aun admitiendo que si el sindicato actúa como agente económico su actuación puede verse limitada por las leyes de la competencia.

⁹⁷³ STJCE de 21 de septiembre de 1999, asunto C-67/96, caso Albany International BV, que comienza una lista de pronunciamientos relativa a fondos de pensiones neerlandeses negociados mediante convenio colectivo. y otros asuntos posteriores, por ejemplo, varias Sentencias TJCE también de 21 de septiembre de 1999 (Brentjens Handelsonderneming o Maatschappij Drijvende Bokken) y, posteriormente, de 12 de septiembre de 2000 (Pavlov).

⁹⁷⁴ Un ejemplo reciente en evitación del conflicto negociación colectiva/derecho de la competencia lo encontramos en la negociación estatal de empresas de seguridad, los negociadores alcanzaron un *pacto de repercusión de precios y competencia desleal*, que fue acordado e integrado en el Convenio Colectivo relativo a la repercusión en los precios de los servicios, fijaron costes mínimos repercutibles en los precios (en atención a la prestación del servicio y ejecución en horario nocturno o festivos y fines de semana e incluso atendiendo a la antigüedad de los vigilantes) llegando a determinar que las ofertas por debajo de aquéllas se considerarían competencia desleal. Tras recibir notificación de la Comisión Nacional de la Competencia en la que les notifica la apertura de expediente administrativo por posible vulneración de las normas de competencia dejaron sin aplicación su regulación convencional para así eludir futuras responsabilidades en el marco de la violación de las normas del derecho de la competencia. Véase la Resolución de 2 de febrero de 2009, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Acuerdo de la Comisión negociadora del Convenio colec-

Los problemas surgen cuando bajo el paraguas de las libertades de establecimiento y servicios determinados agentes económicos se prevalecen de las notables diferencias en las condiciones de empleo y trabajo entre los distintos Estados miembros; carentes de verdadera armonización, donde se encuentran importantes diferencias y distintas exigencias en las condiciones laborales aplicables que, a la postre, permiten un abaratamiento de los costes sociales. En particular de la mano de obra si se aplica la Ley laboral del Estado miembro en el que se establece la empresa o allí donde tiene la empresa su establecimiento. Se manifiesta aquí el típico conflicto inherente a capital y trabajo que se solventa mediante el Derecho del Trabajo, como pacificador de aquél. Pero la respuesta jurídica no ha sido trasladada al Derecho comunitario en idénticos términos en los cuales aparece en las legislaciones nacionales. Lo que plantea (y planteará de futuro) problemas importantes de prevalencia, cuando la solución podría aparecer recogida *a priori*, evitando abusos sociales. Sin duda, uno de los mayores conflictos se ha venido planteando en sede comunitaria en términos de negociación colectiva, ello se observa en los temas que han sido sometidos a las resoluciones del TJUE. Su análisis –como toda resolución judicial– se ha efectuado sobre asuntos concretos en los que el Tribunal ha estudiado los supuestos a él sometidos, por lo cual sus decisiones no son generalizables a toda regulación sino son respuestas individualizadas a un supuesto planteado. Sin embargo, de ellas sí puede extraerse que el convenio colectivo como *denominación* no se encuentra exento del sometimiento al Derecho de la competencia si su clausulado invadiera aspectos propios de este último. El TJUE ha venido a atender no sólo al nombre que recibe el acuerdo, el convenio colectivo así llamado, sino al contenido que éste regula; lo que se ha denominado el elemento material en clave del llamado *test de inmunidad*⁹⁷⁵ de derechos sociales o de decisiones alcanzadas por normas sociales (como son los convenios colectivos, fruto de la autonomía negocial).

tivo de las empresas de seguridad 2005-2008, por el que se declara la inaplicación del artículo 74 del citado Convenio (BOE de 17 de febrero de 2009). Particularmente en el marco de la fijación de horarios comerciales se han producido colisiones entre restricciones por convenios colectivos a la apertura en determinados días festivos y/o domingos y la libertad de horarios.

⁹⁷⁵ Como reflejo de la dicción anglosajona *antitrust immunity*. Al respecto, ALAMEDA CASTILLO M.T. (2009): “Derechos sociales fundamentales y libertades comunitarias: ¿dónde está la Europa Social?”, RL nº 15 y 16, La Ley 13978/2009, pp. 2 y 11 de la versión electrónica. La autora indica además que esa teoría de inmunidad (relativa) no tiene respaldo en los Tratados y es débil su apoyatura en el derecho derivado, p. 5.

En los últimos pronunciamientos de los años 2007 y 2008, casos Viking, Laval y otros, Rüffer y Comisión contra Luxemburgo⁹⁷⁶, el análisis del TJUE ha inclinado la balanza en favor de las libertades de establecimiento y prestación de servicios cuando entran en conflicto con la negociación colectiva, la acción sindical, las medidas de conflicto colectivo o la fijación de condiciones laborales más protectoras⁹⁷⁷. El Tribunal ha señalado que éstas podrían suponer una restricción injustificada a aquellas libertades fundamentales y será el juez nacional quien haya de investigar si las medidas tomadas no pueden ser sustituidas por otras menos restrictivas de las libertades comunitarias (la solución final se deriva a quien conoce la legislación nacional que, casi siempre, planteó al Tribunal la cuestión prejudicial). En ese contexto se han analizado por el órgano jurisdiccional europeo las instituciones laborales como generadoras de restricciones y obstáculos de las libertades comunitarias. A veces sin importar los derechos laborales en conflicto, ni tan siquiera cuando se trata de Derechos fundamentales así considerados en las Constituciones de los Estados. Aquellas resoluciones nos revelan un Derecho comunitario incapaz de ofrecer una completa tutela social a los trabajadores desplazados en el mercado interior que, además, se muestra como generador de un *dumping social*⁹⁷⁸, en particular en materia salarial.

Conviene cuestionarse si sobre las materias sociales a las que las competencias de la Unión no alcanzan (art. 137 TCE, nuevo art. 153 del Tratado de

⁹⁷⁶ SSTJUE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05 (Viking), de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05 (Laval) y de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06 (Rüffer) y de 19 de junio de 2008, asunto C-319/06 (Luxemburgo), respectivamente. A estas resoluciones se les ha dedicado un ingente número de comentarios, siempre apuntando la preocupación que generan; al margen de las notas en las que ya se contienen referencias a estos pronunciamientos, más allá de tratamientos específicamente laboristas véase TAPIA HERMIDA A. (2008), "Libertades fundamentales (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento) y medidas de conflicto colectivo. La Comunidad no sólo tiene una finalidad económica, sino también social", RTySS-CEF, n° 301, abril. En la doctrina europea, por ejemplo, LAULOM S. (2009), "Libre prestation de services et détachement des travailleurs", Semaine social Lamy n° 1389, pp. 15 a 21 o VENEZIANI B. e ANDREONI A., a cura di, (2009), Libertà economica e diritti sociali nell'Unione europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo, Ediesse, Roma.

⁹⁷⁷ Las cláusulas de la contratación pública referidas a obligaciones para la empresa adjudicataria de abonar las retribuciones de los trabajadores de acuerdo con el convenio colectivo aplicable al lugar de prestación de los servicios.

⁹⁷⁸ Al respecto RODRÍGUEZ-PIÑERO M. (2008), "El caso Rüffert, ¿una constitucionalización del *dumping social*?", RL n° 15, versión electrónica.

funcionamiento) tiene atribuida capacidad de decisión el Tribunal por la vía de la resolución de problemas de competencia. Sus recientes pronunciamientos nos aportan una respuesta positiva, sin embargo no deja de ser cuestionable su actuación al menos en los términos siguientes: si el grado de desarrollo del Derecho comunitario en cuanto a libertades no es equiparable con el existente respecto de derechos sociales, en particular, los derechos sociales en su vertiente colectiva –como la huelga u otras medidas de conflicto colectivo⁹⁷⁹–, cómo podría permitirse decidir al Tribunal sobre instrumentos desiguales para que llegue a tomar decisiones en las que primen las libertades y la integración económica frente a los Derechos sociales⁹⁸⁰ (condenándolos al ostracismo).

Si se parte de un equilibrio entre ambos elementos se permitirá que se interprete que las libertades también tienen un límite por aplicación de la legislación nacional laboral (legítima), más aún si cuenta con engarce y reconocimiento constitucional. El art. 2 del Reglamento 2679/1998, de 7 de diciembre, relativo al funcionamiento del mercado interior en relación con la libre circulación de mercancías, recogía que su regulación no puede ser interpretada como una limitación al ejercicio de Derechos fundamentales reconocidos por los Estados miembros y expresamente menciona el derecho o libertad de huelga o de emprender acciones reconocidas en los sistemas de relaciones laborales de los Estados miembros⁹⁸¹. Esa regulación se adscribe a la dotación de cierta inmunidad de los derechos colectivos ante posibles restricciones sobre la base de las libertades comunitarias⁹⁸². Parece que la

⁹⁷⁹ Son muy ilustrativas las reflexiones que apuntan que determinados derechos colectivos, como la huelga, encuentran en el Derecho comunitario límites a su ejercicio que no los tienen en los ordenamientos nacionales, por todos, SANTAGATA R. (2006), “La nuova direttiva sui servizi: le repercussions nel diritto del lavoro”, *Diritti Lavori Mercati* n° 3, p. 620.

⁹⁸⁰ Al respecto la STJCE de 9 de diciembre de 1997 asunto C-265/95 Comisión frente a Francia, por las protestas de ciudadanos en territorio francés que consistieron en actos de violencia e incluso delitos que impidieron la libre circulación de productos hortofrutícolas provenientes de otros Estados miembros, considerando responsable al Estado (por inacción, omisión o insuficiencia de reacción) por no actuar impidiendo esa restricción/obstrucción a la libre circulación producida como efecto de la protesta.

⁹⁸¹ Como nos indica MARTÍNEZ FONS D. (2006), cit., p. 28, con cita de relevante doctrina italiana.

⁹⁸² Como ya se ha admitido para otros Derechos fundamentales como el de reunión, manifestación y libertad de expresión en STJCE de 12 de junio de 2003, C-112/00 asunto Eugen Schmidberger.

citada doctrina resultará, igualmente, aplicable al ámbito de los servicios; realidad que será más tangible con la entrada en vigor, desde diciembre de 2009, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión europea que en su art. 28 contempla en casos de conflictos de intereses entre trabajadores y empresarios el derecho de emprender acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga. Eso sí, siempre de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales.

El TJUE viene entendiendo que el Derecho nacional está sometido a los Tratados. Pero también las cuatro libertades de la Unión han de transitar de conformidad con el respeto pleno a los Derechos fundamentales reconocidos a las personas, en una conjugación en la que las libertades pueden verse limitadas o restringidas por aquéllos en virtud de la regla de la proporcionalidad, regla que acoge el Derecho originario comunitario al implantar ciertas restricciones a dichas libertades, siempre con base en intereses generales dignos de amparo. La Directiva de servicios de 2006 no afecta a las materias laborales pero ello no significa que rescate al Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de las libertades comunitarias de servicios y establecimiento sino que permite rediseñar el debido equilibrio entre uno y otras. La andadura de la Directiva 2006/123/CE y las leyes nacionales de trasposición se evaluarán tras el pasar de unos años, pero ya se puede anticipar que permite descartar *a priori* cualquier primacía dominante de los derechos de los ciudadanos sobre las libertades comunitarias o viceversa. La armonía entre la realización del mercado interior, la apertura de los mercados y la preservación de los derechos sociales está expresamente aludida en la propia Directiva de servicios⁹⁸³ que, además, se refiere a un modelo social europeo avanzado.

6. Reflexiones abiertas

En el espacio comunitario, la construcción jurídica de lo social está rehaciendo el Derecho del Trabajo (de ello es buena muestra la doctrina del TJUE). La nueva regulación corre el riesgo de colocar determinados principios laborales en posiciones relegadas. La protección social vista como una rémora a la libertad de prestación de servicios debe ser erradicada. Mante-

⁹⁸³ Considerando 4 *in fine*.

ner la estructura del Derecho del Trabajo exige que se salvaguarden las normas estatales y también las convencionales (fruto de la autonomía colectiva) que caracterizan esta rama del Derecho así como el legítimo juego de reparto de espacios y contenidos entre ellas. Si se rompe esa dinámica (sin duda compleja) se corre el riesgo de fragmentación y dispersión del Derecho social, con el consiguiente decaimiento de sus fines. En el Derecho del Trabajo lo imperativo es tan sólo una parte de él. Por lo cual, es un error de bulto exigir en los casos de desplazamientos de trabajadores en el mercado interior que se respete tan sólo el derecho necesario o, a veces, tan sólo una porción de él.

Sin duda, parece relevante observar cómo se autoprotege en cada ordenamiento interno el Derecho del Trabajo, mediante la determinación de mínimos indisponibles (inderogabilidad *in peius*) al determinar las condiciones de trabajo (salarios, ordenación del tiempo de trabajo, clasificación profesional, movilidades, modificaciones de las condiciones de trabajo, etc.), el reconocimiento a la negociación colectiva y la eficacia jurídica otorgada al Convenio Colectivo resultado de aquélla, la posibilidad de planteamiento de conflictos colectivos o la acción sindical. El Derecho del Trabajo se caracteriza por ser un modelo armable, las diferentes piezas que lo conforman (principalmente) van, de manera sucesiva, mejorando los mínimos previamente determinados por la legislación nacional, el convenio colectivo, la voluntad de las partes manifestada en contrato de trabajo, las decisiones unipersonales del empresario o las prácticas o usos de empresa reiteradas en el tiempo.

En la configuración europea transnacional sólo se exige el respeto de los mínimos calificados como derecho necesario⁹⁸⁴, no de la conformación definitiva o final de las condiciones laborales, tomando en cuenta todos los elementos concurrentes en el Derecho del Trabajo. De esta forma el armazón protector de los derechos laborales en confrontación con el llamado Derecho económico europeo va a ser diferente en atención al específico diseño adoptado por cada una de las legislaciones nacionales pero, también, de los particulares retos que aquellas legislaciones nacionales se fijan al transponer el Derecho

⁹⁸⁴ Art. 3 de la Directiva 96/71. Su art. 3.10 permite ampliar condiciones de trabajo y empleo con base en lo acordado en Convenio colectivo bien sea por estar justificadas en disposiciones de orden público, bien en atención a actividades alejadas de la actividad o ámbito de la construcción (Anexo de la Directiva).

comunitario derivado a la legislación interna del Estado miembro (más aun cuando cada vez está más extendida la aprobación de disposiciones comunitarias sociales en forma de *derecho suave*). No sólo la ley laboral sino también el convenio colectivo necesitan de resortes normativos inderogables para enfrentarse al posible juego “*desleal*” de las libertades económicas frente a los derechos sociales, incluso, esa protección es también un puntal para las empresas sin (auténticas) oportunidades de movilidad transnacional en el mercado interior. Muchas empresas de Castilla y León, por sus pequeñas dimensiones y su posición en el mercado, no tendrán posibilidades reales de prestar sus servicios en otros Estados miembros. De las cuatro grandes libertades que soportan el edificio del mercado interior tres de ellas, la libre circulación de personas, la libertad de prestación de servicios y la libertad de establecimiento, necesitan de una penetrante mirada hacia la vertiente laboral que esconden, sea para el trabajo por cuenta ajena sea para el trabajo autónomo.

Es deseable que los agentes comunitarios se percaten de las notables carencias apuntadas. Que perciban cómo el diseño actual está supeditado a la conformación del sistema laboral de cada Estado miembro, para que así pronto corrijan las disfunciones presentes, faltas de absoluta racionalidad cuando son observadas desde la finalidad primaria y primordial de todo Derecho del Trabajo, la protección de los trabajadores⁹⁸⁵ o desde la indebida generación de competencia desleal entre empresas nacionales y de otros Estados miembros⁹⁸⁶, con costes laborales muy diferentes⁹⁸⁷.

⁹⁸⁵ Una situación similar al caso Laval si se hubiese producido en España, donde el convenio colectivo estatutario goza de eficacia general, no hubiera tenido el resultado desprotector de Suecia, ni el eco o alarma provocada. Sin embargo la respuesta del caso Ruffer para un convenio colectivo extraestatutario, al carecer de aquella eficacia personal hubiere obtenido la desafortunada respuesta de inaplicación del aquel convenio.

⁹⁸⁶ Ya se ha apuntado que las respuestas del TJUE se alejan no sólo de la protección de los trabajadores sino también del marchamo, en el mercado interior, de originar espacios de competencia leal entre las empresas, por todos, GUAMÁN HERNÁNDEZ A. (2008), “Desplazamiento transnacional y convenios colectivos: el caso Ruffer”, Aranzadi Social, págs. 47 a 59 y de la misma autora (2008) Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.

⁹⁸⁷ En los casos que la aplicación de las normas laborales del país de origen están muy por debajo de los estándares laborales del de prestación del trabajo cuando, además, la legislación no determina mínimos y los convenios colectivos (sectoriales) del país de destino de los trabajadores desplazados no gozan de eficacia general.

La no afectación a lo social del impulso de la libertad de servicios, más allá de la real aplicabilidad de la norma (formal), se sitúa bajo un *desideratum* que, analizando sus repercusiones laborales de fondo, no es realidad. No lo es a la vista de la última doctrina TJUE. Es difícil ver en el abono de salarios más bajos o en la no aplicación de determinadas reglas laborales protectoras atisbos de tutela de las condiciones de vida y trabajo que sustenten los objetivos sociales del Tratado incorporados en su última redacción de Lisboa (2007); objetivos calificados en su conjunto como *gran cláusula social* (art. 9 del Tratado de funcionamiento⁹⁸⁸).

Ya finalizada la fase de trasposición de la Directiva de servicios, en el futuro más inmediato, habrá que valorar su implementación, proyección y aplicación práctica, si efectivamente se ajusta y respeta el Derecho del Trabajo, si respeta las acciones comunitarias relativas al fomento del pleno empleo y la mejora de las condiciones de vida y de trabajo en los términos previstos por el Título XI TCE (nuevo Título X del Tratado de funcionamiento⁹⁸⁹), si la progresión en el mercado interior favorece realmente la armonización de los sistemas sociales y la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas a condiciones de trabajo, en especial en caso de rescisión del contrato de trabajo, condiciones de empleo de los extracomunitarios que legalmente residan en la UE, información y consulta de los trabajadores, representación y defensa colectiva, Seguridad Social y su modernización, igualdad de oportunidades en el mercado laboral entre mujeres y hombres e igualdad de trato de trato, integración de los excluidos y lucha contra la exclusión social⁹⁹⁰.

El texto de la Directiva 2006/123/CE es respetuoso con el acervo y normativa laboral comunitaria preexistente, reguardando la tutela de los trabajadores tal

⁹⁸⁸ Cuyo texto en versión consolidada del Tratado de Funcionamiento de la UE (DOUE 2008/C 115/01), es la siguiente: *“En la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”*.

⁹⁸⁹ En especial el art. 151 del nuevo Tratado de funcionamiento de la Unión europea (antiguo art. 136 TCE).

⁹⁹⁰ Términos que aparecen en el considerando 13 DS, además de fundamentar desde hace tiempo los arts. 136 y ss. del TCE, al que acabamos de referirnos.

y como ha sido diseñada (no exenta de problemas hermenéuticos y con ciertas lagunas), por lo cual es dable esperar que, también, lo sea su aplicación e interpretación. Anhelamos que la liberalización de los servicios en el mercado interior, gracias a la implantación de la Directiva de servicios, no nos haga cuestionarnos en breve, con acritud: *Ubi sunt* en la Unión europea los Derechos sociales?

Por fortuna, encontramos un principio de respuesta desde que el pasado 1 de diciembre de 2009 ha entrado en vigor el Tratado de Lisboa, ello significa que los Derechos sociales recogidos en la Carta comunitaria adquieren pleno valor jurídico. Ya no serán eludibles por el Derecho comunitario ni, tampoco, por su máximo intérprete judicial.



Capítulo XVII

Derechos sociales
y libertades económicas
en los desplazamientos
temporales de trabajadores
en el marco de
una prestación
de servicios transnacional

SUMARIO

1. Los desplazamientos transnacionales de trabajadores. La convergencia de los derechos sociales y las libertades económicas. **2. La protección de los trabajadores en los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional.** **2.1** El núcleo duro de condiciones de trabajo. **2.2** Un apunte sobre la determinación autónoma de condiciones de trabajo en Castilla y León. **2.3** Las obligaciones formales del prestador del servicio a la luz de la jurisprudencia del TJCE. **3. El desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional: libertad de prestación de servicios y derechos sociales colectivos.** **3.1** La necesaria articulación de los derechos sociales colectivos y las libertades económicas en el ámbito europeo. **3.2** El desplazamiento temporal de trabajadores a España. Una reflexión sobre el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva. **4. Valoración final**

DERECHOS SOCIALES Y LIBERTADES ECONÓMICAS EN LOS DESPLAZAMIENTOS TEMPORALES DE TRABAJADORES EN EL MARCO DE UNA PRESTACIÓN DE SERVICIOS TRANSNACIONAL

Milagros Alonso Bravo

*Profesora Contratada-Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid*

1. Los desplazamientos transnacionales de trabajadores. La convergencia de los derechos sociales y las libertades económicas

En el ámbito europeo las prestaciones transnacionales temporales de servicios con movilidad de trabajadores se han generalizado como fenómeno que resulta ser consecuencia lógica de la globalización económica. Los desplazamientos por el empleo se han sustituido por la movilidad en el empleo, donde el factor predominante no es la iniciativa del trabajador, sino el cumplimiento de una orden empresarial en el ejercicio de sus poderes ordinarios de dirección o extraordinarios de organización del trabajo en la empresa. El supuesto nos sitúa en una movilidad geográfica transnacional según la cual unos trabajadores son desplazados temporalmente por su empresa desde el Estado en el que ésta tiene su establecimiento a aquel otro en el que va a prestar un servicio⁹⁹¹.

⁹⁹¹ Así, MOLINA NAVARRETE, C; ESTEBAN DE LA ROSA, G., "Mercados nacionales de trabajo, Libertad Comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia". Comentario de la ley 45/1999, sobre desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios, Revista del Centro de Estudios Financieros, nº 205, 2000, p.10

El fenómeno descrito es bien expresivo de la afectación de los derechos sociales por el ejercicio de las libertades económicas en el seno de la Unión europea. Para mediar en el conflicto originado en estos desplazamientos por la existencia de diversos regímenes jurídicos aplicables y en el intento de satisfacer la necesidad de evitar la competencia desleal, a la vez que resulten protegidos los derechos de los trabajadores, en el espacio europeo se aprobó la Directiva 96/71CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de diciembre de 1996, con fundamento jurídico en el art. 56 TFUE⁹⁹². La norma tiene por finalidad asegurar que, con independencia de la legislación que se aplique a la relación laboral, se garantice a los trabajadores desplazados temporalmente un núcleo básico de condiciones de empleo y trabajo aplicables por la legislación del país de destino que, además, podrá imponer otras condiciones de trabajo y empleo fuera de estas materias en la medida en que se trate de disposiciones de orden público y respeten el derecho comunitario, en particular el antiguo art. 49 TCE (ahora art 56 TFUE).

La Directiva, que no está exenta de problemas de aplicación, omite mencionar en su fundamentación jurídica, cualquier vinculación con la libre circulación de trabajadores, lo que ha permitido al TJCE seguir ubicando el fenómeno al margen de esta libertad comunitaria y de cualquier argumentación relacionada con el principio de igualdad de trato en las condiciones laborales por razón de la nacionalidad, que el propio Tribunal de Justicia ha vinculado a este principio y no al resto de las libertades comunitarias, pese a que no exista en el Derecho originario ningún impedimento expreso para ello. Situados en este planteamiento, y asumiendo la finalidad fundamentalmente económica en el origen de la Comunidad de constituir un “Mercado interior” en el que la libre circulación de personas, servicios, mercancías y capitales esté garantizada, la labor del TJCE ha ido orientada a situar este fenómeno en el marco de la libre prestación de servicios del art. 49 TFUE. La tendencia anterior ha significado la no aplicación de la libre circulación de

⁹⁹² Las referencias al Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) y al Tratado de la Unión Europea (TUE) se hacen a las versiones consolidadas tal y como resultan del Tratado de Lisboa por el que se modifica el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea y el Tratado de la Unión Europea (DOCE 17/12/2007). La entrada en vigor del Tratado de Lisboa se ha producido el 1 de diciembre de 2009.

trabajadores (art. 39 TFUE) a un fenómeno en el que precisamente la movilidad de trabajadores resulta esencial para la prestación del servicio. Por el contrario, el factor trabajo se considera como un factor de producción más predominando el componente económico frente al social, con la consecuencia de la inaplicación por el TJCE del principio de no discriminación en el trabajo por razón de nacionalidad del art. 45 TFUE sobre el que se construye su doctrina sobre la libre circulación de trabajadores.

La Directiva 96/71 no hace más que mediar en su momento en el conflicto entre los aspectos económicos y sociales que plantean este tipo de desplazamientos transnacionales, en cuanto las empresas establecidas en países con niveles de protección laboral y social más bajos obtendrían una ventaja competitiva frente a empresas establecidas en Estados con niveles de protección social y costes laborales más elevados, en detrimento de los derechos de los trabajadores desplazados y de los propios trabajadores del país de destino. Esto es, se trata de evitar la competencia desleal entre las empresas por favorecer el *dumping social*. Dicho en otros términos, la aparición de esta norma específica va fundamentalmente dirigida a garantizar una ordenación del mercado interior de servicios al margen de cualquier práctica que, derivada de estos desplazamientos temporales de trabajadores, distorsione la competencia. Dicho esto, no debemos olvidar que la intervención comunitaria iba también dirigida a la consecución de otro objetivo, también económico, cual era garantizar la supervivencia de los mercados de trabajo nacionales, fuertemente atacados en estos casos de prestación de servicios transnacionales de servicios⁹⁹³.

El encuadramiento de la Directiva en la libre prestación de servicios determina que no nos situemos ante una norma social, aunque no puede obviarse que su objetivo fundamental de evitar la competencia desleal entre las empresas se intentará alcanzar mediante el establecimiento de un núcleo mínimo de condiciones laborales que deberá garantizar el prestador de un servicio que desplace trabajadores a un Estado de la Unión diferente de aquel en el que tenga su establecimiento en el marco de una prestación transnacional. Esta consideración indudablemente hace que la Directiva comunitaria

⁹⁹³ Vid. MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Mercados nacionales de trabajo...”, cit., pp. 5-8.

tenga prioritariamente un objetivo económico en materia de competencia aunque, dadas las relaciones entre las políticas europeas de competencia y sociales, la norma sirva también a estrategias europeas de política social⁹⁹⁴.

Planteado el tema en otros términos, la Directiva de 1996 tiene por objeto conciliar el derecho de las empresas a prestar servicios transfronterizos con arreglo a la libre prestación de servicios del art. 56 TFUE, por una parte, y los derechos de los trabajadores desplazados temporalmente para prestar dichos servicios, por otra. La solución adoptada por esta norma comunitaria al intentar un equilibrio entre los aspectos económicos y sociales, ha sido respetada por la polémica Directiva de 2006⁹⁹⁵, que en su exposición de motivos declara expresamente no afectar *“a las condiciones de trabajo, incluidos los periodos máximos de trabajo y periodos mínimos de descanso, la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, las cuantías del salario mínimo, la salud, la seguridad y la higiene en el trabajo, que los Estados miembros apliquen de acuerdo con el Derecho comunitario”*. La exclusión de la materia laboral se introduce en el articulado de la norma comunitaria, en el art. 1.6, al reconocer que *“La presente directiva no afecta al Derecho Laboral, es decir, a cualquier disposición legal o contractual relativa a las condiciones de empleo o de trabajo, incluida la salud y seguridad en el trabajo, o en las relaciones entre empleadores y trabajadores, que los estados Miembros apliquen de acuerdo con la legislación nacional conforme al Derecho comunitario”*. Específicamente, se declaran excluidas las condiciones de trabajo y empleo que en aplicación de la Directiva 96/71 deben respetarse respecto de los trabajadores desplazados para prestar servicios en el territorio de otro Estado miembro por el prestador del servicio en una serie de ámbitos (Considerando 86).

La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior, adoptada en el conjunto de acciones adoptadas en el entorno europeo para realizar la Estrategia de Lisboa dirigida fundamentalmente al logro de objetivos económicos,

⁹⁹⁴ Vid. CASAS BAAMONDE, M.^a E., “Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de La ley”, en AA.VV., *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CASAS BAAMONDE, M.^a E.; del Rey Guanter, S.,(dirs.), CES, 2002, pp. 5-10.

⁹⁹⁵ Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (DOCE 27/12/2006).

no opta por armonizar al alza los estándares sociales y laborales, permitiendo una carrera a la baja de las regulaciones sociales. Al igual que la Directiva sobre desplazamiento, la norma comunitaria sobre los servicios del mercado interior, en la órbita de la estrategia de Lisboa, vuelve a plantearse en el marco del conflicto entre los aspectos económicos y sociales respetando la conciliación que sobre los mismos intentó la Directiva 96/71 en materia de desplazamientos transfronterizos de trabajadores. En definitiva, una apuesta prioritaria por el objetivo económico vinculado a la competitividad de las empresas pero garantizando la cohesión social de manera que la calidad de vida de los trabajadores se configura como límite de los objetivos económicos.

La cuestión planteada no hace sino conducirnos a la reflexión sobre la compatibilidad entre la liberalización de los mercados y la salvaguarda de los derechos sociales fundamentales, que desde los orígenes está presente en la evolución de la Comunidad europea. Bien es cierto que, pese a que son preponderantes los aspectos económicos en los Tratados Constitutivos de la Comunidad Europea, las políticas sociales terminan por tener reflejo en el Derecho originario. Así, la aprobación del Tratado de Ámsterdam atribuye una dimensión europea a la política de empleo, teniendo como objetivo prioritario fomentar *“una estrategia coordinada para el empleo”*. El Consejo de Lisboa celebrado el 23 y 24 de marzo de 2000, dará un nuevo impulso a las políticas de empleo comunitarias poniendo un énfasis especial en el equilibrio entre la competitividad de las empresas y la cohesión social. Esta evolución tiene su última expresión en el Tratado de Lisboa que recoge en el art. 9 lo que se ha dado en llamar cláusula social al establecer que *“en la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la Unión tendrá en cuenta las exigencias relacionadas con la promoción de un nivel de empleo elevado, con la garantía de una protección social adecuada, con la lucha contra la exclusión social y con un nivel elevado de educación, formación y protección de la salud humana”*.

En definitiva, lo que pretendemos en estas líneas es poner de manifiesto que la dimensión social de la globalización es uno de los temas más complejos de esta etapa por la que atraviesa la construcción del proyecto europeo, preferentemente en lo que afecta a los derechos fundamentales colectivos de los trabajadores, signo de identidad de los ordenamientos jurídicos nacionales y que bien pueden considerarse parte del llamado *“modelo social europeo”*, como en ocasiones se ha defendido desde las instancias comunitarias. Estas tensiones que laten en el modelo social europeo se han puesto de manifiesto

en las sentencias del TJCE Viking⁹⁹⁶, Laval⁹⁹⁷ y Rüffert⁹⁹⁸ que recientemente, al amparo de las libertades de establecimiento y prestación de servicios, permiten convertir las condiciones de trabajo menos protectoras en el país de origen en ventaja competitiva. A través de estos pronunciamientos el TJCE, aunque se declare incompetente para ello, está marcando límites a la configuración de los derechos colectivos sociales por los derechos nacionales.

El Derecho derivado permite otras soluciones al conflicto y desde luego, el derecho originario, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, tiene muchas posibilidades de poder inclinar la balanza del TJCE en la búsqueda de la deseable conciliación entre lo económico y lo social a favor de la ponderación y el equilibrio, al estilo de la doctrina seguida por los tribunales nacionales. Bien es cierto que también se hacen aconsejables reformas en el derecho derivado que sitúen tal equilibrio entre lo social y lo económico en el centro de su fundamentación jurídica. Así, la Directiva 96/91 bien podía haber incidido en su argumentación jurídica en la necesidad de lograr, en estos fenómenos de prestación transnacional de servicios con desplazamiento temporal de trabajadores, el deseado equilibrio entre las dos libertades comunitarias. Esto es, de un lado la libre circulación de trabajadores, para garantizar a los trabajadores desplazados un trato igual en las condiciones de trabajo que los nacionales del país de destino y, de otro, la libre prestación de servicios al eliminar restricciones injustificadas pero al margen de las condiciones de trabajo, que escaparían de la órbita de dicha libertad.

⁹⁹⁶ STJCE de 11 de diciembre de 2007, Viking Line, C-438/05.

⁹⁹⁷ STJCE de 18 de diciembre de 2007, Laval, C-341/05.

⁹⁹⁸ STJCE de 3 de abril de 2008, Rüffert, C-346/06.

2. La protección de los trabajadores en los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional

2.1 EL NÚCLEO DURO DE CONDICIONES DE TRABAJO

La consecución del Mercado Único europeo, objetivo prioritario para el que se constituyen las Comunidades⁹⁹⁹, se relanza y concreta desde el Acta Única Europea (1-07-1987) en la creación de un espacio sin fronteras donde estén garantizadas, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales. Según esta concepción, la desaparición de obstáculos a las libertades de circulación comunitarias es requisito necesario para la realización del Mercado interior. En el marco del ejercicio de estas libertades, concretamente de la libertad de prestación de servicios, se plantea la necesidad de buscar soluciones a los desafíos planteados por la descentralización productiva transnacional. Fruto de la globalización económica, las empresas desplazan a sus trabajadores con carácter temporal para prestar un servicio en el territorio de un Estado miembro distinto a aquel en el que trabajan habitualmente. El auge de las prestaciones de servicios de carácter transnacional en el interior de la Comunidad Europea ha incidido en la circulación de los trabajadores. Así, la concepción originaria de la libre circulación de trabajadores tenía como finalidad que los trabajadores de un determinado Estado Miembro se desplazaran a otro Estado para acceder a un empleo. Las prestaciones transnacionales de servicios han dado lugar a una nueva circulación de trabajadores que consiste en el desplazamiento temporal de trabajadores por la empresa que tiene que prestar un servicio en otro Estado distinto de su país de establecimiento y lo hace acompañada de sus propios trabajadores, desplazándolos al territorio del país donde deben prestarse los servicios, por el tiempo de duración limitada y temporal de esa prestación.

Como adelantábamos, las divergencias existentes en las regulaciones jurídicas de los distintos Estados Miembros, hacen necesario buscar la norma aplicable con la finalidad de evitar la competencia desleal entre empresas a la vez que se protege a los trabajadores desplazados. Este propósito, tal y como

⁹⁹⁹ Así estaba previsto en el Art. 3 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea originario.

consta expresamente en su Exposición de Motivos, llevó a buscar soluciones a este fenómeno a través de la aplicación de la Directiva 96/71¹⁰⁰⁰. La norma, situada en el objetivo fundamental de garantizar la libre prestación de servicios, prevé una serie de garantías para evitar la competencia desleal, en un intento de proteger los mercados nacionales de trabajo así como a los trabajadores afectados. Así fija un núcleo duro de disposiciones que el proveedor de los servicios deberá observar, que se traduce en la obligatoriedad de respetar determinadas condiciones de trabajo reguladas en la normativa del país al que el trabajador es desplazado temporalmente en el marco de una prestación de servicios transnacional, con independencia de cuál sea la legislación aplicable a la relación de trabajo. En la enumeración de tales condiciones laborales mínimas, y con excepción del salario, se incluyen aquellas sobre las que existe un mayor grado de armonización en el ámbito comunitario. Los ámbitos a los que se refieren tales condiciones laborales son los períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso; la duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas; las cuantías del salario mínimo, incluidas las correspondientes a horas extraordinarias; 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.

Tras esta enumeración puede afirmarse que se opta por incluir aquellas cuestiones de orden público laboral que representan un estatuto básico del que no puede prescindirse en ninguna relación laboral celebrada en el marco de la Unión europea¹⁰⁰¹. A través de la cláusula de salvaguarda del art. 3.10 de la norma comunitaria los Estados miembros tienen amplias posibilidades, no sólo para desarrollar el núcleo de normas mínimas, sino también para ampliar

¹⁰⁰⁰ Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento temporal de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios.

¹⁰⁰¹ Así, MOLINA NAVARRETE, C., "Unidad De Mercado, Libertad de circulación y de Prestación de Servicios: nuevas dimensiones para la "gestión del conflicto" entre "lo económico" y "lo social", AA. VV., *Unidad de Mercado y Relaciones Laborales, XXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones laborales*, Mergablum, Sevilla, 2007, p. 304.

más allá de ese núcleo otras normas inderogables como orden público social impuestas a los contratos de trabajo de los trabajadores desplazados¹⁰⁰². Las posibilidades para proteger a los trabajadores, tanto los desplazados como los propios nacionales del Estado de destino, serían amplias a tenor de la Directiva sobre desplazamiento transnacional, si no fuera porque el TJCE está girando en su interpretación de la noción de orden público hacia parámetros muy restrictivos. Si el Tribunal había venido admitiendo la protección de los trabajadores como razón de orden público, recientemente asume que la razón de orden público sólo puede invocarse en caso de que exista una amenaza real y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad¹⁰⁰³. Este giro interpretativo reduce significativamente los márgenes para proteger a los trabajadores además de apuntar a que la Directiva, inicialmente concebida para ser una norma de mínimos, se puede terminar convirtiendo en una norma de protección máxima que no consiga cumplir su objetivo de impedir el dumping social estableciendo un entorno de competencia leal mediante la garantía de respeto de los derechos de los trabajadores que se desplazan en el marco de una prestación de servicios transnacional.

Esta norma comunitaria se transpone al Derecho español a través de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre sobre el desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. La norma nacional nos sitúa en las condiciones mínimas de trabajo que los empresarios establecidos en los países de la Unión Europea y elEEE deben garantizar a los trabajadores que desplacen temporalmente para prestar servicios en España. Es el Capítulo segundo de la Ley el que regula tales obligaciones de los empresarios que desplacen trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional y que consisten en garantizar, con independencia de cuál sea la ley aplicable a la relación laboral, las condiciones de trabajo previstas en la legislación española referentes a determinadas materias y que, dado el sistema de fuentes del derecho español del trabajo, deberán buscarse en las disposiciones legales y reglamentarias y en los Convenios colectivos

¹⁰⁰² RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, “ El caso Ruffert ¿una constitucionalización del dumping social?, RL, nº 15-16.

¹⁰⁰³ Vid., RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER, “Libertad de prestación de servicios y acción sindical”, RL, nº 23-24, 2008, p. 5.

que resulten de aplicación. Aplicación que sólo será obligatoria cuando la protección que dispensen al trabajador desplazado las fuentes españolas sea más favorable que la que otorgue la legislación aplicable a su contrato de trabajo o el propio contrato de trabajo.

Las condiciones de trabajo a las que se aplica la ley vienen determinadas en el art. 3 de la Ley 45/99, donde se relacionan las siguientes materias:

- a) Tiempo de trabajo, en los términos previstos en los arts. 34-38 ET.
- b) Cuantía del salario, en los términos previstos en el art. 4 de la ley. Es la condición de más relevancia y en realidad la que motivó la aprobación de la Directiva comunitaria sobre la materia. Luego volveremos sobre ello.
- c) Igualdad de trato y no discriminación directa o indirecta.
- d) El trabajo de menores, según establece el art. 6 ET.
- e) La prevención de riesgos laborales, incluidas las normas sobre protección de la maternidad y menores.
- f) La no discriminación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial.
- g) El respeto a la intimidad y la consideración debida a la dignidad de los trabajadores, comprendida la protección frente a ofensas verbales o físicas de naturaleza sexual.
- h) La libre sindicación y los derechos de huelga y reunión.

La ley, dentro de las posibilidades permitidas por la Directiva, no ha limitado las actividades a las que se aplica, ha ampliado las condiciones laborales mínimas y ha declarado objeto de comparación, tanto las condiciones legales o reglamentarias, como las determinadas en los convenios colectivos o laudos arbitrales aplicables en el lugar y en el sector o rama de actividad de que se trate.

En una valoración de conjunto de las condiciones laborales aplicables a los trabajadores desplazados temporalmente a España por empresas establecidas en otro Estado miembro en el marco de una prestación de servicios transnacional, podemos hacer alguna matización. En primer término, y para aclarar las circunstancias que deben concurrir para situarnos en el supuesto de hecho que determine la aplicación de la ley, las condiciones laborales previstas por las fuentes españolas sólo se aplicarán si el trabajador desplazado es titular de una relación laboral, según resulte de la legislación

española¹⁰⁰⁴, y ello con independencia de cuál sea la legislación aplicable a la relación laboral. Además, es necesario que las condiciones laborales del trabajador desplazado según la legislación aplicable al contrato de trabajo o según resulten del propio contrato, sean menos favorables para el trabajador que las que resulten de la aplicación de las fuentes laborales españolas, en una comparación individualizada de las distintas condiciones de empleo. Llegado este caso, serán de aplicación las condiciones laborales del Estado de destino ya estén fijadas en fuentes legales o reglamentarias, ya en los convenios colectivos estatutarios sectoriales que resulten de aplicación en el lugar de prestación temporal de los servicios, por remisión material expresa del art. 3.3 de la Ley 45/1999. En cualquier caso y por lo que respecta a los Convenios colectivos de referencia, éstos habrán de ser de sector y estatutarios, y por tanto de aplicación general en todo su ámbito de aplicación, en una interpretación del art. 3.3 ET en el marco de la Directiva 96/71/CE.

2.2 UN APUNTE SOBRE LA DETERMINACIÓN AUTÓNOMA DE CONDICIONES DE TRABAJO EN CASTILLA Y LEÓN

Planteado el tema en estos términos, el objetivo general de este trabajo nos lleva a plantearnos en qué medida el desplazamiento temporal de trabajadores a la Comunidad Autónoma de Castilla y León en el marco de una prestación de servicios transnacional puede plantear alguna especialidad en cuanto a la elección de la fuente laboral española aplicable a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados temporalmente. El tema que planteamos nos conduce a considerar que tales peculiaridades pueden venir sólo de la aplicación de los Convenios colectivos sectoriales de ámbito autonómico o provincial si, de un lado, dentro del territorio nacional resultan de aplicación según los principios de ordenación de las fuentes de la relación laboral, de otro si en las materias a las que se refiere la Ley 45/1999 presentan una regulación más protectora que la que resulte de la legislación aplicable al contrato de trabajo o los propios términos del contrato, y ello con independencia de cuál sea la legislación aplicable a la relación laboral.

¹⁰⁰⁴ En igual sentido, vid., GARCÍA NINET, J.I.; VICENTE PALACIO, A., "La ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional", Revista MTAS, nº 27, 2000 pp. 22-23.

Situados en este punto, y tomando como punto de partida que, según las reglas que ordenan la estructura de la negociación colectiva en España, la fuente convencional aplicable a un trabajador desplazado temporalmente al territorio de la Comunidad Autónoma de Castilla y León resulte ser el Convenio colectivo sectorial de ámbito provincial o de Comunidad autónoma, conviene ahora precisar las posibilidades para que esta norma paccionada sea la fuente de comparación con la legislación aplicable a su contrato de trabajo (autónoma o heterónoma) o con el propio contrato individual de trabajo, frente a las fuentes estatales de naturaleza legal o reglamentaria.

Avanzar una respuesta al planteamiento anterior requiere un pronunciamiento sobre las posibilidades de la Negociación colectiva para ordenar las materias relacionadas en el art. 3.1 de la Ley 45/1999, a la luz de las relaciones entre la norma estatal y el convenio colectivo como fuentes de la relación laboral. En este orden de cosas y en cuanto nos situamos ante normas de Derecho necesario absoluto, por venir referidas a la ordenación de derechos fundamentales de los trabajadores o a materias que configuran los aspectos estructurales del Derecho del Trabajo, las posibilidades para la Negociación colectiva están vedadas en la alteración de los principios de igualdad de trato y no discriminación en general y en particular de los trabajadores temporales o a tiempo parcial; la capacidad contractual de los menores; la protección de la salud de los menores o las mujeres; los derechos de libre sindicación, huelga o reunión y el derecho de los trabajadores a la intimidad y dignidad. Dicho de otra manera, respecto del elenco de las materias que integran el orden público laboral a que se refiere el art. 3.1 de la Ley 45/1999, las que pueden determinar que la fuente de comparación frente a la legislación del país de origen, sea el convenio colectivo sectorial del lugar donde temporalmente se presten los servicios en el territorio español, son básicamente el tiempo de trabajo y la cuantía del salario.

Centrándonos en el tiempo de trabajo, la Directiva comunitaria en su art. 3.1.a), incluye entre las condiciones de trabajo que los empresarios que desplazan trabajadores temporalmente a otro Estado miembro en el marco de una prestación de servicios transnacional deberá respetar en el Estado de destino, de ser más favorables, *“los periodos máximos de trabajo así como los periodos mínimos de descanso”*. Paralelamente, pero de una manera más amplia, el art. 3.1 .a) de la Ley 45/1999 se refiere a *“el tiempo de trabajo en los términos previstos en los arts. 34 a 38 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo*

1/1995, de 24 de marzo". Entendemos que las referencias a los preceptos legales del Estatuto de los Trabajadores a que se refiere la norma nacional deben servir para delimitar las materias relacionadas con el tiempo de trabajo que debe respetar el empresario que desplace temporalmente trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. Dicho en otros términos, tales condiciones de empleo relacionadas con el tiempo de trabajo podrán venir establecidas, bien en los arts. 34-38 ET; bien en normas reglamentarias de desarrollo, o ser fijadas por la negociación colectiva en el marco de sus relaciones con las fuentes heterónomas de la relación laboral. De este modo, la remisión a los preceptos estatutarios es expresiva de que la garantía que ha de respetar el empresario respecto de los trabajadores desplazados alcanza a la duración de la jornada diaria y anual; a los descansos mínimos entre jornadas o en la jornada continuada; horas extraordinarias; trabajo nocturno y a turnos; descanso semanal y vacaciones anuales retribuidas, salvo, en este último punto que la duración del desplazamiento sea inferior a 8 días¹⁰⁰⁵.

La reforma legislativa introducida a tenor de la Ley 11/1994, de 19 de mayo, supuso un antes y un después en las relaciones Ley-Convenio habilitándose, por un lado, a la negociación colectiva para la regulación de determinadas materias reservadas antes de manera exclusiva a la Ley y suponiendo paralelamente, por otro lado, el abandono de la heteronomía ejercida por la norma en la determinación de mínimos de derecho necesario que, antes se establecían para muchas materias. Se produce, de este modo, una desregulación de determinadas materias, permitiéndose a la negociación colectiva un nuevo marco más extenso y flexible en los contenidos de los convenios colectivos. Esta flexibilidad normativa permite la adaptación permanente de las reglas incorporadas en la negociación a la realidad social y económica. En este orden de consideraciones y por lo que respecta a la ordenación del tiempo de trabajo (arts. 34-38 ET) nos situamos ante uno de los ámbitos fundamentales en los que se permite un importante campo de actuación a la negociación colectiva. La ley 11/1994, de reforma del mercado de trabajo, flexibilizó la institución del tiempo de trabajo y asignó a la negociación nuevos ámbitos de actuación. Las llamadas a la contratación colectiva son constantes. Así, sobre

¹⁰⁰⁵ Excepción que, en el marco de las previsiones de la norma comunitaria, se contiene en el art. 3.3 Ley 45/99, de 29 de noviembre.

la duración de la jornada de trabajo, su distribución regular o irregular, dentro de los límites establecidos; la decisión sobre realización de horas extraordinarias, así como su compensación en metálico o con descansos retribuidos; el establecimiento de regímenes de descanso diario o semanal alternativos o la duración, permisos o licencias retribuidos, el régimen de disfrute y distribución de las vacaciones anuales, son aspectos que pueden encontrar regulación a través del contenido normativo de los convenios colectivos.

Situados en el ámbito de la negociación colectiva en Castilla y León, y en una caracterización de conjunto de la estructura de la negociación, existe un predominio de los Convenios Colectivos provinciales, que son los que afectan a una más amplia población laboral. En su mayoría, los convenios colectivos firmados son los de nivel empresarial pese a lo cual no afectan a un gran número de trabajadores. Por el contrario los Convenios de sector, aún siendo poco numerosos en comparación con los de empresa, afectan a un superior número de trabajadores. En el ámbito territorial de esta Comunidad autónoma, y en una visión de conjunto de las cláusulas sobre tiempo de trabajo, podemos considerar que las regulaciones convencionales sobre tiempo de trabajo van referidas prioritariamente a la ordenación de la jornada de trabajo, las vacaciones anuales y los permisos y licencias retribuidos.

Así las cosas, y sin perder de vista estas matizaciones sobre la práctica convencional, podemos ya adelantar, que en el marco de una prestación de servicios transnacional, el desplazamiento temporal de trabajadores a Castilla y León puede llevar aparejado que el empresario tenga que garantizar a los trabajadores desplazados temporalmente las condiciones sobre tiempo de trabajo reguladas en Convenios Colectivos de sector estatutarios negociados en el ámbito territorial de esta Comunidad, con independencia de cual sea la regulación aplicable a la relación laboral. La comparación con la regulación del país de origen en orden a determinar si la regulación española es más beneficiosa para el trabajador desplazado deberá realizarse por grupos de materias homogéneos dentro del tiempo de trabajo, sin que quepa una compensación global que pueda conculcar la libre prestación de servicios¹⁰⁰⁶.

¹⁰⁰⁶ En el mismo sentido, SERRANO OLIVARES; R., "Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores; prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador", en AA.VV., *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CASAS BAAMONDE, M.^a E.; DEL REY GUANTER, S.,(dirs.), CES, 2002, p. 78.

En otro orden de consideraciones, los objetivos pretendidos por la Directiva 96/71 y la Ley 45/1999 de transposición dirigidos a solucionar la competencia desleal entre empresas resultante de la diversidad de normas laborales en los distintos Estados miembros de la Unión Europea (y países del AEEE), tiene su razón de ser prioritariamente en lo que se refiere a la cuantía salarial, habida cuenta que tal materia está excluida de la acción comunitaria y, a diferencia de lo que sucede en la institución del tiempo de trabajo, no existe una armonización a nivel comunitario. Ello va a determinar que, siendo elemento esencial de la competencia empresarial en el mercado, la cuantía del salario es una de las condiciones de trabajo que mayores ventajas competitivas determina en el marco de las prestaciones transnacionales de servicios.

En aplicación de la normativa nacional conforme al Derecho comunitario, los empresarios que desplacen trabajadores a España deberán garantizarles la cuantía mínima del salario prevista en las disposiciones legales o reglamentarias o en los convenios colectivos sectoriales de aplicación general en el lugar de prestación temporal de los servicios para el grupo profesional o la categoría profesional correspondiente a la prestación del trabajador desplazado. La norma nacional, en el art. 4.1, entiende a estos efectos por cuantía mínima del salario *“la constituida, en cómputo anual y sin el descuento de los tributos, de sus pagos a cuenta y de las cotizaciones de Seguridad Social a cargo del trabajador, por el salario base y los complementos salariales, las gratificaciones extraordinarias y, en su caso, la retribución correspondiente a horas extraordinarias y complementaria y trabajo nocturno”*. La referencia normativa se completa con dos matizaciones. En primer lugar, no se incluyen en la cuantía mínima del salario las mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social. En segundo término, sí se incluyen los complementos correspondientes al desplazamiento, en la medida en que no se abonen como partidas extrasalariales, esto es, como gastos de viaje, alojamiento y manutención.

Tal referencia normativa nos conduce a considerar que, a efectos de comparación se acude a un cómputo global en términos anuales y con carácter íntegro, siendo los conceptos computables cualquier partida de naturaleza salarial, ya sea de devengo fijo o periódico, cierto o eventual¹⁰⁰⁷. En lo que respecta a la fuente que ha de considerarse para determinar la condición más

¹⁰⁰⁷ En igual sentido, GARCÍA NINET, J.I.; VICENTE PALACIO, A., “La ley 45/1999, de 29 de noviembre...”, cit., pp. 26-27.

favorable para el trabajador, ésta será o bien el salario legal en la cuantía determinada anualmente en el Decreto de Salario Mínimo Interprofesional, tal y como prevé el art. 27 ET; o, de estar mejorada por Convenio colectivo sectorial de eficacia general en el sector de prestación temporal de los servicios, el término de la comparación vendrá constituido por el salario profesional pactado, siendo preciso en este caso encuadrar al trabajador en el sistema de clasificación profesional diseñado en dicho Convenio, según la categoría o grupo profesional que corresponda al puesto desempeñado en el desplazamiento.

Paralelamente al planteamiento que proponíamos al abordar la institución del tiempo de trabajo, el desplazamiento temporal de un trabajador a la Comunidad Autónoma de Castilla y León en el marco de una prestación de servicios transnacional, puede determinar que la fuente de referencia convencional que determine el salario profesional sea un convenio colectivo sectorial estatutario negociado en dicho ámbito territorial, que con carácter prioritario tendrá ámbito provincial, dada la estructura negocial en este ámbito territorial. Siendo el Convenio Colectivo el lugar idóneo para la fijación de la estructura del salario, los Convenios colectivos que se negocian en este ámbito territorial proceden a regular con generalidad la estructura del salario, diferenciando las partidas salariales de las extrasalariales. A efectos de comparación resulta adecuada la práctica convencional generalizada en los convenios sectoriales nacionales, que empieza a seguirse en algunos convenios sectoriales negociados en este ámbito territorial autonómico, de fijar un salario base de grupo o nivel retributivo, como retribución fijada por unidad de tiempo que corresponde al trabajador según las tareas desarrolladas y con referencia a un grupo profesional o nivel retributivo regulado en el convenio.

Situados en el desplazamiento temporal de trabajadores a la Comunidad Autónoma de Castilla y León, dos son los aspectos relacionados directamente con la práctica negocial y la estructura de la Negociación en esta región, que pueden tornarse en desprotección, no sólo a los trabajadores nacionales habituales en este ámbito geográfico, sino también a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional¹⁰⁰⁸. De un lado, la prác-

¹⁰⁰⁸ Sobre la negociación colectiva en Castilla y León, vid. los estudios, AA.VV., *La estructura y el contenido de la contratación colectiva en Castilla y León (2001)* y AA.VV., *La Negociación colectiva en Castilla y León (2006)*, ambos realizados por un equipo investigador integrado por profesores de la UVA y editados por la Junta de Castilla y León.

tica de los agentes sociales de no pactar sobre algunos aspectos de las condiciones de trabajo que debe garantizar el empresario en España si desplaza trabajadores en el ejercicio de una prestación de servicios transnacional. Así, según avanzábamos, hay materias sobre el tiempo de trabajo que están ausentes de las negociaciones. Además, aún no es una práctica generalizada en los convenios sectoriales negociados en Castilla y León la figura del “*Salario base de Convenio*”, que arroja seguridad jurídica al determinar la cuantía mínima del salario que deba garantizarse a los trabajadores desplazados al territorio de la Comunidad para prestar temporalmente servicios, de resultar más beneficiosa para el trabajador que la que resulte de la legislación aplicable a la relación laboral o del propio contrato de trabajo.

Por otra parte, la propia estructura de la Negociación Colectiva en Castilla y León arroja un dato que no debe desconocerse en cuanto que puede ocasionar desprotección también a los trabajadores desplazados. Nos referimos a la existencia en la actualidad de sectores sin cobertura convencional en este ámbito geográfico. Tras la derogación definitiva de las ordenanzas laborales el 31 de diciembre de 1995 se inicia una etapa en nuestro sistema de relaciones laborales tendente al fortalecimiento de la autonomía negociada en la ordenación de las relaciones laborales. La finalidad perseguida, que encaja perfectamente en el modelo constitucional de relaciones laborales, no iba a estar exenta de dificultades. Desde el inicio del proceso se constató que existían sectores donde los problemas para negociar convenios colectivos que sustituyeran el vacío producido por la derogación de las ordenanzas iban a venir de la dificultad en algunos sectores de actividad para cumplir los requisitos de legitimación negociada previstos en los arts. 87 y 88 ET. Este problema se intentó solucionar a través de la aprobación en 1997 del Acuerdo de Cobertura de Vacíos (ACV) al amparo del art. 83.3 ET que plasma la facultad de las organizaciones sindicales y las asociaciones empresariales más representativas de carácter estatal o de Comunidad Autónoma para elaborar acuerdos sobre materias concretas. El acuerdo, con un ámbito de aplicación a todo el territorio del Estado y una vigencia temporal de cinco años –desde que entrara en vigor el 1 de enero de 1998– trataba de evitar que en los sectores incluidos en su anexo I se produjeran vacíos de regulación, a la vez que se fomentaba la sustitución convencional de la regulación que proponía para estos sectores de actividad sobre estructura profesional, promoción de los trabajadores, estructura salarial y régimen disciplinario.

A partir de 2002 finaliza la vigencia de la solución que supuso el ACV para la prevención de vacíos de regulación de condiciones laborales en ciertos sectores de actividad ante la derogación definitiva de las ordenanzas laborales. En este momento pudo constatarse que el proceso de sustitución de las ordenanzas laborales por convenios colectivos, fundamentalmente en sectores de actividad con déficit de legitimación negocial, no estaba aún cerrado. Los cinco años de vigencia del ACV no fueron suficientes para que se cubriera el vacío de ordenación colectiva de las relaciones laborales en determinados sectores de actividad, muchos de los cuales coinciden con los enumerados en el acuerdo. Este fenómeno es constatable fundamentalmente a nivel estatal y autonómico. En cambio en el nivel provincial si se ha logrado desarrollar un nivel más acusado de cobertura convencional en sectores incluidos en el ACV por existir problemas de interlocución negocial que hacían más complicado la cobertura de vacíos normativos.

En definitiva, el paso del tiempo ha permitido comprobar que la falta de requisitos de legitimación estatutaria para negociar convenios colectivos en ciertos sectores de actividad, no era una cuestión temporal o provisional, sino que se ha convertido en un aspecto estructural de los procesos de negociación colectiva en ciertos sectores de actividad. Hechas estas afirmaciones, la solución a la existencia de vacíos convencionales ya no puede proporcionarla el ACV cuya vigencia ha finalizado. La comprobación de cuál sea el motivo que determine la existencia de un vacío de regulación convencional de las condiciones laborales servirá de guía para arbitrar las posibles soluciones. Abiertas quedan las vías previstas por el ordenamiento jurídico para solventar la ausencia de negociación convencional en ciertos sectores de actividad, bien por no alcanzarse acuerdos o, en su caso, por falta de legitimación negocial.

En el primer caso, el vacío debe colmarse mediante el cumplimiento del compromiso que adquirieron los agentes sociales cuando suscribieron el ACV al asumir una responsabilidad derivada de la necesidad cierta de atender los vacíos generados en el proceso de sustitución de las ordenanzas laborales. Esto es, a través de la negociación colectiva de las condiciones laborales o lo que es igual, mediante el ejercicio responsable de su función de representar los intereses económicos y sociales que les son propios, siendo el convenio colectivo un instrumento privilegiado. En el segundo supuesto y ante la imposibilidad de negociar, constatada la ausencia de interlocutores legitimados o sin capacidad negocial en los términos estatutarios, se abre camino la

puesta en marcha del compromiso que también asumieron los agentes sociales en 1997, en cuanto firmaron que tras expirar la vigencia del acuerdo *“en el caso de que persistan vacíos de cobertura, las organizaciones firmantes de esta Acuerdo se comprometen a cubrirlos definitivamente en las instancias oportunas mediante la extensión de Convenios colectivos”* (art. 4 ACV).

Hechas estas consideraciones previas que evidencian que la estructura de la negociación colectiva en Castilla y León pone de manifiesto la existencia de sectores sin cobertura convencional en dicha ámbito territorial, y asumiendo que ello puede aumentar la desprotección de los trabajadores desplazados, surge la necesidad de activar los posibles mecanismos para la solución de tal vacío de regulación. De entre las diversas posibilidades, y descartada la posibilidad de negociación en estos ámbitos, espontánea o promovida por los poderes públicos debido a la inexistencia de partes legitimadas para ello, se abre como alternativa la extensión de otro convenio negociado para una unidad diferente, si concurren los presupuestos exigidos en el art. 92 ET.

La estructura de la negociación colectiva en Castilla y León evidencia que, tras la derogación de las ordenanzas laborales, la regulación en los distintos sectores de actividad muestra preferencia por el ámbito provincial de negociación. Ello es así por razones no sólo tradicionales sino también con fundamento en la estructura organizativa de los agentes sociales. Siendo cierto que en el ámbito de la Comunidad proliferan los Convenios Colectivos provinciales que sustituyen el vacío dejado por la derogación de las ordenanzas frente al ámbito estatal o de Comunidad, en el nivel provincial sectorial no se ha logrado una cobertura completa a través de la negociación de convenios colectivos estatutarios. La experiencia de negociación evidencia una cobertura que, en la mayoría de los sectores con déficit negocial no alcanza el 50% de las provincias de la Comunidad Autónoma.

La constatación de que en muchos de los sectores afectados por la ausencia de convenio colectivo deriva de la inexistencia de estructuras representativas empresariales a nivel provincial con capacidad para colmar los vacíos a través de procesos de negociación estatutarios, apunta hacia el mismo presupuesto que en su día estuvo en la base de la aprobación del ACV. Siendo esto así, y si se descarta en estos sectores la posibilidad de negociar convenios estatutarios por la ausencia de partes legitimadas para ello, se ofrece por el legislador una vía posible para solventar la ausencia de actividad negocial, cual es la extensión de un Convenio ya negociado para otra unidad de negociación

diferente, bien al ámbito territorial de la Comunidad o de alguna provincia. Esta es precisamente la solución por la que optaron los agentes sociales que suscribieron el ACV como alternativa prioritaria ante la persistencia de vacíos de negociación por ausencia de partes legitimadas, una vez finalizada la vigencia de dicho acuerdo. Solución que, no exenta de problemas importantes para su aplicación, requiere en todo caso la constatación de la existencia de los presupuestos que justifican su uso y que de manera generalizada están previstos en los artículos 92.2 ET y 1.2 RD 718/2005, de 20 de junio (RE).

2.3 LAS OBLIGACIONES FORMALES DEL PRESTADOR DEL SERVICIO A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

Estas obligaciones materiales se completan a través de ciertas obligaciones accesorias, también previstas en la Ley nacional, que determinan la obligación para el empresario que desplace trabajadores a España en el marco de una prestación de servicios transnacional, de comunicar el desplazamiento a la Autoridad Laboral, así como de comparecer a requerimiento de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social a fin de aportar la documentación requerida para justificar el cumplimiento de la ley. Así se establece en los arts. 5 y 6 de la Ley 45/1999. Estos preceptos habrán de interpretarse en el marco de las *Orientaciones dadas por la Comisión en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios* con el fin de no lesionar la libre prestación de servicios, que se han elaborado teniendo en cuenta la jurisprudencia del TJCE sobre el ejercicio de la libre prestación de servicios¹⁰⁰⁹.

Así hay que interpretar que, considerando la jurisprudencia existente, para que el Estado miembro de acogida pueda comprobar que se cumplen las condiciones de empleo establecidas en la Directiva debería poder exigir, respetando el principio de proporcionalidad, que el prestador de servicios efectúe una declaración, a más tardar al inicio de los trabajos, en la que figuren los datos sobre los trabajadores desplazados, la duración, el lugar y el tipo de

¹⁰⁰⁹ Comunicación de la Comisión. Orientaciones en relación con el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios. De 4/4/2006, COM (2006) 159 final.

servicio que prestan. La declaración podría contener la mención de que los trabajadores de terceros países desplazados se hallan en situación regular en el país de establecimiento del prestador de servicios, incluido en lo que respecta en materia de visado, y que están empleados legalmente en dicho país.

También en línea con la interpretación por la jurisprudencia del acervo comunitario, hay que entender estas obligaciones de verificación establecidas por la legislación española teniendo en cuenta la orientación de la Comisión que determina que para poder comprobar que se cumplen las condiciones de empleo establecidas en la Directiva, el Estado miembro de acogida debe poder exigir, respetando el principio de proporcionalidad, el establecimiento, en el lugar de trabajo, de documentos que, por su naturaleza, son creados en dicho lugar de trabajo, como las fichas horarias o los documentos relativos a las condiciones de salud y seguridad en el trabajo. Si los datos que figuran en los documentos exigidos por la normativa del Estado miembro de establecimiento son suficientes, en su conjunto, para permitir los controles necesarios en el Estado miembro de acogida, éste no podrá exigir una segunda serie de documentos.

Para facilitar el cumplimiento de las obligaciones por los empresarios que desplacen trabajadores es necesario, y así lo pide la Comisión a los Estados Miembros, que hagan esfuerzos para mejorar y facilitar el acceso a la información sobre los términos y las condiciones de empleo que deben aplicar los prestadores de servicios así como que adopten medidas para responder con eficacia a las solicitudes de información y cooperación transfronteriza formuladas por las autoridades competentes de los demás Estados miembros.

Dentro de la materia relativa a los desplazamientos transnacionales de trabajadores hemos abordado en este apartado la dimensión social del fenómeno en su aspecto individual, esto es, la garantía del orden público laboral del Estado de acogida a través del respeto por el prestador del servicio del núcleo duro de condiciones laborales, previstas en la Ley 45/1999 en el marco de la Directiva 96/71, ya estén fijadas en normas heterónomas o autónomas. Esta perspectiva no agota la trascendencia social del fenómeno del desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. En este sentido, no menos interesante resulta la dimensión social colectiva planteada por estos desplazamientos temporales de trabajadores, de vigorosa actualidad tras los recientes pronunciamientos del TJCE en los asuntos Laval, Rüffert y Viking. A ello dedicamos el siguiente apartado del estudio.

3. El desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional: libertad de prestación de servicios y derechos sociales colectivos

3.1 LA NECESARIA ARTICULACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES COLECTIVOS Y LAS LIBERTADES ECONÓMICAS EN EL ÁMBITO EUROPEO

El desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional es un buen escenario para plantear la colisión entre el ejercicio de las libertades económicas de circulación comunitarias y el respeto a los derechos sociales colectivos¹⁰¹⁰. Esto es así si tomamos como punto de partida que la acción sindical se dirige a mantener las condiciones de trabajo al margen de la competencia empresarial evitando que las condiciones laborales se conviertan en factor competitivo, siendo su principal instrumento, el convenio colectivo, el que por definición tiene efectos restrictivos en el funcionamiento del Mercado. Por otro lado, la globalización económica ha determinado que para lograr una ventaja competitiva, las empresas no tengan que establecerse para desarrollar su actividad productiva en otros Estados donde los costes laborales sean más bajos, siendo suficiente desplazar a los trabajadores para prestar servicios desde Estados con menor protección laboral a otros con niveles superiores de protección social. La acción sindical dirigida a alcanzar una igualdad en las condiciones laborales de los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional y los nacionales del país de destino y el ejercicio de la libre prestación de servicio necesitan conciliarse.

Es cierto que el Derecho originario comunitario no recoge una cláusula social de inmunidad de los derechos sociales colectivos frente a las libertades económicas. Pero también lo es que en el Derecho derivado sí se encuentran referencias que permiten mantener que los derechos sociales son inmunes al ejercicio de las libertades económicas tales como la libre prestación de servicios. Así, el Considerando 12 de la Directiva sobre desplazamiento de trabajadores declara expresamente que “ el Derecho comunitario no impide que

¹⁰¹⁰ Vid, GUAMÁN HERNÁNDEZ, A., “La interacción entre el Derecho de trabajo y la defensa de la competencia: apuntes sobre la cuestión”, RL, nº 17, 2006.

los Estados miembros amplíen el ámbito de aplicación de su legislación o de los convenios colectivos celebrados por los interlocutores sociales a toda persona que realice un trabajo por cuenta ajena, incluso de carácter temporal, en su territorio, aunque su empresario se halle establecido en otro Estado miembro” y que “el Derecho comunitario no prohíbe a los Estados Miembros garantizar estas normas por los medios apropiados”. El propio Considerando 22 de la misma Directiva 96/71 recoge que “la presente Directiva no afecta a la situación normativa de los Estados miembros en materia de acción colectiva para la defensa de los intereses profesionales”. Esta mención parece significar que la acción sindical es inmune frente a las operaciones de movilidad transnacional de trabajadores que redunden en una minoración de derechos o en una desigualdad de condiciones laborales para los trabajadores nacionales y no nacionales desplazados a otro Estado de la Unión Europea¹⁰¹¹. Posteriormente, y disipando todo género de dudas, la Directiva 2006/123, relativa a los servicios en el Mercado interior, en el art. 1.7 declara no afectar “al derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos y a emprender acciones sindicales de acuerdo con la legislación y las prácticas nacionales conforme al derecho comunitario”. En cualquier caso, el tema que abordamos en estas líneas presenta la paradoja de estar al margen de la Directiva de prestación de servicios, en cuanto ella misma lo excluye de su ámbito de aplicación, pero es precisamente esta Directiva de servicios la que incluye referencias concretas a la inmunidad de los derechos sociales colectivos, que permiten apuntar la necesidad de reformas en la norma comunitaria de 1996 que regula el desplazamiento de trabajadores en el ámbito de una prestación de servicios transnacional, sobre la consideración de los derechos colectivos al margen de las libertades económicas, para perfeccionar las soluciones a estos fenómenos de descentralización productiva transnacional.

Por otro lado, el Tratado de Lisboa, en vigor desde 1 de diciembre de 2009, atribuye vinculabilidad jurídica a la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en cuyo art. 28 se reconoce el derecho de negociación y acción colectiva, de manera que los trabajadores y los empresarios, o sus organizaciones respectivas de conformidad con el Derecho Comunitario y con

¹⁰¹¹ En este sentido, ALAMEDA CASTILLO, M.^a T., “Derechos sociales fundamentales y libertades comunitarias: ¿Dónde está la Europa Social?”, RL, nº 15, 2009, p. 12.

las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a negociar y celebrar Convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender en caso de conflicto de intereses, acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga. El reconocimiento de este derecho como derecho fundamental lleva consigo que cualquier limitación, que en todo caso deberá realizarse sin perder de vista el principio de proporcionalidad, deberá respetar su contenido esencial, correspondiendo a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar, caso por caso, si se cumplen los requisitos necesarios para la restricción de las libertades fundamentales y su compatibilidad con la legislación comunitaria.

A todas estas referencias normativas aún debemos añadir que en los últimos años desde las Instituciones comunitarias se ha venido fomentando la acción de los agentes sociales. Así, de un lado, a través de la potenciación de la negociación colectiva europea o mediante el impulso de la transposición de directivas mediante la acción colectiva. De otro, la estrategia europea para afrontar las reestructuraciones empresariales con efectos sobre la ocupación, ha pivotado sobre la gestión preventiva y horizontal de los procesos de cambio, de manera que se ha impulsado la negociación y el diálogo social como instrumentos para que la reestructuración se realice de manera socialmente responsable, tratando de encontrar fórmulas que, en este enfoque preventivo, resulten alternativas a los despidos. Estos posicionamientos, plasmados por las instituciones europeas desde comienzos de siglo a través de instrumentos sin efectos jurídicos vinculantes, dirigidos a coordinar las políticas de empleo de los Estados Miembros, evidencian que la Unión Europea apuesta por el diálogo social como un componente básico del modelo social europeo.

En definitiva, las reflexiones anteriores no hacen sino demandar una posición coherente que articule las libertades económicas del Mercado y los derechos sociales colectivos buscando un equilibrio que no suponga el sacrificio de los derechos sociales como un riesgo inevitable o implícito del funcionamiento del mercado interior. En la búsqueda de este equilibrio hay que partir de que la libre prestación de servicios no está por encima de los derechos fundamentales establecidos en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión y en particular, del derecho de los sindicatos a emprender acciones colectivas. Los propios Estados son los que tienen la competencia para regular derechos fundamentales y, también, los derechos colectivos cuando se ejercen en su territorio. Así lo ha reconocido la polémica Directiva 2006/123. Son los Tri-

bunales constitucionales nacionales los que tienen que definir el contenido esencial de esos derechos para que se sitúen en plano de igualdad el derecho fundamental y la libertad comunitaria, como paso previo para intentar el equilibrio basado en la proporcionalidad, o lo que lo mismo, en la ponderación de los intereses en juego para determinar, atendiendo a las circunstancias del caso, si se ha observado un justo equilibrio entre dichos intereses.

Dicho en otros términos el equilibrio basado en la proporcionalidad exigirá que se respete el contenido esencial de los derechos fundamentales, tal y como se establece en el art. 52 CSDF. Hasta donde el ejercicio de los derechos sociales colectivos se sitúe en el marco de lo que sea su contenido esencial hay que entender que existe equilibrio ponderado entre la dimensión social y la económica en el desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional. La posición contraria de situar el ejercicio de los derechos sociales colectivos en la órbita de la libre prestación de servicios contradice la inmunidad que el derecho derivado reserva a la acción colectiva y supone una intromisión de las instancias comunitarias en una competencia estatal cual es la regulación de los derechos fundamentales.

3.2 EL DESPLAZAMIENTO TEMPORAL DE TRABAJADORES A ESPAÑA. UNA REFLEXIÓN SOBRE EL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL DE LA AUTONOMÍA COLECTIVA

Siguiendo esta argumentación, y en lo que respecta al Estado español, conviene no perder de vista que el Tribunal Constitucional tiene establecido que¹⁰¹², el contenido esencial de un derecho es aquella parte del mismo sin la cual éste pierde su peculiaridad o, aquella parte, que es ineludiblemente necesaria para que el derecho permita a su titular la satisfacción de aquellos intereses para cuya consecuencia el derecho se otorga. Dicho en otros términos, el ejercicio de las libertades empresariales deberá, para ser legítimo,

¹⁰¹² STC de 8 de abril de 1981.

resultar ponderado, o lo que es igual, respetar el principio de proporcionalidad¹⁰¹³. Principio, el de proporcionalidad que, coincidente con el de ponderación, en cuanto técnica a través de la cual se interpretan los intereses en juego cuando colisionan bienes, derechos o valores constitucionales, exige que las restricciones a los derechos constitucionales de los trabajadores en el ejercicio de los poderes empresariales sean adecuadas, indispensables y proporcionadas¹⁰¹⁴. En definitiva, que la imprescindible lesión a los derechos de los trabajadores para garantizar la permanencia de la empresa en el mercado como unidad con un fin productivo, les ocasione el menor perjuicio posible. El juicio de ponderación de los intereses en presencia en el ejercicio de las libertades económicas empresariales, se convierte en técnica de referencia para establecer la significación y alcance de los derechos fundamentales, erigiéndose así, en instrumento protagonista en el proceso de constitucionalización del Derecho del Trabajo¹⁰¹⁵.

La lógica del principio de proporcionalidad con la que el TC determina el contenido del principio de libertad de empresa tras la ponderación del conjunto de derechos reconocidos en el texto constitucional debe trasladarse, creemos, al ejercicio de lo que no es otra cosa que una libertad empresarial en el ámbito comunitario, cual es la libre prestación de servicios. Siguiendo esta interpretación, en el ámbito comunitario el TJCE debería ponderar, de un lado, los derechos fundamentales, según el contenido esencial definido en el orden constitucional nacional, y los derechos y libertades comunitarias, de manera que ejercido un derecho social colectivo conforme la definición

¹⁰¹³ Vid., sobre la identificación del contenido esencial del derecho de libertad de empresa con el principio de proporcionalidad, entre otros, ALEXY, R., *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993, p. 291; PAZ-ARES, C. y ALFARO AGUILA-REAL, J., "El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", en AA.VV., *Comentario a la Constitución socio-económica de España* (MONEREO PÉREZ, J.L.; MOLINA NAVARRETE, C.; MORENO VIDA, M.ª N., dir.), Comares, Granada, 2002, pp. 396-400; VALDÉS DAL-RÉ, F., "Contrato de Trabajo, Derechos Fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia", RL, nº 22, 2003, pp. 11 y ss.; CASAS BAAMONDE, M.ª E., "La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe", RL, Tomo I, 2004, pp. 141 y ss.

¹⁰¹⁴ Vid., GARCÍA-PERROTE ESCATÍN, I.; MERCADER UGUINA, J., "Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio", en AAVV, *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Sempere Navarro, (dir.), MTAS, Madrid, 2003, p. 257.

¹⁰¹⁵ Vid., CASAS BAAMONDE, M.ª E., ¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?, RL, Tomo I, 2004, p. 136.

del mismo en el ámbito nacional tal ejercicio ponderado no debe sacrificarse para salvaguardar las libertades económicas comunitarias. La disociación entre los derechos profesionales y el Derecho del mercado, es un componente de los sistemas democráticos de los Estados miembros, desconocerlo pone en peligro la democracia en Europa¹⁰¹⁶. Las libertades económicas comunitarias deben interpretarse de manera que no menoscaben el ejercicio de los derechos sociales fundamentales reconocidos en los Estados miembros y por el Derecho comunitario, específicamente el derecho a negociar, celebrar y aplicar convenios colectivos, el derecho de huelga y el derecho a emprender acciones colectivas según la legislación y prácticas nacionales que respeten el derecho comunitario, así como la autonomía de los intereses sociales en el ejercicio de estos derechos fundamentales en defensa de los intereses sociales y la protección de los trabajadores. La argumentación defendida es acorde a lo propuesto en los considerandos 14 y 15 de la Directiva 2006/123/CE, incorporados al articulado de la Directiva (arts. 1.6 y 1.7).

En la intención de reconducir estas reflexiones a los conflictos que puedan plantearse en los desplazamientos temporales a España de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional, no podemos pasar por alto que la autonomía colectiva se convierte en pieza clave del sistema de relaciones laborales que se instala con la Constitución española de 1978. La consagración del Estado Social y Democrático de Derecho en el art. 1 CE va a derivar consecuencias importantes en la configuración del modelo económico social constitucionalmente diseñado. La idea transformadora del Estado Social imprime un cariz no inmovilista al modelo de relaciones laborales constitucional de suerte que, sin ser neutral, la Constitución también en esta materia admite una interpretación abierta hacia una lectura avanzada de esta forma de Estado¹⁰¹⁷. El art. 9.2 CE impone a los poderes públicos la obligación de hacer trascender las estructuras del modelo político de Estado, de modo que la igualdad material de individuos y grupos en que se insertan sea

¹⁰¹⁶ LYON-CAEN, A., "Derecho comunitario del mercado versus Europa social", RL, nº 13, 2009.

¹⁰¹⁷ GARRORENA MORALES, A., *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Universidad de Murcia, 1980, pp. 96 y ss.; ROMÁN DE LA TORRE, M.D., *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid, 1992, p. 28; MONTALVO CORREA, J., "Diálogo social y relaciones laborales", en AA.VV., *El modelo social en la Constitución Española de 1978 (Sempere Navarro, A, dir.)*, MTAS, Madrid, 2003, pp. 188-190.

real y efectiva. De esta suerte, la idea del Estado social y democrático de derecho tiene la virtualidad de legitimar medios de defensa a los intereses de los diferentes grupos integrantes de la sociedad para que, de este modo, la igualdad material sea una realidad.

Un modelo pluralista de relaciones laborales no hace sino poner de manifiesto que el conflicto industrial, como conflicto entre capital y trabajo¹⁰¹⁸, es asumido por el texto constitucional en cuanto inherente a la sociedad democrática¹⁰¹⁹, lo que no supone otra cosa que el reconocimiento de distintos centros de poder con intereses propios y divergentes y con legitimación suficiente para la defensa de sus propios intereses de clase. Dicho de otro modo, el reconocimiento constitucional de intereses profesionales colectivos con entidad suficiente, cuya promoción y tutela se atribuye a las organizaciones sindicales y asociaciones empresariales, implica el reconocimiento de un modelo pluralista de relaciones laborales donde se insertan diferentes centros de poder que están legitimados para la defensa de sus propios intereses. El art. 7 CE, a cuyo tenor *“los sindicatos de trabajadores y las asociaciones empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios”*, es el punto de partida para configurar un modelo no autoritario sino pluralista de relaciones laborales¹⁰²⁰ que, con motivo de la distribución del poder que conlleva, supone el reconocimiento del conflicto entre capital y trabajo como legítimo y clave de la que arranca todo el entramado social constitucionalmente diseñado.

El texto constitucional, al asumir un modelo pluralista de relaciones laborales no sólo reconoce como legítimo el conflicto industrial sino que regula instru-

¹⁰¹⁸ Sobre el significado del conflicto industrial como manifestación del conflicto social, vid. ampliamente, DE LA VILLA GIL, L.E. y PALOMEQUE LÓPEZ, C., *Introducción a la Economía del Trabajo*, Vol. I, Debate, Madrid, 1978, pp. 17-104.

¹⁰¹⁹ ÁLVAREZ ALCOLEA, M., “Participación del trabajador en la empresa y Constitución”, en AA.VV., *El Trabajo en la Constitución*, (dir. J. Rivero Lamas), II Coloquio sobre Relaciones Laborales, Universidad de Zaragoza, 1982, p. 190; MONTALVO CORREA, J., “Modelo económico y social de la Constitución y Relaciones laborales”, Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución, Madrid, 1984, pp. 252-253.

¹⁰²⁰ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., “Ideologías pluralistas y relaciones de trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 55, 1978, p. 107; RAMÍREZ MARTÍNEZ, M., “Participación y pluralismo en la Constitución de 1978”, en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1979, p. 65; MONTALVO CORREA, J., “Modelo económico y social de la Constitución y Relaciones laborales”, cit., pp. 252-253.

mentos para integrarlo dentro de ciertos límites que, a la postre, no son más que manifestaciones de la participación implícita a los sistemas democráticos. Así, si el art. 7 CE supone el reconocimiento constitucional indirecto del poder colectivo autónomo, al reconocer la existencia de distintos grupos profesionales y su legitimación para la defensa de sus intereses, es el art. 37 CE en cuya dicción literal se lee que *“la ley garantizará el derecho a la negociación colectiva laboral entre los representantes de los trabajadores y empresarios, así como la fuerza vinculante de los convenios”*, el que de manera directa consagra el poder normativo colectivo, esto es la autonomía de sindicatos y asociaciones empresariales para defender sus propios intereses de clase a través de la producción normativa. El reconocimiento pleno de la autonomía colectiva negocial se vincula con el proceso de democratización, permitiendo la participación directa de los sujetos colectivos en la autocomposición de los intereses generales¹⁰²¹.

Coherentemente con la noción de autonomía colectiva como fundamento de los derechos sociales colectivos, toda manifestación del derecho a la negociación colectiva laboral por representantes de trabajadores y empresarios, así como cualquier acción colectiva en defensa de los intereses legítimos de las representaciones de los trabajadores que respete los límites impuestos por el ordenamiento jurídico se sitúa en la órbita del contenido esencial de los derechos colectivos, que debería ser respetado por el empresario que a través del ejercicio de la libre prestación de servicios desplace trabajadores a España, y en iguales términos al ámbito geográfico de Castilla y León. En otro caso, la Directiva 96/71/CE se estaría convirtiendo en una norma de máximos que impide disponer en el país de destino reglas laborales más favorables para los trabajadores que en el país de origen lo cual, además de contravenir las previsiones del art. 3.10 de la norma comunitaria que por razones de orden público permite a los Estados miembros aplicar condiciones de trabajo y empleo distintas a las previstas, se traduce en el sacrificio del ejercicio legítimo de los derechos colectivos fundamentales a la libre prestación de servicios. Además, una posición diferente llevaría a desconocer que una interpretación histórica de las normas de derecho derivado conduce a no

¹⁰²¹ Vid. VALDÉS DAL-RÉ, F., “Ideologías pluralistas y relaciones de trabajo”, cit., p. 108; GIUGNI, G., “Introducción al estudio de la autonomía colectiva” (Traducción y estudio preliminar de Moneo Pérez, J.L y Fernández Avilés, J.A), Comares, Granada, 2004, pp. 83-123.

olvidar que la Directiva 96/71/CE, aunque tiene fundamentalmente una finalidad económica, ésta no se reconduce sólo a evitar la competencia desleal entre las empresas en el marco de los desplazamientos temporales transnacionales de trabajadores. También se ordena a proteger los mercados nacionales de trabajo, esto es, proteger los niveles de ocupación presentes y futuros de los mercados nacionales, evitando que este fenómeno realizado al amparo de la libre prestación de servicios, plantee un problema de alteración de las reglas de competencia empresarial vigentes en dicho mercado¹⁰²².

4. Valoración final

Situar los derechos fundamentales colectivos en la órbita de las libertades económicas fundamentales, implica desconocer la propia evolución de la Unión europea como comunidad de Derecho. Esto es así en cuanto las normas de derecho derivado en el marco de los desplazamientos temporales de trabajadores han apostado por reconocer inmunidad a los derechos fundamentales colectivos. Además, y aunque el derecho originario no contiene una cláusula de similares características, tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa que expresamente incorpora como límite a las políticas de la Unión “la garantía de una protección social adecuada” (art. 3 TFUE) y atribuye valor jurídico a los derechos sociales colectivos incorporados en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art. 6 TUE), el TJCE tiene argumentos jurídicos suficientes para buscar un equilibrio ponderado entre las libertades económicas y los derechos sociales en el marco de la Unión que respete la configuración de los mismos por los ordenamientos jurídicos nacionales.

La posición contraria, esto es subordinar el ejercicio de estos derechos fundamentales al ejercicio de la libre prestación de servicios, protegiendo la ventaja competitiva de los menores costes laborales en el país de origen, como por otra parte se deduce de los últimos pronunciamientos del TJCE conlleva, de un lado que se pongan en cuestión los derechos sociales colectivos tal y como se definen y tutelan en los distintos Estados miembros. Aún más, esta

¹⁰²² Vid. MOLINA NAVARRETE, C. y ESTEBAN DE LA ROSA, G., “Mercados nacionales de trabajo...”, cit, p. 6.

postura lleva aparejada la no salvaguarda del principio de igualdad de trato, especialmente la igualdad de retribución por un mismo trabajo en el mismo lugar de trabajo, como establecen los arts. 39 y 12 del Tratado CE.

En el marco de la libre prestación de servicios, la nacionalidad del empresario o de los trabajadores desplazados no pueden justificar desigualdades en lo referente a las condiciones laborales, la retribución o el ejercicio de los derechos fundamentales. En definitiva, el principio de no discriminación también exige que no se cree ningún obstáculo a los convenios colectivos ni a las acciones colectivas en su apoyo que, siendo conforme al contenido esencial de estos derechos en los ordenamientos jurídicos nacionales, defiendan la igualdad de trato entre los trabajadores desplazados y los nacionales del país de destino, así como el derecho a unas condiciones de trabajo dignas¹⁰²³.

¹⁰²³ En la búsqueda de este equilibrio entre los derechos sociales colectivos y el ejercicio de la libre prestación de servicios, vid. la Resolución del Parlamento Europeo, de 22 de octubre de 2008, sobre los retos para los Convenios colectivos en la Unión Europea. [2008/2085(INI)].

A stylized graphic on the left side of the page. It features a hand with fingers spread, holding a large, pointed leaf. The hand and leaf are rendered in a light orange color against a darker orange background. The hand is positioned at the bottom left, with the fingers pointing upwards and to the right, as if holding the leaf. The leaf has several pointed lobes and a central vein.

Capítulo XVIII

El impacto de la Directiva
2006/123/CE sobre
el desplazamiento
transnacional
de trabajadores.
La reforma de
la Ley 25/2009,
de 22 de diciembre,
en materia Laboral
y de Seguridad Social

SUMARIO

1. Modalidades de desplazamiento transnacional de trabajadores: el desplazamiento temporal y la libre circulación de personas. **2. Ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE.** **2.1** La ley aplicable al contrato del trabajador desplazado. **3. Ámbito material de protección del trabajador desplazado: el respeto de las condiciones de trabajo mínimas.** **4. La definitiva transformación de la Directiva 96/71/CE en norma de máximos después de los pronunciamientos del tribunal de justicia de las comunidades europeas.** **5. Modificaciones de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, en materia Laboral y de Seguridad Social.** **5.1** Adaptación de la normativa estatal para adecuarla al mercado interior de servicios. **5.1.1** *Disposiciones dirigidas a la eliminación de impedimentos.* **5.1.2** *Disposiciones destinadas a la cooperación administrativa.* **5.2** La reforma del marco normativo de la ley de prevención de riesgos laborales para adaptarla a las singularidades que presentan las Pyme. **5.2.1** *La intervención de la normativa comunitaria en materia de prevención de riesgos laborales.* **5.2.2** *La aplicación del bloque normativo español sobre prevención de riesgos laborales a los desplazamientos transnacionales.* **5.2.3** *El nuevo objetivo de la política preventiva: la integración de la prevención en la empresa.* **5.2.4** *La asunción directa de la tarea preventiva por el empresario.* **5.2.4.1** *Condiciones exigidas para su configuración.* **5.2.5** *Funciones de los servicios de prevención.* **5.2.6** *La simplificación del deber de actuación preventiva.* **5.3** Competencias y facultades del comité de seguridad y salud. **5.4** Equiparación de las cooperativas de trabajo asociado a las empresas contratistas que actúen en el sector de la construcción

EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA 2006/123/CE SOBRE EL DESPLAZAMIENTO TRANSNACIONAL DE TRABAJADORES. LA REFORMA DE LA LEY 25/2009, DE 22 DE DICIEMBRE, EN MATERIA LABORAL Y DE SEGURIDAD SOCIAL

Azucena Escudero Prieto
*Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valladolid*

1. Modalidades de desplazamiento transnacional de trabajadores: el desplazamiento temporal y la libre circulación de personas

El desplazamiento transnacional de trabajadores forma parte esencial del mercado integrado de prestación de servicios en Europa. Lo cierto es que los intercambios transnacionales de prestación de servicios en el seno de la Unión Europea no han representado hasta la actualidad un elevado volumen, donde más alto desarrollo ha alcanzado es en aquellas actividades relacionadas con la construcción, obras públicas e ingenierías a través de pactos de ejecución de prestación de servicios con empresas establecidas en otro país que exigen un desplazamiento temporal por parte de dichas empresas de sus trabajadores a un Estado miembro distinto del país de establecimiento de la empresa¹⁰²⁴.

¹⁰²⁴ Se trata de un movimiento, cada vez más frecuente, de los trabajadores desplazados por empresas que trasladan su mano de obra para buscar mercado en regiones en las que el coste de trabajo es inferior, estas empresas tenderán a hacer valer en el mercado de los servicios la ventaja competitiva consistente en el menor coste de la mano de obra, véase esta observación en LOI, P.: "La movilidad de los trabajadores y del trabajo en el mercado comunitario: entre prohibiciones de discriminación y prohibiciones de restricción de las libertades fundamentales", RL, nº 15, 2009, p. 1 en la versión digital.

La propia Comisión de las Comunidades Europeas admite que no existen cifras precisas que determinen el número de trabajadores desplazados por sus empresas en la Unión Europea. Sin embargo, se calcula que el número total de trabajadores desplazados sería equivalente a menos de un millón, lo que supone el 0,4 % de la población en edad laboral de la UE en 2005. A pesar de que este porcentaje se concentra en algunos Estados –Francia, Alemania, Luxemburgo, Bélgica o Polonia– se trata de un fenómeno que afecta en la actualidad a todos los países de la UE, a unos como países de acogida y a otros como países de origen¹⁰²⁵.

La libertad reconocida en los arts. 39 y 49 TCE (nuevos arts. 45 y 56 en la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea) contiene la movilidad de trabajadores entre los distintos Estados miembros de la Unión Europea para desarrollar una prestación laboral, diferenciando entre trabajadores que se desplazan como sujetos individuales en el ejercicio de la libertad de circulación de personas, art. 39 TCE, y entre trabajadores obligados a desplazarse por necesidades de prestación de servicios de la empresa para la que trabajan en el ejercicio de la libre prestación de servicios ejercitada por parte de la empresa que los desplaza, art. 49 TCE.

El desplazamiento temporal de trabajadores es un fenómeno diverso al propio de la libre circulación de trabajadores que se ocupa de la emigración propiamente dicha, en la que las personas se trasladan a otro país para buscar empleo o para cubrir un puesto de trabajo transformándose en trabajadores del país de acogida.

A diferencia de la emigración el desplazamiento temporal de trabajadores para prestar servicios con carácter temporal en un país diferente a aquel en el que habitualmente desarrollan la prestación de servicios, se corresponde con personas previamente contratadas por empresas establecidas en un país miembro de la Unión Europea que prestan un servicio en otro país que se encuentre dentro de este mismo ámbito de aplicación, mediante un desplazamiento temporal de trabajadores a este otro país para realizar un trabajo concreto y determinado por cuenta de su empresa.

¹⁰²⁵ Como reconoce la Comisión de las Comunidades Europeas, en la Comunicación “Desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios- sacar el mayor partido posible de sus ventajas y potencial, al tiempo que se garantiza la protección de los trabajadores”, de 13 de junio de 2007, COM(2007)304 final.

De las anteriores modalidades de movilidad de trabajadores se ha ocupado la legislación de la Comunidad Europea. La movilidad de trabajadores para desarrollar un trabajo en un país distinto a aquel que corresponde al de su nacionalidad integra el ejercicio de la libertad de circulación reconocida en el art. 39 TCE, y la libre prestación de servicios por parte de las empresas que lleva implícito el desplazamiento temporal de trabajadores comprende el ejercicio de la libertad reconocida en el art. 49 TCE¹⁰²⁶.

Sin embargo se ha de tener presente que la protección otorgada por la normativa comunitaria a esta dualidad de migraciones es diversa y que a ello ha contribuido especialmente el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE), como se analizará a continuación.

La Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios se ocupa de delimitar el concepto de «trabajador desplazado» en el art. 2.1, entendiendo que se trata de “todo trabajador que durante un periodo limitado, realice su trabajo en el territorio de un Estado miembro distinto de aquél en cuyo territorio trabaje habitualmente”.

La Directiva 96/71/CE introduce tres requisitos básicos en la configuración de los desplazamientos, uno formal relacionado con la contratación previa del trabajador por la empresa prestadora de servicios; otro temporal en cuanto que el desplazamiento ha de ser limitado en el tiempo, de modo que cuando finalice la actividad que ocasionó el desplazamiento del trabajador éste regresa a su país y, por último, una delimitación espacial referida a las empresas que encontrándose establecidas en un país comunitario en el marco de operaciones de contratación transnacional entre los países miembros de la Unión Europea, traslade a sus trabajadores para ejercer temporalmente una actividad empresarial en otro Estado comunitario diferente al propio de su establecimiento.

¹⁰²⁶ En lo que se denomina movilidad de trabajadores como “objetos” funcionales al ejercicio de la libre prestación de servicios por parte de empresas que los desplazan, RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO-FERRER, M.: “Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo” en AA.VV.: El conflicto colectivo y la huelga. Estudios en homenaje al Profesor GONZALO DIEGUEZ, J. CABEZA PEREIRO y J. MARTÍNEZ GIRÓN (coord.), Laborum, Murcia, 2008, p. 21.

2. Ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE

Los supuestos de aplicación de la Directiva 96/71/CE se concretan del siguiente modo en el art. 1.3:

- a. Desplazamiento de trabajadores en el marco de una contrata o sub-contrata de obras o servicios, lo que denomina la Directiva contrato de prestación de servicios.
- b. Desplazamiento de trabajadores en el seno de un grupo de empresas.
- c. Desplazamiento de trabajadores por empresas de trabajo temporal para ponerlos a disposición de empresas usuarias.

El desplazamiento del trabajador siempre se realiza por orden del empresario titular de una empresa establecida en un país comunitario para prestar un servicio en otro país comunitario.

2.1 LA LEY APLICABLE AL CONTRATO DEL TRABAJADOR DESPLAZADO

En cuanto a la legislación aplicable al contrato de trabajo del trabajador desplazado por su empresa para desarrollar un trabajo en un país comunitario distinto a aquel en el que está establecida la empresa con la que ha concertado el contrato de trabajo, es la ley aplicable al contrato del país donde se ha formalizado la contratación del trabajador. No obstante esta identificación concreta, la Directiva 96/71/CE se ocupa de introducir la obligatoriedad para las empresas prestadoras de servicios transnacionales de aplicar en la relación de trabajo unas condiciones mínimas como mecanismo de garantía de igualdad de trato y de equiparación del nivel de protección de los trabajadores desplazados en relación con los trabajadores del lugar de acogida¹⁰²⁷.

¹⁰²⁷ Lo que introduce la Directiva 96/71/CE es una armonización restringida de las reglas para la determinación de la ley aplicable al contrato de trabajo en el ámbito de la Unión europea, véase GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio", AL, tomo 1, 2000, p. 10 en la versión digital.

El punto de partida del análisis en torno a la ordenación jurídica comunitaria del desplazamiento temporal de trabajadores, a diferencia del traslado de los ciudadanos comunitarios para ocupar un empleo en un país distinto al de su nacionalidad fundamentado en la libre circulación de trabajadores, se instala en la libertad de prestación de servicios transnacional configurada como una de las libertades fundamentales reconocidas en el Tratado y asumida como tal por la Unión Europea.

La libre prestación de servicios lleva consigo la posibilidad de que las empresas puedan trasladar a sus propios trabajadores para poder prestar tales servicios en el país donde se haya contratado dicha prestación. Inicialmente esta libertad de acceso por parte de las empresas a prestar servicios en otro Estado miembro no supuso excesivos problemas ni reacciones contrarias, dado que la defensa de la libre prestación de servicios no implicaba la desprotección del trabajador desplazado al ser respetada la aplicación de la legislación laboral de su país de origen¹⁰²⁸.

La ley aplicable a las obligaciones contractuales laborales con componentes internacionales viene determinada en el art. 8 del Reglamento 2008/593 (ROMA I) (sustituye al antiguo art. 6 del Convenio de Roma de 1980), dejando un amplio margen de juego a la autonomía de la voluntad de las partes, aunque con el objeto de proteger al trabajador limita esta amplia libertad de elección de las partes, cuando el resultado de la elección suponga la privación al trabajador de la protección que le aseguren las disposiciones que no se puedan excluir mediante acuerdo en virtud de la ley que, a falta de elección, habrían sido aplicables¹⁰²⁹.

Ahora bien, es necesario precisar que a pesar de esta protección de la parte débil contratante, los apartados 2, 3 y 4 del art. 8 introducen los criterios que

¹⁰²⁸ La protección del trabajador se considera innecesaria en el Tratado desde la perspectiva del reconocimiento mutuo porque el trabajador desplazado continuará sometido a la legislación laboral de origen, como ha puesto de manifiesto RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: "El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE", RL, nº 23, 1999, p. 2.

¹⁰²⁹ LOI, P.: "La movilidad de los trabajadores y del trabajo en el mercado comunitario: entre prohibiciones de discriminación y prohibiciones de restricción de las libertades fundamentales", op. cit., p. 5 en la versión digital.

sirven para determinar la ley que debe aplicarse al contrato de trabajo¹⁰³⁰, esto da lugar a que se mantenga la tutela del trabajador enunciada en art. 8.1 muy debilitada, en cuanto que no se reconoce el lugar de prestación temporal de trabajo como el punto de conexión que permita determinar el régimen jurídico aplicable al contrato de trabajo¹⁰³¹.

3. Ámbito material de protección del trabajador desplazado: el respeto de las condiciones de trabajo mínimas

La protección del trabajador desplazado por su empresa en el marco de la libertad de prestación de servicios se circunscribe a las materias recogidas en el art. 3.1 de la Directiva 96/71/CE, que reconoce un “núcleo duro” de condiciones de trabajo y de empleo obligatorias para las empresas que desplazan a sus trabajadores a un país distinto de aquel en cuyo territorio trabajan habitualmente. Las disposiciones del país de acogida que imperativamente deben aplicarse por su empleador a los trabajadores desplazados cuando estén establecidas por disposiciones legales, reglamentarias o administrativas, y/o por convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general siempre que, en este último supuesto de

¹⁰³⁰ El art. 8.2 del Reglamento (CE) 2008/593/CE (ROMA I) establece que a falta de elección por las partes de la ley aplicable al contrato de trabajo el contrato se regirá por la ley del país en el cual o, en su defecto, a partir del cual el trabajador, en ejecución del contrato, realice su trabajo habitualmente. No se considerará que cambia el país de realización habitual del trabajo cuando el trabajador realice con carácter temporal su trabajo en otro país. El art. 8.3 prevé que cuando no pueda determinarse, en virtud del apartado anterior, art. 8.2, la ley aplicable, el contrato se regirá por la ley del país donde esté situado el establecimiento a través del cual haya sido contratado el trabajador. El art. 8.4 finalmente reconoce que si del conjunto de circunstancias se desprende que el contrato presenta vínculos más estrechos con un país distinto del indicado en los apartados 2 y 3, realización habitual del trabajo o establecimiento de la empresa, entonces se aplicará la ley de ese país.

¹⁰³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M.: “El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE” ..., op. cit., p. 2.

aplicación de convenio o laudo afecten a la actividad del sector de la construcción¹⁰³², y se refieran a lo siguiente:

- a. Períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso.
- b. La duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas.
- c. Las cuantías de salario mínimo, incluidas las incrementadas por las horas extraordinarias.
- d. Las condiciones de suministro de mano de obra, en particular por parte de empresas de trabajo temporal.
- e. La salud, la seguridad y la higiene en el trabajo.
- f. Las medidas de protección aplicables a las condiciones de trabajo y de empleo de las mujeres embarazadas o que hayan dado a luz recientemente, así como de los niños y de los jóvenes.
- g. La igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras disposiciones en materia de no discriminación.

A pesar de esta inicial limitación respecto de la aplicación del convenio colectivo o del laudo arbitral que sea de aplicación en el país donde el trabajador se encuentre desplazado, el art. 3.10 de la Directiva 96/71/CE autoriza a los Estados miembros, siempre que se respete el principio de igualdad, a imponer condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas a las enumeradas en el art. 3.1, aunque esta ampliación debe estar justificada en que se trata de una materia propia dispuesta por una ley de orden público. También se extiende esta autorización del art. 3.10 a la posibilidad de que se apliquen las normas colectivas del país de acogida con independencia del sector de actividad en el que presten servicios los trabajadores desplazados.

¹⁰³² Art. 3.1 de la directiva 96/71/CE en conexión con el Anexo que la acompaña, donde se establecen todas las actividades en el ámbito de la construcción relacionadas con la realización, la restauración, el mantenimiento, la modificación o la eliminación de construcciones y, en particular las obras de: excavación, nivelación, construcción, montaje y desmontaje de elementos prefabricados, acondicionamiento o equipamiento, transformación, renovación, reparación, desmantelamiento, derribo, conservación, mantenimiento (obras de pintura y limpieza) y saneamiento. No obstante esta inicial limitación respecto de la aplicación del convenio colectivo o laudo arbitral que sea de aplicación en el país de prestación, el art. 3.10 de la Directiva 96/71/CE autoriza a los Estados miembros, siempre que se respete el principio de igualdad, a imponer condiciones de trabajo y empleo referidas a materias distintas a las enumeradas.

En este aspecto el art. 3.4 de la Ley 45/1999, de 29 de noviembre, sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional utiliza esta vía de extensión otorgada por la Directiva 96/71/CE y establece la aplicación de los convenios colectivos y laudos arbitrales a todos los desplazamientos con independencia del sector o rama de actividad de que se trate.

Lo cierto es que en realidad la protección se concentra en un núcleo mínimo de materias y de nivel de protección que no contemplan la aplicación del principio de paridad de trato ni tampoco la prohibición de discriminación por razón de la nacionalidad, que por el contrario rigen en la libre circulación de los trabajadores en aplicación del art. 39 del TCE, del Reglamento 1612/38/CE¹⁰³³ y de la Directiva 2004/38/CE, de 24 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros¹⁰³⁴.

La situación, no obstante, no es tanto la diversa dimensión cuantitativa que la normativa comunitaria presenta en el ámbito material de aplicación del principio de igualdad respecto de los trabajadores migrantes y de los trabajadores desplazados, que viene a traducirse en una desigualdad de trato del trabajador desplazado en relación con los trabajadores del país de acogida sean nacionales o migrantes. Ello en cuanto que las condiciones mínimas que los empresarios tienen que garantizar a los trabajadores desplazados en el marco de una prestación de servicios transnacional es lo suficientemente amplio como para garantizar el principio de igualdad, al menos en los contenidos esenciales de la relación laboral.

La cuestión es que para aplicar las condiciones mínimas contenidas en la Directiva 96/71/CE y garantizar la aplicación del principio de igualdad, la

¹⁰³³ Los arts. 7 y 8 del Reglamento (CEE) 1612/68 establecen la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad entre los ciudadanos de los Estados miembros y la igualdad de trato del trabajador nacional de un Estado miembro en relación con los trabajadores nacionales en cuanto se refiere a condiciones de empleo y de trabajo, en particular en materia de retribución, de despido, protección por desempleo, acceso a escuelas de formación profesional y a centros de readaptación profesional, ventajas sociales y fiscales, afiliación a organizaciones sindicales y el ejercicio de los derechos colectivos.

¹⁰³⁴ De modo que la evolución de las libertades y del mercado interior termina desdibujando la protección social de los trabajadores desplazados, si se la compara con la de los trabajadores migrantes típicos.

Directiva comunitaria precisa la introducción de la armonización entre los distintos Estados comunitarios de las normas que rijan la utilización de las distintas reglas que determinan la ley aplicable al contrato de trabajo.

Ciertamente, a las dificultades de adaptación que suele llevar aparejada la incorporación de las Directivas comunitarias al cuerpo legislativo interno de los distintos Estados miembros se suman, en este caso, los obstáculos que la propia Directiva 96/71/CE introduce:

- > **En primer lugar**, la Directiva 96/71/CE señala un número limitado de materias en las que se garantiza la protección del trabajador desplazado: tiempo de trabajo, vacaciones, salario, seguridad y salud en el trabajo, igualdad de trato entre mujeres y hombres, a las cuales se protege en un nivel de mínimos. En concreto, se trata de garantizar al trabajador desplazado el respeto de los mínimos establecidos sobre tiempo de trabajo y de descanso, vacaciones y salario que se reconozcan por la legislación interna del Estado donde se presta el servicio transnacional.
- > **En segundo lugar**, la protección no es de aplicación general en todos los Estados miembros, sino que también precisa la necesaria existencia de instrumentos jurídicos concretos, por lo que las condiciones de trabajo sólo serán aplicables en aquellos Estados que tengan acogidas en su ordenamiento jurídico dichas condiciones a través de disposiciones legales, reglamentarias o administrativas o en convenios colectivos o laudos arbitrales declarados de aplicación general, regla que en su momento la doctrina ya declaró problemática¹⁰³⁵ y que complica enormemente el ejercicio de los derechos sociales en el ámbito de la Unión Europea¹⁰³⁶.

¹⁰³⁵ La problemática que nace de la limitación de los instrumentos colectivos de regulación de las condiciones de trabajo por la directiva 96/71/CE en aquellos Estados en los que no exista “un sistema de declaración de aplicación general de los convenios colectivos o laudos arbitrales” fue analizada por GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: “Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio”..., op. cit., pp. 10 y ss., en la versión digital.

¹⁰³⁶ VALDÉS DAL-RÉ, F.: “Presentación al monográfico: Nuevas perspectivas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas”, RL, nº 15/16, 2008, p. 2 en la versión digital.

4. La definitiva transformación de la Directiva 96/71/CE en norma de máximos después de los pronunciamientos del tribunal de justicia de las comunidades europeas

La aplicación de la Directiva 96/71/CE y su interpretación por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas ha exteriorizado el carácter restringido que subyace a la regulación de la aplicación de las condiciones de trabajo en general y las contenidas en la propia Directiva 96/71/CE en particular a los trabajadores desplazados, y ha provocado que se abra un amplio debate acerca del papel que debe representar el derecho comunitario en el mantenimiento y defensa del modelo social comunitario. Debate que alcanzó su momento más culminante con la propuesta de Directiva de servicios presentada por Bolkenstein, pero que ya había anunciado anteriores signos de alarma debido a la debilidad en la que se estaban situando los derechos sociales en la interpretación jurisprudencial, en cuanto que abrían la puerta al empleo de fórmulas de dumping social que tradicionalmente venían siendo rechazadas, precisamente, por las propias instituciones europeas; entre ellas, situándose a la cabeza de la tutela de los derechos de los ciudadanos europeos, se colocaba el propio TJCE. Los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas han venido a confirmar que el ámbito material de protección del trabajador desplazado por una prestación de servicios transnacional contenido en la Directiva 96/71/CE es una norma que contiene la aplicación de niveles de protección máximos.

El problema se encuentra en el propio origen de esta regulación comunitaria desigual que parte del aseguramiento de la libertad empresarial de prestación de servicios sin distorsiones en la competencia y la eliminación de cualquier obstáculo para ello. El marco de la Unión Europea ha sido concebido, más aún desde la aprobación en 2001 del Tratado de Niza¹⁰³⁷, como un territorio donde prevalezcan las libertades económicas concretadas en el aseguramiento de la libertad de circulación de mercancías, capitales, personas, de establecimiento de las empresas y prestación de servicios, frente al reconocimiento, establecimiento y tutela de derechos sociales supranacionales.

¹⁰³⁷ Firmado el 26 de febrero de 2001, cuya entrada en vigor se produce el 1 de febrero de 2003, por el que se modifican el Tratado de la unión Europea, los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas y determinados actos conexos, DOCE (2001/C 80/01).

De modo que la protección social de los trabajadores europeos permanece garantizada dentro del ámbito de aplicación jurídica nacional de los diferentes Estados miembros.

En este contexto la alarma del riesgo de dumping social se ha encendido por razón de diferentes hechos que han ido aconteciendo en el mercado internacional y, claro es, también en el correspondiente a la zona que abarca el territorio de la Unión Europea.

El espacio europeo no es ajeno al fenómeno de la globalización económica y con él al fenómeno de la descentralización de la actividad productiva y de la transnacionalización de empresas que han ido estableciéndose en países donde obtienen mayores ventajas económicas. El incremento de la utilización por las empresas establecidas en la Unión Europea de diversas fórmulas de externalización productiva y de la libertad de prestación de servicios y de establecimiento, ha expandido su utilización, sobre todo, en el sector de la construcción que es donde más frecuentemente son utilizadas las contrataciones con terceras empresas instaladas en los países del este de Europa, que precisamente coinciden con ser los países de la Unión Europea que menos protegen a sus trabajadores.

Junto a los problemas que provoca en la actualidad la aplicación de la legislación nacional al contrato del trabajador desplazado en el territorio de la Unión Europea, se suma a ellos, también, la inseguridad jurídica que desprende la Directiva 96/71/CE en la regulación de los límites que operan en las prestaciones de servicios transnacionales, diseñados para garantizar unos derechos mínimos aplicables a las condiciones de trabajo de los trabajadores desplazados que son reguladas por el derecho nacional del país de origen. Esta inseguridad jurídica se exterioriza más debido a las deficiencias técnicas que sufren los derechos sociales nacionales de algunos Estados, que precisamente coinciden con los que mayores niveles de protección social tienen garantizados sus trabajadores nacionales, como ha sucedido con las sentencias Viking, Ruffert, Laval y Luxemburgo¹⁰³⁸.

¹⁰³⁸ La alarma está servida cuando se justifica por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas que trabajadores de un país miembro de la Unión Europea con un nivel de protección social inferior desplazados para una prestación de servicios a otro país con un nivel de mayor protector cobren el 45% del salario que corresponde a los nacionales de dicho Estado. Como ocurre en el asunto Ruffert, C-346/06, de 3 de abril de 2008.

Este modelo de producción y de prestación de servicios transnacionales ha provocado que los trabajadores nacionales de los países europeos que cuentan con un nivel de protección social bajo se hayan convertido en unidades económicas de las que se obtienen ventajas competitivas en el mercado de los países socialmente más protectores.

Claro que el origen de esta utilización se encuentra en que la concepción de trabajador desplazado introducida en el ámbito de la Directiva 96/71/CE se limita, únicamente, a la consideración de mero instrumento para alcanzar la consecución del ejercicio de la libre prestación de servicios por parte del empresario¹⁰³⁹.

El desarrollo de esta instrumentalización que está sufriendo el trabajador transnacional se sitúa en que a estos trabajadores no les alcanzan las garantías que ofrece la Unión Europea a la libre circulación de personas, que siempre lleva implícita la prohibición de discriminación por razón de nacionalidad y la aplicación del derecho social interno del territorio en el que preste servicios en igualdad de condiciones con respecto a los trabajadores nacionales, pues la libertad de circulación de estos trabajadores desplazados por sus empresas queda subordinada al ejercicio de la libertad empresarial de prestación de servicios. Pero, además, este sometimiento también implica que la libertad de circulación de los trabajadores transnacionales haya sido liberalizada de la mano de la libre prestación de servicios, dado que el trabajador se ha convertido en una pieza intrínseca al ejercicio de la libertad empresarial¹⁰⁴⁰.

En un plano más concreto la libertad de prestación de servicios transnacionales ha venido generando una serie de resoluciones judiciales en las que el Tribunal ha debatido sobre las relaciones existentes en el ámbito normativo comunitario entre el derecho económico y el derecho social, y ha tenido que

¹⁰³⁹ GUTIÉRREZ-SOLAR CALVO, B.: "Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio", op. cit., p. 8 en la versión digital.

¹⁰⁴⁰ Véase el análisis de la jurisprudencia del TJCE sobre estas dos libertades que hace CASAS BAAMONDE, M.^ª E.: "Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de la Ley" en AA.VV.: Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales, M.^ª. Emilia Casas Baamonde y Salvador del Rey Guanter (dir.), CES, Madrid, 2002, pp. 28 y ss.

pronunciarse sobre las conexiones existentes entre ambos intereses y derechos básicos comunitarios.

Es ineludible reconocer que en la última jurisprudencia del TJCE la custodia de los derechos sociales de los trabajadores desplazados viene a ser utilizada por el Tribunal como una singularidad propia de la aplicación del principio de libre prestación de servicios más que como un derecho consagrado en el Tratado de la Unión Europea que haya de prevalecer en el marco de la libertad de prestación de servicios¹⁰⁴¹.

El TJCE en reiterada jurisprudencia ha ido estableciendo el alcance del derecho de las empresas a prestar servicios transfronterizos reconocido en el art. 49 TCE. Inicialmente el Tribunal admite que la libre prestación de servicios como principio fundamental del Tratado sólo puede limitarse mediante normas justificadas por razones imperiosas de interés general, siempre que estas normas se apliquen por igual, y en la medida en que el citado interés general no haya sido salvaguardado previamente por las normas a las que esté sujeto el prestador de servicios en el Estado miembro en el que se encuentre establecido. También, en los primeros pronunciamientos, acepta que la protección de los trabajadores constituye una razón imperiosa de interés general¹⁰⁴².

Así, en este momento, el Tribunal rechaza que los Estados miembros puedan aducir argumentos de carácter administrativo para eludir las normas de derecho comunitario, pero admite, sin embargo, la facultad de los Estados para comprobar que se respeta por el prestador de servicios la propia legislación nacional y la correspondiente comunitaria. De ahí que admita la aplicación por los Estados de ciertas medidas de control con el objeto de comprobar el

¹⁰⁴¹ De ahí que se defienda que la protección de los trabajadores constituye, simplemente, una excepción a la aplicación del principio de libre prestación de servicios, como ya se puso de manifiesto en el análisis de la sentencia dictada por el TJCE en el asunto Pereira Félix, véase MARTÍNEZ FONS, D.: "Contratas transnacionales y límites en la aplicación de las normas del Estado de ejecución: la penetración de la libre prestación de servicios en el Derecho Social (Pereira Félix). Comentario a la STJCE de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-60/03), iuslabor, nº 2, 2005.

¹⁰⁴² Véase las sentencias de 17 de diciembre de 1981, asunto C-279/80, Webb, de 27 de marzo de 1990, asunto C-113/89, Rush Portuguesa.

cumplimiento de determinadas obligaciones siempre que estén justificadas por razones imperiosas de interés general¹⁰⁴³.

No obstante, advierte que en todo caso los Estados deben actuar conforme al artículo 49 TCE, de modo que eviten o mantengan restricciones injustificadas y desproporcionadas respecto a los prestadores de servicios en su territorio. Por consiguiente, en el control de la aplicación de la Directiva 96/71/CE, el TJCE ha reiterado que dicho control ha de ser adecuado para alcanzar los objetivos perseguidos sin limitar la libertad del prestador del servicio más de lo necesario. De modo que en la base de esta limitación, el Tribunal ya comienza a valerse del empleo del principio de proporcionalidad para solventar las colisiones que se presenten entre las libertades económicas y los derechos sociales¹⁰⁴⁴.

A estos pronunciamientos del TJCE le siguen otros más recientes (las aludidas Viking, Ruffert, Laval, Luxemburgo) a través de los que se manifiesta la incorporación de una clara línea ultra liberalizadora que choca frontalmente con la labor propia del Tribunal, el cual se venía erigiendo en el órgano tutelador del respeto de los derechos fundamentales de los ciudadanos europeos y, todo ello, sacrificando esta labor interpretativa tutelar en defensa de las libertades económicas, en concreto, atribuyendo a la libertad de establecimiento de una posición jurídica prevalente sobre los derechos sociales fundamentales de los trabajadores.

En fin, estas resoluciones del TJCE sobre la aplicación de la propia Directiva 96/71/CE da lugar a plantear que a pesar de que la Directiva 2006/123/CE suprimió los polémicos arts. 25 y 26 de la propuesta de Directiva de prestación de servicios, sus efectos permanecen y son aplicables, de hecho, a los trabajadores comunitarios en los desplazamientos transnacionales de prestación de servicios, como consecuencia de las limitaciones introducidas por la propia Directiva 96/71 y por la concreción que de su contenido está llevando a cabo el TJCE, a lo que el legislador comunitario no ha reaccionado. Esto

¹⁰⁴³ Véase la antes citada sentencia Rush Portuguesa y la sentencia de 23 de noviembre de 1999, en los asuntos acumulados C-396/96 y C-376/96, Arblade y otros.

¹⁰⁴⁴ De nuevo la citada sentencia Rush Portuguesa, la sentencia de 21 de octubre de 2004, asunto C-445/03, Comisión contra Luxemburgo y la sentencia de 19 de enero de 2006, asunto C-224/04, Comisión contra Alemania.

está provocando que el conflicto jurídico se haya trasladado al órgano jurisdiccional dotándole, de este modo, de una capacidad cuasilegislativa que se aleja con mucho de la labor que está llamado a cumplir.

5. Modificaciones de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, en materia laboral y de seguridad social

Por la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, se incorpora, parcialmente, al Derecho español la Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior.

Y, a través de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicio y su acceso, el legislador procede a realizar una evaluación de toda la normativa reguladora del acceso a las actividades de servicios y de su ejercicio, para adecuarla a los principios que al respecto establece la Ley 17/2009.

El propósito que marca las líneas de actuación legislativa en la modificación de la normativa estatal española para adaptarla al acceso y desarrollo del ejercicio de la libre prestación de servicios en el espacio europeo, impulsado por la Directiva 2006/123/CE es doble:

- > Por un lado, **con carácter general**, se ocupa de adaptar la normativa estatal a lo dispuesto en la Ley 17/2009.
- > Por otro lado, **en particular**, extiende los principios que sustentan la regulación del mercado de servicios a sectores no afectados por la Directiva, con el objeto de contribuir a la mejora del entorno regulatorio del sector servicios y a la supresión efectiva de requisitos o trabas no justificadas o desproporcionadas, de modo que el resultado de esta actuación de reforma legislativa más eficiente, transparente, simplificado y predecible para los agentes económicos, suponga un significativo impulso a la actividad económica, como se recoge en el propio Preámbulo de la Ley.

Dentro del Capítulo IV del Título I de la Ley 25/2009, titulado genéricamente “Medidas horizontales”, se introducen las actuaciones relativas a las empresas en el ámbito laboral y de seguridad social.

Sin embargo, de entre las distintas disposiciones que se adoptan en esta materia, no todas ellas van dirigidas a cumplir los objetivos que impulsan la Ley, en los términos que hemos señalado anteriormente que expresa en su Preámbulo, sino que va más allá introduciéndose modificaciones en la legislación sobre prevención de riesgos laborales dirigidas a abordar algunos de los problemas que en este ámbito presentan las pequeñas y medianas empresas (PYME).

5.1 ADAPTACIÓN DE LA NORMATIVA ESTATAL PARA ADECUARLA AL MERCADO INTERIOR DE SERVICIOS

Dentro de este apartado se incorporan aquellas disposiciones dirigidas a facilitar la cooperación administrativa en el ámbito laboral y de seguridad social y también aquellas otras que se destinan a la adopción de medidas para la supresión de requisitos o trabas no justificadas o desproporcionadas.

5.1.1 Disposiciones dirigidas a la eliminación de impedimentos

Entre ellas se sitúan las siguientes:

- a. Plazo de solicitud de apertura de centros de trabajo o de reanudación o consecución de los trabajos después de efectuar alteraciones, art. 7 de la Ley 25/2009.

Se modifica el art. 6.1 del Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 marzo, de Medidas Urgentes Administrativas, Financieras, Fiscales y Laborales para abrir la posibilidad de que la comunicación de la apertura del centro de trabajo o de la reanudación de los trabajos debidamente documentados y ajustados al Ordenamiento Jurídico se pueda realizar “con carácter previo” a la autoridad laboral competente, manteniendo la posibilidad de que dicha comunicación se pueda realizar en el plazo de treinta días siguientes a la apertura.

Y, se añade un nuevo apartado 3 al art. 6 del Real Decreto-Ley 1/1986, de 14 marzo, para establecer que en las obras de construcción la comunicación será en todo caso previa al comienzo de los trabajos. Esta regla se aplica a las obras de construcción incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto 1627/1997, de 24 de octubre,

por el que se establecen disposiciones mínimas de seguridad y salud en las obras de construcción¹⁰⁴⁵.

El sujeto obligado a solicitar la autorización se sitúa en el empresario que tenga la condición de contratista con arreglo a la Ley¹⁰⁴⁶, por tanto se trata de la persona física o jurídica, que asume contractualmente ante el promotor, con medios humanos y materiales, propios o ajenos, el compromiso de ejecutar la totalidad o parte de las obras con sujeción al proyecto y al contrato. También será considerado como contratista o empresario principal el promotor cuando realice directamente la obra o partes de la obra. Del mismo modo se extiende la condición de contratista, en la parte de obra que cada empresa ejecute, a cada una de las empresas que integren una Unión Temporal de Empresas, cuando no sea ésta la que ejecute directamente la obra¹⁰⁴⁷.

- b. Autorización única con validez en todo el territorio nacional, apartado cuatro y seis del art. 8 de la Ley 25/2009.

Se añade un nuevo apartado 7 en el art. 30 de la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales (LPRL), para elevar a rango legal la previsión establecida en el art. 33.1 del RD 39/1997, de 17 de enero, que aprueba el Reglamento de Servicios de Prevención (RSP), y para adaptar dicha autorización a la regla establecida en el art. 5 a) de la Ley 17/2009, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio. El nuevo art. 30.7 LPRL establece que las personas o entidades especializadas que pretendan desarrollar una actividad de auditoría del sistema de prevención habrán de contar con una única autorización de la autoridad laboral, que tendrá validez en todo el territorio español.

¹⁰⁴⁵ El art. 1 del RD 1627/1997 establece que será de aplicación para todas las obras de construcción, excepto las industrias extractivas a cielo abierto o subterráneas o por sondeos, que se regularán por su normativa específica.

¹⁰⁴⁶ Se hace referencia aunque el legislador no lo introduce expresamente a la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

¹⁰⁴⁷ Véase art. 3 e) de la Ley 32/1996, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el sector de la construcción.

Esta medida se aplica también a las entidades especializadas para poder actuar como servicios de prevención a través de la modificación del art. 31.5 LPRL, y se extiende para dichas entidades la obligación de suscribir una póliza de seguro que cubra su responsabilidad. En cuanto a la cuantía mínima concreta que deberá contener la citada cobertura será determinada reglamentariamente.

Se incorpora en la LPRL, en la nueva disposición adicional decimo-sexta, el deber de acreditación de la capacidad formativa correspondiente a las entidades que se dediquen a realizar actividades formativas en materia de prevención de riesgos laborales, y se prevé que los concretos requisitos que determinen la capacidad de las entidades formativas serán concretados reglamentariamente. Este procedimiento de acreditación está directamente relacionado con la previsión que contiene la disposición transitoria segunda de la Ley 25/2009 que analizamos seguidamente.

En relación con esta modificación del procedimiento de acreditación de estas entidades: que lo transforma en único y válido para todo el territorio nacional, se alcanza el compromiso de que en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley 25/2009, lo hizo el 27 de diciembre de 2009¹⁰⁴⁸, el Ministerio de Trabajo e Inmigración adaptará los procedimientos administrativos de autorización de servicios de prevención ajenos y entidades auditoras al sistema de autorización única. De este modo, habrá de ser determinado el procedimiento que regulará la acreditación de las entidades que pretendan llevar a cabo estas actividades de prevención o auditorías para que se les pueda conceder la correspondiente acreditación, así como el que deben seguir las entidades públicas o privadas para poder desarrollar y certificar actividades formativas en materia de prevención de riesgos laborales¹⁰⁴⁹.

Con estas medidas se trata de solventar las deficiencias contenidas en el RSP y en la Orden de 27 de junio de 1997, en relación con la exis-

¹⁰⁴⁸ Disposición final quinta de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

¹⁰⁴⁹ Hasta que se lleve a cabo la adaptación del procedimiento de acreditación, ésta se continuará rigiendo por las previsiones del RSP y por la Orden de 27 de junio de 1997, disposición transitoria segunda de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre.

tencia de distintos criterios de acreditación de los servicios de prevención, de las empresas auditoras y de las entidades dedicadas a la formación en materia de prevención, en función de la Comunidad Autónoma en la que se pidiera la autorización, así como la obligación de solicitar distintas autorizaciones en función del territorio donde desarrollaran su actividad estas entidades. Con esta reforma, la autorización después de la Ley 25/2009 será única y válida para todo el territorio nacional y el procedimiento de acreditación que se elabore en el plazo de seis meses unificará los requisitos de concesión para realizar las actividades de servicios de prevención ajenos, auditorías y de formación en materia de prevención de riesgos laborales.

- c. Delimitación del límite temporal y los efectos del silencio administrativo, apartado seis y siete del art. 8 de la Ley 25/2007.

Eleva también a rango legal la previsión del apartado primero del art. 33.2 RSP, e introduce un nuevo apartado 6 al art. 31 LPRL para unificar las reglas que regirán el silencio administrativo. Con ello se determina que el vencimiento del plazo máximo del procedimiento sin que exista resolución expresa por la autoridad laboral, permitirá entender desestimada la autorización para actuar como servicios de prevención¹⁰⁵⁰. Los mismos efectos tendrá el silencio administrativo de solicitud de autorización para realizar actividades de auditoría, art. 30.7 LPRL.

- d. Se impone la inscripción de oficio por la autoridad laboral competente en el registro de empresas acreditadas en el sector de la construcción, apartado uno del art. 16 de la Ley 25/2009, por el que se modifica el art. 4.2 b) de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción.
- e. Se alcanza el compromiso dirigido al Ministro de Trabajo e Inmigración para que proceda a determinar los supuestos y condiciones en que las empresas podrán realizar la aportación- de datos de seguridad social en soporte informático, art. 10 de la Ley 25/2009, que modifica el art. 30 de la ley 50/1998, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

¹⁰⁵⁰ Establecido en tres meses a contar desde la entrada de la solicitud en el Registro administrativo correspondiente, art. 33.2 del RD 39/1997.

5.1.2 Disposiciones destinadas a la cooperación administrativa

Entre las medidas diseñadas para facilitar la cooperación entre la Inspección de Trabajo española y la de los distintos Estados miembros se encuentran las referentes a la modificación de la Ley 42/1997, de 14 de noviembre, Ordenadora de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.

La coordinación de las distintas administraciones públicas competentes es uno de los elementos esenciales para el desarrollo de la prestación de servicios transnacionales con eficacia, y sobre todo se trata de uno de los mecanismos que sirven para garantizar el respeto del principio de no discriminación. No obstante, a pesar de la trascendencia que alcanza la coordinación administrativa en el desarrollo de la prestación de servicios, este es uno de los aspectos que mayores obstáculos presenta debido al empleo de distintas lenguas dentro del territorio de la Unión Europea, pero también, sobre todo, por los diversos criterios que regulan las relaciones laborales las diferentes normas internas de los Estados miembros y las dificultades que supone la supervisión y el control de las mismas por la administración española.

Desde esta perspectiva no debe olvidarse que el trabajador desplazado estará sujeto a las condiciones laborales que establezca la legislación del país de origen y a la legislación laboral española en la exigencia del respeto de las condiciones de trabajo que señala el art. 3.1 de la Directiva 89/71/CE¹⁰⁵¹, y tampoco conviene desatender las propias limitaciones que la jurisprudencia del TJCE está incorporando con respecto a introducción por los Estados miembros de requisitos para el control del cumplimiento de la legislación nacional¹⁰⁵².

¹⁰⁵¹ Sobre las dificultades que presenta la vigilancia y control de las condiciones de trabajo reguladas por la ley de país de origen véase LLOBERA VILA, M.: "La liberalización de los servicios en el mercado interior: "Directiva Bolkestein" subcontratación y movilidad transnacional de trabajadores", RDS, nº 36, 2006, pp. 80-82.

¹⁰⁵² En el control de la aplicación de la Directiva 89/96/CE la STJCE de 19 de enero de 2006, C-244/2006, asunto Comisión contra Alemania, se exige que los Estados deben actuar conforme al artículo 49 TCE evitando crear o mantener cualquier restricción injustificada y desproporcionada, aunque se aplique también a los prestadores de servicios nacionales, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos.

5.2 LA REFORMA DEL MARCO NORMATIVO DE LA LEY DE PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES PARA ADAPTARLA A LAS SINGULARIDADES QUE PRESENTAN LAS PYME

Se introducen también a través de la Ley 25/2009 modificaciones en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales que no se corresponden estrictamente con los objetivos que se marcan en la propia Ley 25/2009, sino que se ocupan de abordar algunos de los problemas que presenta la aplicación de la normativa preventiva en las pequeñas y medianas empresas.

Con carácter general la Ley 25/2009 traslada a la ordenación jurídica preventiva algunas de las líneas de actuación propuestas en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012) dirigidas al objetivo de lograr un mejor y más eficaz cumplimiento de la normativa preventiva por las pequeñas y medianas empresas¹⁰⁵³.

Sobre el efecto que el desarrollo de la libre prestación de servicios puede tener sobre las PYME se ha manifestado el Comité Económico y Social Europeo (CESE) en su Dictamen sobre “El mercado interior de servicios - Los requisitos del mercado laboral y de la protección del consumidor”, de 30 de mayo de 2007¹⁰⁵⁴, donde advierte que el impacto de la realización del mercado interior tendrá un efecto en el empleo diferente en los distintos sectores y Estados miembros.

En este sentido, las repercusiones en las pequeñas y medianas empresas es un factor decisivo por la importancia que adquieren en este contexto como motores fundamentales de empleo¹⁰⁵⁵. La evolución de la prestación de servicios constituye un punto de especial importancia porque la liberalización de los servicios en la zona europea las puede afectar singularmente de

¹⁰⁵³ Véase el contenido de las líneas de actuación que se proponen para conseguir un mejor y más eficaz cumplimiento por parte de las pequeñas y medianas empresas en materia de prevención de riesgos laborales en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012), de 28 de junio de 2007, disponible en <http://www.insht.es>.

¹⁰⁵⁴ INT/289 - CESE 793/2007.

¹⁰⁵⁵ En este sentido, tomando en consideración lo que la normativa europea entiende por libre prestación de servicios como la que alcanza a todas prestaciones entre dos sujetos económicos realizada en los respectivos Estados miembros.

dos formas: haciendo que el aumento de los intercambios transfronterizos de servicios fortalezca la posición de las Pyme o bien, por el contrario, que la presión de los precios y de la competencia suponga su eliminación y, con ella, la destrucción de empleo.

Debe tenerse en cuenta que en España, de un total de 1.264.689 empresas inscritas en la seguridad social¹⁰⁵⁶ en diciembre de 2009, 1.095.809 tienen una plantilla inferior a 10 trabajadores¹⁰⁵⁷, que dan empleo a 2.799.500 trabajadores de los 13.196.900 que figuran inscritos en la seguridad social en diciembre de 2009¹⁰⁵⁸.

De otra parte, ahora desde la perspectiva de la aplicación de las normas en materia de prevención de riesgos laborales a las Pyme, en el año 2004 la Comisión realizó un informe sobre la aplicación práctica de la Directiva 89/391/CEE y de sus cinco primeras directivas específicas¹⁰⁵⁹. Las principales conclusiones confirman su impacto positivo sobre los niveles de protección nacionales. Sin embargo, en dicho informe se señalan graves lagunas en la aplicación de la legislación comunitaria, en particular en las pequeñas y medianas empresas por lo que se refiere a la evaluación de riesgos y a la información y formación de los trabajadores. De ello se deriva que sea preciso tener más en cuenta la situación y las necesidades específicas de las PYME, sobre todo en lo que respecta a la evaluación de riesgos, la participación y la formación de los trabajadores, el acceso a asistencia técnica competente, específica y especializada y las circunstancias en sectores tradicionalmente de alto riesgo, como son la agricultura y la construcción.

¹⁰⁵⁶ Los datos hacen referencia a las empresas inscritas en la seguridad social en el régimen general y en el régimen especial de la minería del carbón.

¹⁰⁵⁷ De las cuales 704.052 tienen una plantilla entre 1 y 2 trabajadores; 274.446 tienen una plantilla entre 3 a 5 trabajadores; y 117.311 tienen una plantilla entre 6 y 9 trabajadores.

¹⁰⁵⁸ <http://www.mtin.es/estadisticas>.

¹⁰⁵⁹ [COM (2004) 0062].

5.2.1 La intervención de la normativa comunitaria en materia de prevención de riesgos laborales

La prevención de riesgos laborales es uno de los temas centrales en los que se basa la política social de la Unión Europea que transcurre paralela al establecimiento de un mercado interno, cuyo origen hemos de situarlo en el establecimiento de los derechos sociales fundamentales enunciados en la Carta Social Europea, firmada en Turín el 18 de octubre de 1961, así como en la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de 1989.

El Acta Única Europea de 17 de febrero de 1986, introduce en el Tratado de la entonces Comunidad Económica Europea un nuevo artículo, el 8.A¹⁰⁶⁰, cuyo objetivo es establecer un mercado interno a partir de 1993. Para conseguirlo, había previamente que solucionar determinados obstáculos existentes que hacían que el mercado no fuera totalmente transparente, presentándose, por tanto, distorsiones en la competencia. La razón de que existieran estas dificultades residía, básicamente, en el hecho de que las condiciones requeridas a los productos para ser comercializados, eran diferentes en los distintos países miembros de la Comunidad Europea y, por otra parte, las condiciones de seguridad y salud en el trabajo podían ser también, totalmente diferentes.

Este problema, se resuelve introduciéndose en el TCE los artículos 100A y 118A¹⁰⁶¹, a través del Acta Única Europea. Ambos artículos, son complementarios y suponen el fundamento de la legislación comunitaria de seguridad y salud en el trabajo¹⁰⁶².

¹⁰⁶⁰ En la actualidad el art. 18 tras la modificación efectuada por el Tratado de Ámsterdam firmado el 20 de octubre de 1997.

¹⁰⁶¹ Después arts. 95 y 128, respectivamente, tras el Tratado de Ámsterdam, y actuales arts. 114 y 156 en la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea. El art. 95, exige unas condiciones de seguridad a los productos para poderse comercializar y el art. 138, intenta incorporar unos mínimos, unos umbrales, en las condiciones de trabajo para prevenir y asegurar la seguridad y salud de los trabajadores.

¹⁰⁶² Es más, la idea de seguridad física del trabajador se halla en el centro de la construcción del derecho social europeo y así se observa en la extensión de la regla de la decisión por mayoría de los Estados miembros exigida a raíz del Acta Única Europea a la salud y seguridad en el trabajo del art. 118 (actual art. 137), véase SUPLOT, A.: *Crítica del Derecho del Trabajo*, MTAS, Madrid, 1996, p. 91. La unanimidad exigida con anterioridad dificultaba considerablemente su aprobación, como afirma FERNÁNDEZ MARCOS, L.: "El riesgo profesional en el Derecho laboral en España y en Europa", DL, nº 36, 1992, p. 62.

En consecuencia, la Unión Europea viene prestando especial atención desde su creación en 1957 a la seguridad e higiene en el trabajo y, a pesar de que existen otros precedentes¹⁰⁶³, la consolidación del ordenamiento jurídico comunitario en materia de seguridad y salud de los trabajadores en el entorno de trabajo se materializa en el ámbito jurídico comunitario mediante la adopción de la Directiva 89/391/CEE, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud de los trabajadores en el trabajo¹⁰⁶⁴. Este carácter se lo otorga no sólo por tratarse de una Directiva genérica (Marco) en el ámbito de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo¹⁰⁶⁵, sino también por constituir el proyecto de la política europea en materia de prevención de riesgos laborales¹⁰⁶⁶.

El avance más importante de la normativa comunitaria en esta materia es la introducción de un ámbito de aplicación extenso. La Directiva Marco, se aplica a todos los sectores de actividad, tanto públicos como privados¹⁰⁶⁷.

¹⁰⁶³ La protección de los riesgos profesionales ya se sitúa en el terreno de la prevención desde la Recomendación de la Comisión de las Comunidades Europeas de 23 de julio de 1962, véase CASAS BAAMONDE, M.ª E.: "La reforma de la protección de los riesgos profesionales", RL, nº 9, 1990, pp. 1-7. En este mismo sentido véase también FERNÁNDEZ MARCOS, L.: "El riesgo profesional en el Derecho laboral en España y en Europa", op. cit., pp. 47-63.

¹⁰⁶⁴ Sobre normativa comunitaria de seguridad e higiene en general, véase PÉREZ ALENCART, A.: El Derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo, Tecnos, Madrid, 1993; PENDÁS DÍAZ, B.: La prevención en el marco jurídico comunitario. Riesgos comunes y profesionales, ACARL, Madrid, 1992; COLINA ROBLEDÓ, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T.: Derecho Social Comunitario, Tirant lo Blanch, Valencia, 1991; SANCHO CUESTA, J.: La seguridad e higiene laboral en el ordenamiento jurídico comunitario. Estudio y Código de Directivas, MTSS, Madrid, 1993.

¹⁰⁶⁵ La Directiva 80/1107/CEE -posteriormente modificada por la Directiva 88/642/CEE- que se había considerado, hasta entonces, como "Marco", y cuyo campo de aplicación se circunscribía sólo a la higiene en el trabajo debe entenderse, que en este aspecto queda subordinada a la actual Marco, sin perjuicio de la vigencia de las disposiciones más rigurosas o específicas que contenga, véase CASTELLÀ LÓPEZ, J.L., GRAUS RIOS, M. y PINILLA GARCÍA, J.: "La Seguridad y la Salud en el Trabajo en la Comunidad Europea ante el horizonte de 1993", Salud y Trabajo, nº 75, 1989, pp. 25-38.

¹⁰⁶⁶ GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo", AL, nº 32, 1991, p. 395.

¹⁰⁶⁷ El punto de partida en el campo preventivo va a ser la evaluación de los riesgos que existen en el conjunto de actividades de la empresa para garantizar un mayor nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, art. 6 de la Directiva 89/391/CEE. La ambición de la Directiva es alcanzar un nivel de seguridad genérico que afecte, a todos los aspectos productivos de la empresa; al modelo de relaciones industriales que se desenvuelve en la misma, véase GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "El significado de la normativa comunitaria...", op. cit., p. 395.

El contenido normativo de la Directiva 89/391/CEE constituye un marco mínimo de referencia para la acción normativa de los países miembros de la Unión Europea por debajo del cual no pueden legislar, de ahí que en el ámbito de la prevención de riesgos laborales existe un alto nivel de homogeneidad en cuanto a la aproximación de las normas internas de los distintos Estados, cuyo origen se sitúa en la propia Directiva Marco pero también en el amplio número de Directivas dictadas sobre la materia¹⁰⁶⁸.

El carácter mínimo que se atribuye la Directiva 89/391/CEE supone que lo dispuesto en la misma no afecta a las disposiciones nacionales y comunitarias que sean más favorables para la protección de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo, configurándose así como un marco normativo por debajo del cual los países miembros no pueden legislar, y como un impulso a los legisladores nacionales para que introduzcan normas en esta materia que superen los contenidos básicos incorporados por la Directiva. De esta manera, se lograría que los países miembros incrementen a través de sus legislaciones las garantías de prevención de los trabajadores de los riesgos que para su seguridad y salud entraña el trabajo.

En este supuesto, cuando los Estados dicten normas internas que superen los mínimos dictados por la Directiva 89/391/CEE, el propio Tratado impone como regla general que las normas nacionales que regulen condiciones en materia de prevención de riesgos laborales más estrictas sean compatibles con los Tratados, art. 137.5 TCE (nuevo art. 153.4 en la versión consolidada).

¹⁰⁶⁸ El debate sobre el efecto directo de las Directivas sobre seguridad y salud laboral en función de la transposición de la que hayan sido objeto para poder ser exigida como norma jurídica se ha ido resolviendo a través de la doctrina del TJCE. El Tribunal ha venido estableciendo una serie de requisitos para que la Directiva pueda producir efectos directos. Estos pueden expresarse en los siguientes: a) que sus disposiciones sean suficientemente precisas y claras; b) que contengan un mandato incondicional y susceptible de ser aplicada por los tribunales; c) que su aplicación pueda realizarse al margen de la actuación discrecional de los Estados o del incumplimiento de los mismos en su transposición; d) que haya fijado un plazo para adaptar el ordenamiento estatal al comunitario y el Estado no haya hecho la adaptación o la haya hecho contrariándola. Con carácter general, estos requisitos, se contemplan en la STJCE de 4 de diciembre de 1974, asunto 41/74, Van Duin, donde se establece la invocabilidad por los particulares de los derechos reconocidos en una Directiva cuando éstos se recojan con claridad suficiente. En la STJCE de 19 de noviembre de 1991, asuntos 6/90 y 9/90, Francovich y Bonifaci, se mantiene por el Tribunal que el cumplimiento por parte del Estado de la transposición de una Directiva no impedirá el efecto directo de la misma si se puede determinar con la suficiente claridad el derecho mínimo reconocido en ella a los trabajadores.

Procede aquí recordar que dentro de esta regla de la compatibilidad entre las normas internas de los Estados y la normativa dictada por la Unión Europea en materia de prevención de riesgos laborales, hay que tomar en consideración la posible colisión que se produce entre el principio de aplicación de las reglas más garantistas que se dicten a nivel nacional y el reconocimiento del principio de libre prestación de servicios, ello más aún después de las restricciones introducidas por el TJCE.

Esta tendencia iniciada por el TJCE dirigida a hacer valer la defensa del desarrollo de las libertades económicas dentro de la zona de la Unión Europea haciéndola prevalecer por encima de la tutela de los trabajadores desplazados como consecuencia de ello, ha llevado al Tribunal a sustentar la protección del trabajador dentro de un margen de aplicación estricta del principio de no discriminación.

La orientación económica que está guiando las resoluciones del TJCE ha recalado también en el ámbito de la prevención de riesgos laborales en el momento de señalar por las normas internas de los Estados miembros excepciones en el cumplimiento de las obligaciones empresariales de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores en todos los aspectos relacionados con el trabajo, de tal modo que se puedan introducir cláusulas normativas exentas de responsabilidad objetiva que limiten el deber de actuación preventiva en base a los elevados costos económicos o de tiempo que su cumplimiento pueda ocasionar, tal y como admite con ocasión de la interpretación del art. 5.1 y 4 de la Directiva 89/391/CEE en la Sentencia de 14 de junio de 2007, asunto C-127/2005, Comisión contra Reino Unido e Irlanda del Norte¹⁰⁶⁹.

¹⁰⁶⁹ Aplica el principio de proporcionalidad para justificar la introducción de límites a la responsabilidad empresarial en materia de seguridad y salud en el trabajo basados en el sacrificio a nivel de costes que pueda suponer para la empresa, justificando que la "cláusula controvertida" "el empresario garantizará la salud, la seguridad y el bienestar de todos sus trabajadores en el trabajo, en la medida en que sea razonablemente viable", introducida en el art. 2, apartado 1, de la Ley de 1974, relativa a la salud y seguridad en el trabajo (Health and safety at Work etc Act 1974), que excluye una forma de responsabilidad objetiva es conforme con lo dispuesto en el art. 5.1 y 4 de la Directiva 89/391/CEE, en cuanto que no se ha logrado demostrar por la Comisión que la cláusula controvertida limite la obligación de los empresarios de garantizar la seguridad y salud de los trabajadores y declara ajustado al cumplimiento en esta materia la delimitación por la ley inglesa de las obligaciones preventivas del empresario, manteniéndolas estrictamente dentro de los "límites de lo razonablemente viable". El propio Estado demandado por la Comisión, Reino Unido, alega que en el juicio de proporcionalidad que justifica la aplicación de la cláusula controvertida en su territorio se integra "el sacrificio en términos de costes, tiempo u otras dificultades que la adopción de las medidas necesarias para evitar el riesgo hubiera entrañado"..

5.2.2 La aplicación del bloque normativo español sobre prevención de riesgos laborales a los desplazamientos transnacionales

Entre el “núcleo duro”, elenco de materias que deben ser garantizadas a los trabajadores desplazados por el proveedor del servicio, (tal y como lo denomina el propio preámbulo de la Directiva 96/71/CE en el considerando 14), concretadas por el art. 3.1 de la Directiva 96/71 se encuentra el deber de la empresa de envío de garantizar el bloque normativo existente en la normativa española sobre prevención de riesgos laborales.

Como se ha señalado anteriormente el punto de partida en el análisis del alcance de este deber contenido en la Directiva 96/71/CE, trasladado al art. 3.1.e) de la Ley 45/1999, es la Directiva 89/391/CEE que, a pesar de que existen otros precedentes, es la disposición comunitaria que viene a reforzar el ordenamiento jurídico comunitario en materia de seguridad y salud de los trabajadores en el entorno de trabajo. También se ha dicho que esta condición le viene otorgada por tratarse de una Directiva genérica (Marco) en el ámbito de la seguridad y salud de los trabajadores en el trabajo y por constituirse en la piedra angular configuradora de la política europea en materia de prevención de riesgos laborales.

En realidad, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales tiene un alto grado de aproximación con las distintas normas internas de los Estados miembros de la Unión Europea, debido a la intensa intervención comunitaria en esta materia que ha permitido crear unos criterios de actuación preventiva comunes en todo el territorio europeo.

Esta aproximación de reglas preventivas entre los distintos Estados no está exenta de la presencia de dificultades en el momento de la aplicación de la normativa de prevención de riesgos laborales española en la prestación transnacional de servicios de empresas establecidas en cualquiera de los distintos países pertenecientes a la Unión Europea, que trasladan a nuestro territorio temporalmente a sus trabajadores para prestar un servicio de naturaleza transnacional.

Los mayores obstáculos para esta aplicación se encuentran en el momento de comprobar si existe correspondencia absoluta entre las normas de prevención de riesgos laborales dictadas por cada uno de los Estados miembros y el ordenamiento jurídico español.

De nuevo conviene recordar que en el análisis comparativo de las diferentes normas nacionales de prevención de riesgos laborales debe tenerse en cuenta la doctrina dictada por el TJCE, sobre la prohibición de los Estados de introducir en sus normas internas restricciones a la libre prestación de servicios a empresas de otros Estados miembros, entendiendo que esto se produce cuando se les exige a las empresas no nacionales que se desplacen a su territorio el cumplimiento de exigencias o requisitos no previstos simultáneamente en igualdad de condiciones para las empresas establecidas en su país de origen¹⁰⁷⁰.

En el ámbito normativo preventivo los mayores problemas surgen a la hora de determinar la validez acerca de la actuación de los servicios de prevención acreditados en otros países cuando la empresa desarrolla su actividad en España y la aplicación de la regla de la obligatoriedad de la presencia de los recursos preventivos en el lugar de trabajo introducida por la Ley 54/2003¹⁰⁷¹.

También puede plantear dificultades la determinación sobre la validez en España de los reconocimientos médicos realizados en otros países o la exigencia de reconocimientos en España en aquellos desplazamientos de larga duración cuando se trate de actividades que presentan riesgos especiales o de trabajadores especialmente sensibles que precisen revisiones médicas periódicas¹⁰⁷².

Aunque para determinar si existe homogeneidad, en el análisis comparativo de la validez o no de la actividad preventiva realizada por la empresa prestadora del servicio transnacional instalada en España y elaborada según los criterios fijados

¹⁰⁷⁰ Entre otras, la sentencia de 21 de octubre de 2004, asunto C-445/03, Comisión contra Luxemburgo y la sentencia de 19 de enero de 2006, asunto C-224/04, Comisión contra Alemania.

¹⁰⁷¹ Supuesto este en el que sería obligatorio también para la empresa extranjera contar con la presencia de recursos en el lugar de trabajo aunque no cuente con establecimiento alguno en España, en este caso el cumplimiento en España de la obligatoria presencia puede contratarse a través de un servicio de prevención externo, esta obligatoriedad ha sido defendida también por CAMAS RODA, F. y MARTÍNEZ ASO, M.: "El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional", RDS, nº 45, 2009, p. 115.

¹⁰⁷² Sobre un análisis de la aplicación de las normas de seguridad y salud a las empresas extranjeras en las prestaciones de servicios transnacionales véase también el estudio de SERRANO OLIVARES, R.: "Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores, prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador", AAVV: Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales, M^a. Emilia CASAS BAAMONDE y Salvador DEL REY GUANTER (dir.), CES, Madrid, 2002, pp. 80-82.

por la norma interna de su país de origen, será necesario valorar por encima de cualquier otra cuestión que la actividad preventiva desarrollada por la empresa, conforme a los criterios exigidos por las normas internas sobre seguridad y salud de su país de origen, cumplen en su conjunto la misma finalidad que la que en correspondencia se exige en la normativa preventiva española.

5.2.3 El nuevo objetivo de la política preventiva: la integración de la prevención en la empresa

La reforma introducida por la Ley 54/2003 en el marco normativo preventivo se orienta a encauzar la integración de la prevención de los riesgos laborales dentro de todos los niveles de la empresa y a fomentar una auténtica cultura preventiva¹⁰⁷³.

El régimen jurídico preventivo parte del presupuesto de que los sistemas preventivos que el empresario debe poner en funcionamiento dentro del ámbito de la gestión de su actividad productiva, deben llegar a constituirse en una parte íntima instalada en la estructura organizativa empresarial. Para lograr esta unidad el legislador tanto nacional como comunitario, pone a disposición del empresario diferentes mecanismos que sirven de cauce para la integración, entre todos ellos destaca el servicio de prevención¹⁰⁷⁴.

El servicio de prevención constituye el instrumento necesario y esencial integrador de la actividad preventiva en la empresa¹⁰⁷⁵, aunque para alcanzar este objetivo el servicio de prevención precisa ocuparse de las funciones relativas a cualquiera de los aspectos técnicos que exige la actividad preventiva, pero también atender a todas las cuestiones relacionadas con el asesoramiento y la asistencia permanente al empresario, arts. 14.2 y 16.2 b) LPRL, puesto que entre las obligaciones que se imponen al empresario para asegurar la integración en su empresa se encuentra la de realizar un seguimiento continuo de la actividad preventiva.

¹⁰⁷³ Véase la Exposición de Motivos, apartado II, de la Ley 54/2003, de 12 de diciembre.

¹⁰⁷⁴ Sobre la ordenación de los servicios de prevención, véase GONZÁLEZ ORTEGA, S.: "La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención", TL, nº 50, 1999, p. 20.

¹⁰⁷⁵ La integración de la prevención en la empresa se lleva a cabo a través de la implantación y aplicación del plan de prevención, véase el art. 16.1 LPRL y el art. 1.3 del RD 39/1997, después de su reforma por el RD 609/2006, de 19 de mayo.

En consonancia con el fomento y el impulso que la integración de la prevención en la gestión de la empresa supuso la reforma introducida por la ley 54/2003 se introduce ahora en la Ley 25/2009, de 22 de diciembre¹⁰⁷⁶, un nuevo apartado 5 al art. 5 de la LPRL dentro del marco configurador de la política en materia de prevención de riesgos laborales¹⁰⁷⁷. De esta manera la integración de la prevención se ha incorporado dentro de los objetivos de la política en materia preventiva que corresponde realizar a las administraciones públicas para lograr la mejora de las condiciones de trabajo.

Además, en este nuevo objetivo que se marca la actuación política preventiva se tendrán en cuenta las necesidades y dificultades específicas de las PYME. Para ello, se introduce el deber de incorporar un informe sobre la adecuación de las normas en materia preventiva a las PYME. De modo que las disposiciones normativas de carácter general que sean dictadas a partir de la entrada en vigor de la Ley 25/2009 en materia de prevención de riesgos laborales, deberán llevar incorporado un informe sobre su concreta aplicación a las PYME.

Con esta medida se trata de asegurar la adaptación de las normas que se dicten en el ámbito de la prevención de riesgos laborales a las particularidades que en la aplicación de la normativa preventiva presentan las PYME, mediante la realización de los correspondientes estudios previos que permitan garantizar dicha adecuación.

En cumplimiento del art. 7 LPRL, que se ocupa de diseñar las actuaciones que corresponde realizar a las administraciones públicas para desarrollar la política en materia de prevención de riesgos laborales, se introduce en la Ley 25/2009¹⁰⁷⁸ el diseño del instrumento que permitirá habilitar los concretos medios públicos que se pondrán a disposición de las empresas para lograr que sea eficaz la promoción de la integración de la prevención dentro del sistema de gestión de la empresa y, de este modo, hacer realidad el cumpli-

¹⁰⁷⁶ En el apartado uno del art. 8 de la Ley 25/2009.

¹⁰⁷⁷ Sobre el tema véase GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: "La política de prevención de riesgos laborales. Objetivos y agentes. El papel de las administraciones públicas" en AAVV: Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales, CASAS BAAMONDE, PALOMEQUE LÓPEZ y VALDÉS DAL-RÉ (COORD.), La Ley, Madrid, 1997, pp. 19 y ss.

¹⁰⁷⁸ Disposición adicional tercera de la Ley 25/2009, de 22 de febrero.

miento de este nuevo objetivo de la política preventiva dirigido a “promover la integración eficaz de prevención de riesgos laborales en el sistema de gestión de la empresa”. Para lograr este objetivo el Gobierno adquiere el compromiso de aprobar un “plan de asistencia pública al empresario” que se ajustará a las siguientes bases:

- a. Quedarán incluidas las empresas de hasta 10 trabajadores.
- b. El plan contendrá el diseño y puesta en marcha de un sistema dirigido a facilitar al empresario el asesoramiento necesario para la organización de sus actividades preventivas, impulsando las autoevaluaciones por sectores y especificando aquellas actividades o riesgos que requieran apoyo técnico especializado.

5.2.4 La asunción directa de la tarea preventiva por el empresario

Entre los distintos modelos de organización técnica preventiva en la empresa tanto la Directiva 89/391/CEE como la Ley 31/1995, establecen la posibilidad de que la tarea preventiva sea asumida en las Pyme directamente por el empresario¹⁰⁷⁹.

¹⁰⁷⁹ La alternativa entre optar por un modelo u otro de organización de la prevención en la empresa, que parece desprenderse de la regulación de las distintas modalidades de organizar la prevención en la empresa, dirigida al empresario como sujeto que puede libremente elegir entre alguna de las diferentes modalidades de organización de la prevención existentes, siempre que su empresa reúna los requisitos exigidos para ello, es un principio que debe alterarse a raíz de la STJCE de 22 de mayo de 2003, en el asunto C-441/01, cuando contempla contrario a la regulación del art. 7 de la Directiva Marco, declarando el incumplimiento del art. 7.3 de la Directiva 89/391/CE, por parte del reino de los Países Bajos al haber facultado al empresario para optar libremente por recurrir a servicios de salud y de seguridad internos o externos. Sostiene el Tribunal que esta disposición, el art. 7 de la Marco, no permite al empresario elegir y un Estado miembro, debe garantizar su plena aplicación de forma suficientemente clara y precisa. La obligación contenida en el apartado 3 del art. 7, es subsidiaria con relación a la que figura en el apartado 1 del art. 7, donde se establece la “obligación del empresario de designar a uno o varios trabajadores para ocuparse de actividades de protección y de actividades de prevención”. La subsidiariedad del apartado 3, con respecto al apartado 1, se justifica por el Tribunal en que el empresario debe recurrir a personas o servicios ajenos a la empresa cuando las “competencias en la empresa y/o establecimiento son insuficientes para organizar dichas actividades de protección y prevención”. Además, apunta el Tribunal que esta opción, expresada en el art. 7, de dar preferencia, cuando las competencias internas de la empresa lo permitan, a la participación de los trabajadores en las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales, más que al recurso a competencias externas, es una medida de organización que se ajusta al objetivo de participación de los trabajadores en su propia seguridad y a la finalidad de la Directiva de favorecer la participación equilibrada de los empresarios y de los trabajadores en las actividades de protección y de prevención de los riesgos profesionales. Concluye el Tribunal conviniendo que la mejor forma de garantizar el efecto útil de la Directiva es dando preferencia a la organización de tales actividades en

La asunción personal de las funciones preventivas no supone ninguna modificación con respecto a la obligación general de seguridad del empresario¹⁰⁸⁰ ni se refiere a la exención de responsabilidad del empresario en materia preventiva¹⁰⁸¹, pues continúa siendo el deudor de seguridad en su empresa¹⁰⁸², el responsable de organizar la actividad preventiva y del seguimiento continuo de la misma¹⁰⁸³. Se trata, únicamente, de permitir que el empresario lleve a cabo personalmente la gestión de la actividad preventiva. La razón de este trato diferenciado dirigido a las pequeñas empresas responde en su diseño al criterio de tratar de evitar los obstáculos que impidan la creación y desarrollo de este tipo de empresas¹⁰⁸⁴.

el seno de la empresa. Esta sentencia, ha llevado a la doctrina a afirmar que se puede “deducir con claridad que la facultad de opción atribuida al empresario en el supuesto que la autoridad laboral le imponga la obligación de constituir un servicio de prevención, sustituible por el recurso a un servicio de prevención ajeno –arts. 14 c) y 16.1 b) RSP– es contraria a la jurisprudencia comunitaria”, además de plantear la duda sobre si la LPRL y el RSP, se ajustan a los criterios de “eficacia, preferencia y subsidiariedad”, véase esta reflexión en GONZÁLEZ LABRADA, M.: “Las modificaciones del marco normativo de la prevención de riesgos laborales: organización de la prevención y obligaciones en los supuestos de subcontratación”, RDS, nº 27, 2004, p. 34. El desajuste existente, entre el art. 7 de la Directiva Marco y los arts. 30 y 31 LPRL; así como, entre el art. 12 RSP, si éste se interpreta en el sentido de que el empresario tiene en su poder la facultad de sustituir la designación de trabajadores por un servicio de prevención ajeno, ya había sido denunciado con anterioridad a la citada sentencia por LUQUE PARRA, M.: “El servicio de prevención ajeno como modalidad principal de organizar la prevención en el ordenamiento jurídico español”, REDT, nº 103, 2001, pp. 81 y ss.

¹⁰⁸⁰ SEMPERE NAVARRO, A., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M.: Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo, Civitas, Madrid, 1996, p. 258, señalan que esta facultad que se concede al empresario “únicamente supone una excepción a la regla de universalización de los servicios de prevención a todas las empresas”.

¹⁰⁸¹ Vid. ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: “El deber de protección y los servicios de prevención de riesgos laborales” en AAVV: Seguridad y Salud en el Trabajo, op. cit., p. 60.

¹⁰⁸² El origen de esta deuda fue situado, desde su aprobación, en la propia Constitución en el art. 43.1 CE y, claro es, su cumplimiento, además, debe ser asegurado por los propios poderes públicos dentro del deber constitucional que les viene asignado de velar por la seguridad e higiene en el art. 40.2 CE, como sostiene GÁRATE CASTRO, J.: “Manifestaciones sustantivas de la tutela de la salud laboral”, AL, nº 15, 1988, p. 790.

¹⁰⁸³ Vid. art. 16 LPRL.

¹⁰⁸⁴ Criterio este que viene recogido por el legislador con la pretensión de orientar bajo esta pauta el desarrollo reglamentario del art. 6.1 e) LPRL, cuando acoge las directrices marcadas por el art. 138 del Tratado de Ámsterdam –Antiguo art. 118 A del Tratado de la Unión– en orden a la eliminación de las trabas de carácter administrativo, financiero y jurídico que obstaculicen la creación y el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas.

5.2.4.1 Condiciones exigidas para su configuración

El art. 30.5 LPRL ordena los requisitos que debe reunir una empresa para el cumplimiento del deber de prevención de riesgos profesionales: tener una plantilla de hasta diez trabajadores, tras su reforma por la Ley 25/2009, y que el empresario desarrolle de forma habitual su actividad en el centro de trabajo, además de tener la capacidad necesaria que vendrá exigida en función de los riesgos a los que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades. Esta regla se remite al art. 6.1 e) LPRL, que es donde encuentra su fundamento: el respeto a las peculiaridades de las pequeñas empresas, para evitar con ella imponer obstáculos innecesarios en la organización de la prevención.

Es cierto que el concepto de servicios de prevención del art. 31.2 LPRL parece dejar fuera a dos de las modalidades de organización preventiva previstas al referirse únicamente a los servicios de prevención propios y a los ajenos. Pero no es menos cierto que esta modalidad preventiva de asunción personal por el empresario, sin alcanzar la complejidad de requisitos orgánicos, materiales y funcionales prevista para los servicios de prevención propiamente dichos, internos o externos, previstos por la Ley¹⁰⁸⁵ se encuentra, sin embargo, equiparada a aquéllos, y las empresas que la adopten por cumplir los requisitos exigidos para ello, tendrán cubiertas las exigencias normativas en materia de prevención técnica en la empresa.

Con carácter general los requisitos exigidos al empresario para que pueda asumir personalmente la actividad de prevención, que deben ser cumplidos de manera acumulada, van dirigidos a garantizar la eficacia de este modelo de organización.

En primer lugar, es necesario que la empresa cuente con una plantilla de hasta diez, por tanto ahora después de la reforma del art. 30.5 LPRL por la Ley 25/2009 la plantilla de la empresa no debe ser superior a diez trabajadores.

¹⁰⁸⁵ Así son denominados específicamente por el legislador, a diferencia de la asunción personal por el empresario y del nombramiento por éste de uno o varios trabajadores para que se ocupen de las tareas preventivas en la empresa. Lo que ocurre es que se exige un menor número de requisitos para la constitución de estas modalidades de gestión técnico preventiva, en base a la menor complejidad de tareas que son asumidas por ellas, puesto que han sido diseñadas exclusivamente para pequeñas empresas que desarrollen actividades consideradas de escasa peligrosidad.

Para realizar el cómputo del número de trabajadores que deben tenerse en cuenta hay que acudir a lo previsto por la regulación normativa a la hora de concretar la representación que proporcionalmente corresponde de delegados de prevención, aplicando las reglas previstas en el art. 72.2 ET¹⁰⁸⁶ y en el 35.3 LPRL¹⁰⁸⁷. Los citados preceptos introducen como criterio distintivo las diferentes modalidades contractuales que pueden convivir en la empresa y contemplan las peculiaridades que entraña la contratación temporal o a tiempo parcial, diferenciando entre trabajadores fijos de plantilla, trabajadores temporales con contrato de duración superior a un año y trabajadores temporales con contrato de duración igual a un año¹⁰⁸⁸.

El número de trabajadores hace referencia, en cualquier caso, a la empresa en general. Por ello, el empresario debe acudir a alguna otra modalidad de prevención si existen distintos centros de trabajo y la suma de las plantillas del conjunto supera el techo numérico de diez trabajadores, o cuando el empresario, aún sin superar este número de trabajadores, desarrolla de forma habitual su actividad profesional en un solo centro de trabajo y no en el resto, porque lo que se está exigiendo con la expresión “habitual” es una presencia física del empresario de manera continuada. Aunque no existe ningún impedimento para que el empresario lleve a cabo personalmente la actividad preventiva en el centro de trabajo en el que desarrolle su actividad

¹⁰⁸⁶ “Representantes de quienes presten servicios en trabajos fijos discontinuos y de trabajadores no fijos”. 2. “... , a efectos de determinar el número de representantes, se estará a lo siguiente: a) Quienes presten servicios en trabajos fijos discontinuos y los trabajadores vinculados por contrato de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla b) Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la convocatoria de la elección. Cada doscientos días o fracción se computarán como un trabajador más”.

¹⁰⁸⁷ “A efectos de determinar el número de delegados de prevención se tendrán en cuenta los siguientes criterios: a) Los trabajadores vinculados por contratos de duración determinada superior a un año se computarán como trabajadores fijos de plantilla. b) Los contratados por término de hasta un año se computarán según el número de días trabajados en el período de un año anterior a la designación. Cada doscientos días trabajados o fracción se computarán como un trabajador más”.

¹⁰⁸⁸ El silencio del art. 35.3 LPRL respecto de los trabajadores contratados a tiempo parcial, en cualquiera de sus variantes permite interpretar que dentro del concepto legal trabajadores entran todos ellos al mismo nivel que los contratados a tiempo completo, en este sentido véase SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F.: Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 140.

profesional y que para el resto de centros de trabajo acuda a otra modalidad preventiva¹⁰⁸⁹.

También debe poseer la capacidad correspondiente a las funciones preventivas que va a realizar. Ello significa que esta capacidad estará directamente relacionada con los riesgos a los que estén expuestos los trabajadores y la peligrosidad de las actividades que se lleven a cabo en la empresa¹⁰⁹⁰.

En segundo lugar, es necesario que el tipo de actividad desarrollada por la empresa, no esté incluida dentro de las señaladas como peligrosas por el Anexo I del RSP. Se trata éste de otro de los requisitos recogidos por el art. 11.1 b) del RSP para que el empresario pueda asumir personalmente la actividad preventiva¹⁰⁹¹.

5.2.5 Funciones de los servicios de prevención

Los servicios de prevención se definen por el art. 31.2 LPRL, como “el conjunto de medios humanos y materiales necesarios para la realización de las actividades preventivas, asesorando al empresario, a los trabajadores y a sus

¹⁰⁸⁹ Ello supone que la diferencia del ámbito locativo de actuación entre la asunción directa por el empresario de la gestión de la actividad preventiva y la constitución de un servicio propio o ajeno se traduzca en la imposibilidad de que el empresario pueda asumir la actividad preventiva de un centro de trabajo donde no desarrolla habitualmente actividad productiva personalmente, mientras que los servicios de prevención propios y los ajenos pueden abarcar en su ámbito de actuación a todos los centros de trabajo integrados en una empresa; en este sentido, LUQUE PARRA, M.: La organización de la prevención en la empresa, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 30.

¹⁰⁹⁰ El punto de partida para concretar el nivel preventivo adecuado a cada empresa, será la evaluación inicial de riesgos y en función de los detectados y de la peligrosidad de las actividades (que no sean de las señaladas en el Anexo I) determinar si la capacidad que acredita el empresario es adecuada para el desarrollo de las funciones preventivas.

¹⁰⁹¹ El Anexo I, señala de manera exhaustiva los trabajos y actividades considerados peligrosos, cuyo desempeño va acompañado de un alto riesgo para los trabajadores, procedente del agente que interviene en el proceso productivo: radiaciones ionizantes, agentes tóxicos y muy tóxicos, productos químicos de alto riesgo, biológicos y explosivos; del medio físico en que se desarrolla el trabajo: minería, sondeos, actividades en inmersión bajo el agua, construcción, excavaciones; por los agentes que se producen en la realización del trabajo: gases comprimidos, polvo silíceo en concentraciones elevadas, alta tensión; o, por la industria concreta: siderúrgica, construcción naval. Cuando en la empresa se realice una de las actividades de la lista que, con carácter cerrado, se recoge en el Anexo I, no podrá el empresario asumir las tareas preventivas, aunque la empresa tenga menos de seis trabajadores.

representantes y a los órganos de representación especializados” y por el art. 10.2 RSP, como “el conjunto de los medios humanos y materiales de la empresa necesarios para la realización de la actividad preventiva” –servicio de prevención propio– y “el prestado por una entidad especializada que concierte con la empresa la realización de actividades de prevención, el asesoramiento y apoyo que precise en función de los tipos de riesgos o ambas actuaciones conjuntamente” –servicio de prevención ajeno–.

La definición que proporciona el Reglamento introduce cierta confusión acerca de la modalidad preventiva que debía ocuparse del asesoramiento y apoyo al empresario en la realización de la actividad preventiva ya que expresa que el servicio de prevención externo es al que le compete la función de asesoramiento. Sin embargo, en principio, donde la Ley no distingue tampoco debería hacerlo el Reglamento. Y es que el art. 31 LPRL aclara que a todos los servicios de prevención, tanto a los propios como a los ajenos, les corresponde idénticas funciones: llevar a cabo actividades de prevención, asesorando y asistiendo al empresario en al menos las materias que el propio art. 31.3 LPRL señala. Lo que ocurre es que los servicios de prevención externos pueden realizar funciones de prevención o de asesoramiento y apoyo o, bien, todas ellas de manera conjunta¹⁰⁹².

La Ley 25/2009 introduce un nuevo párrafo final dentro del art. 31.3 LPRL para determinar que esta función de asesoramiento y apoyo del servicio de prevención que precise la empresa, le corresponde al servicio de prevención ajeno sólo en el supuesto de que la empresa no lleve a cabo las actividades preventivas con recursos propios, es decir mediante trabajadores designados o a través de un servicio de prevención propio. Aunque abre la posibilidad a que en un futuro estas funciones puedan ser atribuidas legal o reglamentariamente también a otras entidades u organismos.

Y concreta en el apartado d) del art. 31.3 LPRL que el contenido y alcance de la información y formación que debe proporcionarse a los trabajadores

¹⁰⁹² Tanto unos como otros son instrumentos del empresario, dependen de él y a ambos les vienen asignadas las mismas tareas en el art. 31.1 LPRL y en los arts. 35, 36, y 37 RSP, tendrá sentido esta diferenciación cuando se acumulan dos modalidades. Cfr. GONZÁLEZ ORTEGA, S., MORENO MÁRQUEZ, A. y FERNÁNDEZ PERDIDO, F.: Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, p. 96.

por el servicio de prevención será el previsto en los arts. 18 y 19 LPRL. Se delimita, de este modo, la magnitud del contenido de la información y formación que deben recibir los trabajadores en correspondencia con la función que desempeña el servicio de prevención en la empresa.

La lógica de esta medida se encuentra en que si el servicio de prevención es el instrumento que emplea la LPRL para que el empresario pueda cumplir con su deber de actuación preventiva, entonces la acción que completa las funciones asignadas por la Ley a los servicios de prevención es precisamente la de informar y, en su caso, formar a los trabajadores sobre las específicas medidas que él mismo se ocupa de desarrollar en la empresa.

5.2.6 La simplificación del deber de actuación preventiva

La Ley 25/2009 introduce un nuevo apartado 2 bis al art. 16 LPRL por el que abre la posibilidad a que las empresas, en atención al número de trabajadores y a la naturaleza y peligrosidad de las actividades realizadas, podrán realizar el plan de prevención de riesgos laborales, la evaluación de riesgos y la planificación de la actividad preventiva de forma simplificada, siempre que ello no suponga una reducción del nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores y en los términos que reglamentariamente se determinen.

El futuro desarrollo reglamentario concretará las condiciones y alcance de la simplificación, el número de trabajadores, los sectores o actividades a los que va dirigida, el nivel de peligrosidad permitido así como el deber de actuación preventiva que deben cumplir, todo ello para que la simplificación no suponga una reducción del nivel de protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Se traslada de este modo a la normativa preventiva una concreta línea de actuación contenida en la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo (2007-2012) dirigida a la mejora y eficacia del cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por las PYME.

Puesto que no es esencial en materia preventiva la presencia de mayor o menor número de trabajadores en el ámbito de trabajo, ya que lo que debe prevalecer a la hora de diseñar la estrategia preventiva de la empresa es la capacidad que ésta tenga para generar riesgos, porque el número de trabajadores no es correlativo al nivel de seguridad.

Precisamente, en el entorno de las PYME donde hay un importante volumen de trabajadores prestando servicios se desarrolla, sin embargo, una escasa política preventiva empresarial derivada, en gran medida, de la existencia de una exigencia normativa de deber de actuación preventiva inadecuada y no proporcionada en comparación con el nivel de riesgos que la empresa genera. Si a esta circunstancia se le adiciona el hecho de que este tipo de empresas se caracterizan por una escasa presencia de estructuras representativas de los trabajadores que estimulen la adopción de medidas de seguridad, y a ello además que existe una baja participación de los trabajadores en cursos formativos que impiden un nivel adecuado de información del trabajador sobre los medios de seguridad adecuados para combatir los riesgos que genera su actividad profesional o el propio entorno donde la desarrollan. Todo este cúmulo de circunstancias provoca que se generalice en este ámbito un alto desinterés de los trabajadores en la utilización correcta de medios de protección. Y, puede que sea lo que está provocando que en las pequeñas empresas es donde, tradicionalmente, las tasas de siniestralidad se muestren más elevadas¹⁰⁹³.

Esta simplificación que ahora se anuncia en el art. 16.2 bis) LPRL también profundiza en la misma línea de actuación iniciada con la reforma de la legislación sobre prevención de riesgos laborales por la ley 54/2003, en cuanto al objetivo de reducir en la aplicación de la normativa preventiva el cumplimiento de requisitos formales. Esta carga en la gestión de la empresa pesa aún más en aquellas empresas que tienen un reducido volumen de trabajadores y que además no desarrollan actividades consideradas peligrosas, de manera que a través de la simplificación se trata de eliminar obstáculos innecesarios para así fomentar el cumplimiento de la normativa preventiva.

¹⁰⁹³ Las pequeñas empresas son las que vienen registrando peores índices en relación con la siniestralidad laboral, los datos revelados por el Ministerio de Trabajo sobre siniestralidad laboral del año 2008 indican que las empresas de menos de 100 trabajadores registraron el 69% del total de accidentes mortales clasificados por tamaño de empresa y las de menos de 50 trabajadores, el 62% de los accidentes mortales. De los accidentes graves, el 76% lo aglutinan las de menos de 100 trabajadores y el 67% las de menos de 50 trabajadores. Los datos que revelan los resultados de siniestralidad laboral de 2007 no son más positivos para las pequeñas empresas, puesto que aunque disminuye el número total de accidentes este descenso no es muy acusado en el número de accidentes graves y se mantiene prácticamente el mismo volumen de accidentes mortales. Los datos sobre siniestralidad laboral en el año 2008 pueden consultarse en la página <http://www.mtin.es/estadisticas>.

5.3 COMPETENCIAS Y FACULTADES DEL COMITÉ DE SEGURIDAD Y SALUD

Se amplían las competencias y facultades que corresponden al comité de seguridad y salud señaladas en el art. 39.1 LPRL en cuanto a su participación en la elaboración, puesta en práctica y evaluación de los planes y programas de prevención de riesgos en la empresa.

En su labor de asesoramiento al empresario en los asuntos relativos a la prevención de riesgos laborales que corresponden al comité de seguridad y salud, se debatirá en su seno antes de su puesta en práctica y en lo referente a su incidencia en la prevención de riesgos: la elección de la modalidad organizativa de la empresa y, en su caso, la gestión realizada por las entidades especializadas con las que la empresa hubiera concertado la realización de actividades preventivas.

5.4 EQUIPARACIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO A LAS EMPRESAS CONTRATISTAS QUE ACTÚEN EN EL SECTOR DE LA CONSTRUCCIÓN

Se introduce un segundo párrafo al art. 4.4 de la Ley 32/2006, de 18 de octubre, reguladora de la subcontratación en el Sector de la Construcción para extender a las cooperativas de trabajo asociado la aplicación del deber de contar con un número de trabajadores contratados con carácter indefinido cuando su actividad consista en ser contratadas o subcontratadas habitualmente para la realización de trabajos en obras del sector de construcción. Se equiparan, a estos efectos, los trabajadores asociados a los trabajadores por cuenta ajena a los que quedan asimilados por la Ley en los términos que se determinen reglamentariamente.



Addenda

**La transposición de
la Directiva de Servicios
en Portugal**

SUMARIO

1. La Directiva Servicios. 1.1 De la propuesta Bolkestein a la Directiva Servicios. **2. Pilares de la reglamentación de la Directiva Servicios.** 2.1 Facilitar la libertad de establecimiento y la libertad de circulación de servicios: la directriz de simplificación administrativa. 2.1.1 *Eliminación de restricciones y trabas al establecimiento de prestadores de servicios.* 2.1.2 *Eliminación de restricciones y trabas a la libre circulación de servicios.* 2.1.3 *Establecimiento de una Ventanilla Única.* 2.1.4 *Implementación de procedimientos administrativos electrónicos.* 2.2 Garantía de la calidad y de la protección de los destinatarios de los servicios. 2.3 Cooperación administrativa. **3. Metodologías de ejecución de la Directiva de Servicios.** **4. Los trabajos de ejecución y de transposición de la Directiva de Servicios en Portugal.** 4.1 Estructura organizativa. 4.2 Inventario y evaluación de las regulaciones existentes. 4.3 Creación y puesta en práctica de la Ventanilla Única Electrónica. 4.4 Texto legislativo de transposición. 4.5 Cooperación administrativa en las tareas de control

LA TRANSPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN PORTUGAL

Pedro Antonio Pimenta da Costa Goncalbes
*Profesor de la Facultad de Derecho
Universidad de Coimbra*

1. La Directiva Servicios

La Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante DS), pretende establecer un principio de libre acceso a los mercados de servicios en la Unión Europea. La reglamentación que acoge se integra en el espíritu y surge en el proceso de la “Nueva estrategia de Lisboa para el crecimiento y el empleo”¹⁰⁹⁴; su concreción en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros aparece como una prioridad europea y nacional.

De acuerdo con lo establecido en su artículo 1º, en la Directiva “se establecen las disposiciones generales necesarias para facilitar el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, manteniendo, al mismo tiempo, un nivel elevado de calidad en los servicios”.

Nos encontramos, de este modo, ante una reglamentación comunitaria de *carácter liberalizador y simplificador* que fundamentalmente persigue combatir y suprimir los obstáculos legales y reglamentarios que pudieran existir en lo relativo al acceso o al desarrollo de actividades en los merca-

* Traducción del portugués de Dámaso Javier Vicente Blanco.

¹⁰⁹⁴ Comunicación de la Comisión «Trabajando juntos por el crecimiento y el empleo - Relanzamiento de la estrategia de Lisboa»; COM(2005) 24, de 2 de febrero de 2005.

dos nacionales de prestación de servicios, comprendiendo tanto la *prestación de servicios ya establecida* como la *prestación de servicios aún no establecida*. De manera instrumental en relación con esa finalidad primaria de carácter liberalizador, la DS, en una dimensión de simplificación administrativa, impone el establecimiento, en cada Estado miembro, de una Ventanilla Única, así como la adopción de procedimientos administrativos electrónicos.

Por otra parte, con un objetivo autónomo de *protección de los derechos de los destinatarios de servicios*, la DS establece reglas sobre la información y la asistencia que debe prestarse a los destinatarios, la solución de controversias entre prestadores y destinatarios, los seguros de responsabilidad profesional, así como, en general, sobre la calidad de los servicios prestados. Se trata, en este caso, de normas que persiguen regular el contexto de la relación jurídica que se desarrolla entre los prestadores de servicios y de los destinatarios, es decir, personas que utilizan o tienen intención de utilizar un servicio para fines profesionales o de otro tipo.

En tercer lugar, la DS establece un sistema de *cooperación administrativa y asistencia mutua* entre el administraciones de los Estados miembros, especialmente en lo que respecta a al *control* de los prestadores de servicios.

Con el fin de lograr los objetivos referidos, la DS tiene una pretensión de aplicación general, de carácter pretendidamente universal, comprendiendo, por ejemplo, los *servicios de interés económico general* o los servicios prestados en el marco de *profesiones reguladas*. Estableciendo expresa y taxativamente los servicios que quedan fuera de su ámbito de aplicación (artículos 2º, nº 2, 17º y 18º), la DS expresa su intencionalidad de aplicación universal. Tomando en consideración esa vocación de aplicación generalizada, y dada la circunstancia de que muchas actividades de prestación de servicios han sido ya objeto de reglamentación específica en el Derecho comunitario, se hace necesario llamar la atención en la norma sobre la relación de la DS con otras disposiciones del Derecho comunitario (artículo 3.º): en los términos de ésta, en *caso de conflicto* entre las normas de la DS y cualquier otro instrumento del Derecho comunitario (v.g., Directiva 2005/36/CE, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales), se aplican las reglas específicas, sectoriales, en detrimento de las reglas generales de la DS. Así, se impone, en este contexto, un principio de pri-

macía de la reglamentación especial o sectorial sobre la reglamentación general¹⁰⁹⁵.

Cabe decir por último en esta introducción que la DS debería haber sido objeto de transposición y aplicación por los Estados miembros antes del 28 de diciembre de 2009.

1.1 DE LA PROPUESTA *BOLKESTEIN* A LA DIRECTIVA SERVICIOS

La DS, aprobada definitivamente en Diciembre de 2006, tuvo en su origen la propuesta presentada, en Enero de 2004, por el Comisario Europeo para el Mercado Interno, *Frits Bolkestein*. Ese documento, en su versión inicial, fue objeto de ácidas discusiones en varios Estados europeos, haciéndose famosa, sobre todo en Francia, la polémica sobre el “fontanero polaco”. La cuestión más debatida se refería a la adopción del llamado “principio del país de origen”, que constituía un aspecto nuclear de la propuesta: de acuerdo con ese principio, el derecho aplicable a una prestación de servicios sería el derecho del Estado miembro en que el prestador se encuentra establecido, del que es originario, y no el derecho del Estado en que el servicio es efectivamente prestado. Al respecto, se acusó a la propuesta de provocar un efecto de “*dumping* jurídico”, quedando asociada a un liberalismo desenfrenado y salvaje: los prestadores establecidos en los Estados con una reglamentación menos exigente tendrían una *ventaja concurrencial*, originándose una tendencia hacia la “nivelación por bajo”. A causa de múltiples rechazos, el principio del país de origen llegaría a ser abandonado, en la fase de negociaciones, y la versión final de la DS acabó, en ese punto y en otros, por aparecer muy diferente de la versión propuesta¹⁰⁹⁶.

¹⁰⁹⁵ En relación con las profesiones reglamentadas (v.g., abogado, economista, ingeniero, revisor oficial de cuentas, médico, médico veterinario), cuyo ejercicio requiere cualificaciones profesionales, la DS no afecta a la vigencia de la Directiva 2005/36/CE; pero, hay materias que pasa ahora a disciplinar la DS (porque no están en conflicto con aquella Directiva de 2005): posibilidad de exigencia de seguro de responsabilidad profesional (artículo 23º), nuevas reglas sobre las comunicaciones comerciales (artículo 24.º) simplificación administrativa (artículos 5º y 6º) y prestación de informaciones (artículo 7º y 21º).

¹⁰⁹⁶ En Portugal, sobre la propuesta *Bolkestein* y sus “soluciones ultra-liberales” que no pasaron a la DS, cf. João Nuno Calvão da Silva, *Mercado e Estado (Serviços de Interesse Económico Geral)*, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 274 y ss.

2. Pilares de la reglamentación de la Directiva Servicios

En una síntesis que busque recoger lo esencial de la Directiva, puede decirse que hay tres ejes o pilares en la reglamentación de la DS:

- i) facilitar la libertad de establecimiento de los prestadores y la libre circulación de los servicios;
- ii) la garantía de la calidad de los servicios y de la protección de los destinatarios; y
- iii) el establecimiento de mecanismos de cooperación administrativa entre los Estados miembros. En gran medida, el resto de disposiciones de la DS giran, de forma más o menos instrumental, en torno a estos pilares de la reglamentación; en estricto rigor, sobre todo, en torno a los dos primeros.

2.1 FACILITAR LA LIBERTAD DE ESTABLECIMIENTO Y LA LIBERTAD DE CIRCULACIÓN DE SERVICIOS: LA DIRECTRIZ DE SIMPLIFICACIÓN ADMINISTRATIVA

Ya vimos que la DS anuncia de inmediato, en los términos del artículo 1º, nº 1, que su objetivo es establecer disposiciones que faciliten el ejercicio de la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios.

Comprende, en consecuencia, tanto *el establecimiento de los prestadores* en un Estado miembro, como la *prestación de servicios* por prestadores (personas singulares o colectivas) que persiguen desarrollar actividades de prestación de servicios en un Estado miembro en el que no se encuentran establecidos¹⁰⁹⁷.

A efectos de esta normativa, y en una línea coherente con diversos instrumentos del Derecho comunitario, la DS define los servicios como “cualquier

¹⁰⁹⁷ Como se explica en el considerando nº 5 de la DS, los obstáculos en el mercado interno de los servicios afectan tanto los operadores que pretenden establecerse en otros Estados miembros como a aquéllos que prestan servicios en otro Estado miembro sin que se establezcan allí; además de eso, se explica también que los prestadores deberán estar en condiciones de elegir entre las dos libertades, en función de su estrategia de desarrollo en cada Estado miembro.

actividad económica por cuenta propia, prestada normalmente a cambio de una remuneración". Queda comprendida, por tanto, cualquier actividad económica (ejercida en pago de una remuneración, de una contrapartida económica) que se traduzca en la prestación de un servicio por una persona singular o colectiva que actúa *por cuenta propia*¹⁰⁹⁸. Como ya se observó, las excepciones (servicios no comprendidos) son reducidas en términos taxativos.

Se incluyen, por otro lado, los servicios prestados a empresas (v.g., consultoría en gestión, mantenimiento de oficinas, servicios de agentes comerciales) y/o a consumidores (v.g., servicios de consultoría jurídica o fiscal, en el dominio del turismo, de la construcción, del alquiler de automóviles, de las agencias de viajes, etc.). La DS tiene por lo tanto una implicación universal, en todo lo que dice respecto a la regulación de *actividades económicas de prestación de servicios*¹⁰⁹⁹.

La realización del primer objetivo fundamental de la DS presupone directamente la eliminación de trabas u obstáculos legales y administrativos a la realización práctica de las libertades mencionadas: esto se desarrolla en el marco de un sistema de *simplificación administrativa*.

De hecho, puede presentarse bajo el apelativo de simplificación administrativa el instrumento decisivo para poner en aplicación el objetivo de facilitar la libertad de establecimiento de prestadores y la libre circulación de servicios. A través de la DS llega una exigencia general en el sentido de una *simplificación* que debe traducirse, en la práctica, fundamentalmente en el ámbito del procedimiento administrativo¹¹⁰⁰.

¹⁰⁹⁸ Del concepto quedan, pues, excluidas las *actividades asalariadas*, ejercidas en el marco de una relación laboral, así como, por ejemplo, las *actividades industriales* o actividades productivas similares.

¹⁰⁹⁹ En estos términos, cf. Winfried Kluth, "Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf die Handwerks- und Gewerbeordnung", in Stefan Leible (ed.), *Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie - Chancen und Risiken für Deutschland*, Bayreuther Studien zum Wirtschafts- und Medienrecht, JWV - Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2008, pp. 131-154.

¹¹⁰⁰ Sobre las implicaciones de la DS en el ámbito del Derecho del procedimiento administrativo, cf., en el Derecho alemán, Alexander Windoffer, "Die Gesetzgebungsvorhaben des Bundes und der Länder zur verwaltungsverfahrenrechtlichen Umsetzung der EG- Dienstleistungsrichtlinie", *DöV*, 2008, pp. 797-801.

La DS se orienta pues en el sentido de la concreción de las libertades de establecimiento y de circulación de servicios. Esta concreción pasa por la eliminación de restricciones y trabas de variada índole. Si, como resulta de los tratados y de la jurisprudencia, las referidas libertades no están exentas de límites y de restricciones, la verdad es que, en la línea del Derecho comunitario, la DS, en varios aspectos, fija “límites a los límites” (*Shranken-Schranken*)¹¹⁰¹.

2.1.1 Eliminación de restricciones y trabas al establecimiento de prestadores de servicios

La simplificación administrativa surge, aquí, en el sentido de *desregulación* y hasta de *liberalización* del acceso a los mercados nacionales de la prestación de servicios (por vía del ejercicio del derecho de establecimiento): he ahí lo que lleva a la DS a establecer una regla en el sentido de la *subsidiariedad*¹¹⁰² o aún de *excepcionalidad*¹¹⁰³ de los regímenes de autorización (cf. artículos 9º, nº 1).

En los casos en los que se admite el establecimiento de un régimen de autorización, la DS impone una técnica de carácter liberalizador en cuanto a las condiciones de concesión de la autorización (erradicando la discrecionalidad de la Administración en la decisión sobre su concesión), prohibiendo la exigencia de determinados requisitos y determinando la evaluación de la con-

¹¹⁰¹ Cf. Rudolf Streinz, “Die Ausgestaltung der Dienstleistungs- und Niederlassungsfreiheit durch die Dienstleistungsrichtlinie - Anforderungen an das nationale Recht, in Stefan Leible, *cit.*, pp. 97-129 (100).

¹¹⁰² Como se sabe, uno de los rasgos más conocidos de las políticas de simplificación administrativa consiste en la abolición de los regímenes de autorización y su sustitución por procedimientos de comunicación previa - cf. Pedro Costa Gonçalves, *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, 2005, pp. 201 y ss.

¹¹⁰³ Además, téngase en cuenta que la necesidad de un régimen de autorización debe ser justificada por una razón imperiosa de interés general - artículo 9º, nº 1, al. b). La exigencia de una justificación en estos términos para la adopción de regímenes de autorización denota una inclinación muy clara de la DS en el sentido de la abolición de procedimientos de control público preventivo (en una línea ya iniciada, por ejemplo, en el sector de las comunicaciones electrónicas, con la figura de la autorización general, instituida por la Directiva 2002/21/CE; cf. Pedro Costa Gonçalves, “Regulação das comunicações electrónicas”, in *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*, Coimbra, Coimbra Editora, p. 203). Sobre o sentido da exigência de justificação dos regimes de autorização, cf. Kluth, *cit.*, p. 147.

formidad de los requisitos existentes (artículo 15º); además, se exige que la petición de autorización se responda en un plazo máximo, asociando a la ausencia de respuesta una “presunción de aceptación” (artículo 13º, nº 4); establece también que la autorización no debe tener una duración limitada (admitiendo, no obstante, que el derecho nacional pueda prever la *revocación* (11º, nº 4) –o *caducidad*– de autorizaciones, cuando dejen de cumplirse las condiciones que motivaron la concesión de las mismas). Por otro lado, establece que, cuando, debido a la escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas que se puedan utilizar, haya una previa *limitación* del acceso a una actividad de prestación de servicios, los Estados miembros deben adoptar procedimientos transparentes de selección (estableciéndose que, en este caso, la autorización debe tener una duración limitada y no puede ser renovada: artículo 12º).

Sin presuponer la *eficacia jurídica transnacional*¹¹⁰⁴ –asociada al *principio de reconocimiento mutuo* de títulos– de las autorizaciones conferidas a los prestadores de servicios por un Estado miembro¹¹⁰⁵, la DS establece, no obstante, el principio según el cual no debe haber *duplicación o solapamientos* de las condiciones de concesión de autorización relativas a un nuevo establecimiento y los requisitos y los controles equivalentes, o esencialmente comparables en cuanto a la finalidad, a que el prestador ya fue sometido en otro (o hasta en el mismo) Estado miembro (artículo 10º, nº 3)¹¹⁰⁶.

¹¹⁰⁴ Sobre la figura del acto *administrativo transnacional*, construido por la doctrina alemana, *cf.*, por último, R. Bocanegra Sierra, J. García Luengo, “Los actos administrativos transnacionales”, *Revista de Administración Pública*, nº 177, 2008, pp. 9-29.

¹¹⁰⁵ Sobre la eficacia en el territorio nacional del Estado miembro autorizante, *cf.* artículo 10º, nº 4; adviértase que se trata preceptivamente de una eficacia “en todo” el territorio nacional.

¹¹⁰⁶ En rigor, el rechazo de la eficacia transnacional de las autorizaciones explica el cuidado de la DS en la definición de los requisitos de los regímenes nacionales de autorización. Debe decirse, sin embargo, que el hecho de no establecerse un modelo de *autorización transnacional* conduce a la adopción de soluciones de liberalización que, en cada Estado miembro, acaban por beneficiar a los propios prestadores nacionales (que también ganan con la facilitación y la simplificación administrativa). En este sentido, el objetivo de la Directiva no consiste sólo en la facilitación de la libre “circulación” de servicios, sino también en la facilitación del acceso a una actividad de servicios, a través del ejercicio del *derecho de establecimiento* de prestadores (nacionales y no nacionales).

2.1.2 Eliminación de restricciones y trabas a la libre circulación de servicios

En cuanto a la prestación de servicios en un Estado miembro por prestadores establecidos en otro Estado miembro diferente, la DS adopta el principio según el cual este último Estado “asegurará la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio” (artículo 16º, nº 1, párrafo 2º).

Al contrario de lo que, como vimos, sucede con la libertad de establecimiento, la DS establece ahora normas que benefician, en primer lugar, a los “prestadores no nacionales”, orientándose pues en el sentido de la realización de la *libertad de circulación* (y no sólo en el sentido de la *libre prestación* de servicios). El objetivo de la regulación consiste, en el fondo, en la eliminación de cualquier medida que pueda poner en cuestión una exigencia de igualdad de tratamiento de los prestadores de servicios con independencia del Estado miembro en que se encuentren establecidos. Así se contempla que los Estados miembros no deben condicionar el acceso o el ejercicio de actividades en el sector de los servicios en su territorio al cumplimiento de cualquier requisito que no respete los siguientes principios:

- a) *No discriminación*: el requisito no puede ser directa o indirectamente discriminatorio por razón de la nacionalidad o, en lo que respecta a las personas jurídicas, por razón del Estado miembro en que están establecidas;
- b) *Necesidad*: el requisito tiene que ser justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente;
- c) *Proporcionalidad*: el requisito tiene que ser adecuado para garantizar la consecución del objetivo proseguido, no pudiendo ir más allá de lo necesario para alcanzarlo.

Por su parte, en el artículo 16º, nº 2, la DS clarifica que los Estados miembros no pueden restringir la libertad de prestación de servicios de un prestador establecido en otro Estado miembro a través de la imposición de alguno de los siguientes requisitos:

- a) Obligación del prestador de tener un establecimiento en el territorio respectivo;
- b) Obligación del prestador de obtener una autorización de las autoridades competentes oportunas, incluyendo la inscripción en un registro o en una agrupación o asociación profesional en el territo-

rio concerniente, excepto en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de derecho comunitario¹¹⁰⁷;

- c) Prohibición al prestador de dotarse, en el territorio respectivo, de una determinada forma o tipo de infraestructura, incluyendo una oficina o un despacho, necesario para el cumplimiento de las prestaciones en cuestión;
- d) Aplicación de un régimen contractual específico entre el prestador y el destinatario que impida o limite la prestación de servicios por cuenta propia;
- e) Obligación del prestador de poseer un documento de identidad específicamente destinado al ejercicio de una actividad de servicios emitido por las autoridades competentes oportunas;
- f) Requisitos que afecten a la utilización de equipamiento y material que formen parte integrante del servicio prestado, salvo que sean necesarios para la protección de la salud y de la seguridad en el trabajo;
- g) Restricciones a la libertad de prestación de servicios referidas en el artículo 19º (“restricciones prohibidas” en las relaciones con los destinatarios de los servicios).

2.1.3 Establecimiento de una Ventanilla Única

Una otra vía de establecimiento de mecanismos de simplificación administrativa pasa por garantizar que el prestador de servicios disponga, en cada Estado, de un interlocutor único, consecuencia de lo cual pueda cumplir todos los procedimientos y formalidades exigidos para establecerse o para ejercer su actividad, así como acceder a toda la información administrativa de que carezca al efecto: a ese interlocutor la DS le atribuye la denominación de Ventanilla Única (artículo 6º).

¹¹⁰⁷ La DS adopta, en este punto, un *principio de reconocimiento mutuo*, en el sentido de que los prestadores autorizados en un determinado Estado miembro para prestar servicios pueden hacerlo en los otros Estados-Miembros, sin que estos puedan, en principio, exigir una nueva autorización. Puede aludirse aquí a la acogida de un *principio de la suficiencia del cumplimiento de la legislación del Estado miembro de establecimiento*.

La Ventanilla Única se plantea, pues, como una especie de “compañero procedimental” (*Verfahrenspartner*) del prestador de servicios, que se coloca como un punto de contacto único y universal para todas las cuestiones relacionadas con el establecimiento del prestador o con la prestación del servicio¹¹⁰⁸. La Ventanilla Única no tiene que ser un única, en el sentido de que en cada Estado miembro exista sólo una: lo que importa es que haya un interlocutor único desde el punto de vista del prestador que quiere ejercer una determinada actividad –así, por ejemplo, para el establecimiento de prestadores de servicios “de agencias de viajes” tendrá que existir una Ventanilla Única; pero ésta puede no servir ya como Ventanilla para el establecimiento de prestadores de servicios “funerarios”–.

Por otro lado, la DS aclara que la institución de la Ventanilla Única no perjudica las atribuciones y las cualificaciones de las diferentes autoridades nacionales a las que incumben la regulación y fiscalización de las actividades de servicios: se deja así claro que la Ventanilla Única representa un mero “punto de contacto” (*point of single contact*), que funciona bajo la responsabilidad de una autoridad pública, sin constituir un nuevo centro de decisión administrativa.

2.1.4 Implementación de procedimientos administrativos electrónicos

La DS exige también que los Estados miembros adopten procedimientos de carácter electrónico, para la recepción de solicitudes de autorización y de información administrativa, así como para la concesión y la notificación de autorizaciones o de cualquier decisión relevante (artículo 8.º). Estos procedimientos electrónicos deben operar a través de la Ventanilla Única, pareciendo pues adecuado aludir a la exigencia del establecimiento de una *Ventanilla Única Electrónica*.

¹¹⁰⁸ Sobre la institución de la Ventanilla Única, cf. Alexander Windoffer, “Die Implementierung einheitlicher Ansprechpartner nach der EU-Dienstleistungsrichtlinie”, *NVwZ*, 2007, pp. 495-501; *idem*, “Das System des einheitlichen Ansprechpartners”, in Stefan Leible, *cit.*, pp. 25-42; Utz Schliesky, “Der einheitliche Ansprechpartner und die Grenzen der Verbandskompetenz”, *ibidem*, pp. 43-72.

2.2 GARANTÍA DE LA CALIDAD Y DE LA PROTECCIÓN DE LOS DESTINATARIOS DE LOS SERVICIOS

Otro pilar de la DS se encuentra en la garantía de la calidad de los servicios y en la protección de los destinatarios y de sus derechos (artículo 19.º). Puesto que los servicios incluidos en la DS comprenden también los servicios prestados a las empresas (servicios empresariales) y no sólo a los consumidores, se adoptó la designación de “destinatario” para referirse a cualquier persona, física o jurídica, que utilice o pretenda utilizar, para fines profesionales o no, un servicio. Se trata así de un concepto más amplio que el de consumidor. Sin perjuicio de ello, puede decirse no obstante que la DS termina por tener un aspecto de defensa del consumidor (cuando sea esta la situación del destinatario)¹¹⁰⁹.

Para la protección de los destinatarios y en su beneficio, la DS establece un *derecho de información administrativa* (a través de la Ventanilla Única: artículos 7º y 21º, nº 2), imponiendo, por otro lado, a los prestadores de servicios el deber de suministrar determinadas informaciones a los destinatarios (artículo 22º). Además, autoriza a los Estados miembros a que exijan que los prestadores cuyos servicios presenten un riesgo directo y específico para la salud o la seguridad del destinatario suscriban un seguro de responsabilidad profesional adecuado a la naturaleza y dimensiones del riesgo (artículo 23º).

2.3 COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA

Un tercer eje de la regulación de la DS pasa por la puesta en práctica de mecanismos de cooperación administrativa y de asistencia mutua entre autoridades públicas de los Estados miembros (artículos 28º y siguientes). En los términos de la Directiva, los Estados miembros “se prestarán asistencia recíproca y tomarán medidas para cooperar de forma eficaz entre sí con el fin

¹¹⁰⁹ Así, cf. Wulf-Henning Roth, “Die Dienstleistungsrichtlinie und der Verbraucherschutz” in Stefan Leible, *cit.*, pp. 205-236.

de garantizar la supervisión de los prestadores y de sus servicios.”¹¹¹⁰. Para la puesta en práctica de los mecanismos de cooperación, los Estados miembros deben designar uno o más “puntos de contacto”, que serán las instancias nacionales que se responsabilizarán de responder a las solicitudes de asistencia y de información provenientes de otros Estados miembros. En gran medida, la cooperación tiene como objeto las tareas de control de los prestadores y de las actividades de prestación de servicios, sobre todo cuando la prestación de servicios se efectúe en un Estado miembro diferente de aquel en que el prestador se encuentra establecido: el principio asumido en la DS se orienta, en general, en el sentido de atribuir al “Estado miembro de establecimiento” la responsabilidad principal de control del prestador (cf. artículos 30.º y 31.º)¹¹¹¹. Se trata, en cierta forma, de instituir, en este punto, un modelo conforme con “el principio del país de origen”¹¹¹².

Como ya ha sido observado en la doctrina, este nuevo fenómeno de cooperación administrativa y de asistencia mutua entre administraciones públicas de diferentes Estados miembros –en el marco de un fenómeno de europeización “de la cooperación administrativa” y de institucionalización de un modelo de Administración Pública en red– conlleva varias consecuencias e implica múltiples cuestiones sensibles, por ejemplo, en el ámbito de la responsabilidad por la garantía de la legalidad administrativa o en lo relativo a la protección jurídica de los particulares¹¹¹³.

¹¹¹⁰ La DS tiene en vista, fundamentalmente, la cooperación y la asistencia mutua entre Estados miembros; a pesar de algunas reglas con sentido diferente (por ejemplo, artículo 34.º). La DS se asienta en el paradigma de que el control de los prestadores de servicios constituye una responsabilidad nacional. En general, no parece que estemos aquí ante el fenómeno de la actuación administrativa nacional en función comunitaria. Para el análisis de éste, cf. Lorenzo Saltari, *Amministrazione nazionali in funzione comunitaria*, Milán, Giuffrè, 2007, pp. 1 y ss.

¹¹¹¹ Cf. Stefan Korte, “Mitgliedstaatliche Verwaltungskooperation und private Eigenverantwortung beim Vollzug des europäischen Dienstleistungsrechts”, *NVwZ*, 2007, p. 501-508.

¹¹¹² En el sentido de que el “Estado miembro de establecimiento” surge como una designación que la DS atribuye al “principio del país de origen” en el contexto de la cooperación administrativa, cf. Christoph Ohler, “Verfassungsrechtliche Fragen des europäischen Amtshilfe”, in Stefan Leible, *cit.*, pp. 157-173 (162).

¹¹¹³ Sobre este punto, cf. en particular Utz Schliesky, *Die Europäisierung der Amtshilfe*, Berlín, Boorberg Verlag, 2008, pp. 29 y ss.

3. Metodologías de ejecución de la Directiva de Servicios

La exposición anterior permite comprender que la tarea de ejecución de la DS por los Estados miembros no se limita a un mero trabajo de transposición legislativa. He ahí la razón de por qué consideramos adecuado aludir, en este ámbito, a las metodologías (en plural) de ejecución de la DS.

En una referencia sumaria, podemos indicar las siguientes metodologías en el marco de la ejecución o puesta en práctica nacional de la DS:

i. Aprobación de legislación general de carácter transversal

Una tarea que difícilmente podrá dejar de hacerse es la de la aprobación de un texto legislativo de carácter transversal, una especie de ley de bases o de ley marco, que discipline, entre otros aspectos, las reglas generales del procedimiento administrativo en materia de acceso a la información administrativa, de tramitación de los regímenes de autorización, de definición de los requisitos admitidos de autorización, el régimen de funcionamiento de la Ventanilla Única, la configuración nacional del modelo de cooperación administrativa, la imposición a los prestadores de servicios de la obligación de suministrar ciertas informaciones a los destinatarios de los servicios y, eventualmente, el régimen de sanciones en caso de incumplimiento por el prestador de las obligaciones que se le imponen. A pesar de no poderse anticipar su alcance exacto, la *intervención legislativa transversal* aparece como imprescindible.

ii. Inventariado y evaluación de la regulación existente

Otro aspecto de la ejecución de la DS pasa por un arduo y complejo trabajo de inventariado y de evaluación de la reglamentación existente (*screening; Normenprüfung*). Se trata, sobre todo, de examinar si los marcos normativos nacionales que disciplinan el acceso a los mercados de la prestación de servicios son conformes con las exigencias y los requisitos admitidos en la DS (v.g., exigencias previstas en los artículos 9º nº 1, 14º ó 15º). Esta obligación de evaluación se encuentra expresamente prevista, por ejemplo, en los artículos 9º, nº 2 , y 15º, nº 1 y 2.

iii. Adaptación de la regulación existente a la DS

El resultado de la evaluación puede revelar la *disconformidad* de la reglamentación nacional sobre acceso a los mercados de servicios

con la DS. Si fuera este el caso, los Estados miembros tendrán que proceder a las adaptaciones que se deparen necesarias. Al final del proceso, los Estados miembros habrán *modernizado y armonizado* sus reglamentaciones sobre el acceso a los mercados de servicios.

En este contexto, tiene lugar otra modalidad de puesta en práctica de la DS con carácter de transposición legislativa (*lato sensu*). Se trata, en este caso, de una *intervención legislativa sectorial o específica*.

iv. **Elaboración de informe con los resultados de la evaluación**

Además de los trabajos de revisión y de eventual (pero probable) adaptación de la reglamentación, los Estados miembros están obligados a presentar a la Comisión un informe que deberá incluir las informaciones sobre los procesos de *screening* y de adaptación, con la justificación de las medidas adoptadas.

v. **Medidas organizativas y prácticas**

Finalmente, pero no menos relevante, la DS exige también la adopción de medidas prácticas y de carácter organizativo, conectadas con la institución de la Ventanilla Única –y con la exigencia de vinculación de las autoridades competentes con ese punto de contacto–, así como a la *desmaterialización de procedimientos* y la adopción de *procedimientos electrónicos*.

4. Los trabajos de ejecución y de transposición de la Directiva de Servicios en Portugal

En Portugal, la tarea de transposición de la DS se inició en julio de 2007. En los apartados siguientes, se busca exponer cómo se ha desarrollado ese complejo y difícil trabajo y cual es la situación en el momento actual (junio de 2009).

4.1 ESTRUCTURA ORGANIZATIVA

El cometido de llevar a cabo los procedimientos adecuados para ejecutar la DS fue encargado al Ministerio de Economía e Innovación, a través de la Dirección General de Actividades Económicas. Un funcionario de esta Direc-

ción General asumió, en 2007, la función general de *Coordinador* de los trabajos de ejecución de la DS.

Con funciones de colaboración, se implicaron en el proceso la Secretaría de Estado para la Modernización Administrativa, de la Presidencia del Consejo de Ministros, y el Ministerio de la Justicia.

La Secretaría de Estado para la Modernización Administrativa –a través de la *Agencia para la Modernización Administrativa*– se encargó de llevar a cabo un papel determinado en dos aspectos de la puesta en práctica de la DS: el establecimiento de la Ventanilla Única Electrónica y la participación de Portugal en la constitución en el ámbito de la Unión Europea del *Sistema de Información del Mercado Interior* (IMI) a través del que se desarrolla la cooperación administrativa entre las autoridades competentes de los Estados miembros.

Por su parte, el Ministerio de Justicia participa en la elaboración del proyecto de norma horizontal de transposición de la DS.

Con el fin de asegurar el desarrollo de las acciones necesarias para poner en práctica la DS se implicaron por el *Coordinador* las siguientes entidades:

- i. La administración central, que comprende todos y cada uno de los Ministerios;
- ii. Las regiones Autónomas de Azores y de Madeira;
- iii. Los municipios (en número de 309);
- iv. Las organizaciones, cámaras y asociaciones profesionales, que reglamentan las llamadas *profesiones reguladas* (abogados, arquitectos, biólogos, economistas, ingenieros, ingenieros técnicos, médicos veterinarios, revisores oficiales de cuentas y técnicos oficiales de cuentas).

4.2 INVENTARIO Y EVALUACIÓN DE LAS REGULACIONES EXISTENTES

El ejercicio de apreciación de la conformidad de los procedimientos de autorización de servicios con la DS implicó:

- a) En la primera fase (*inventario*), la anotación de los regímenes nacionales existentes relativos a las actividades de servicios que conllevan tales procedimientos, con referencia a los respectivos textos normativos regulado-

res y a las autoridades competentes –considerando sólo la reglamentación aplicable a la Administración Central (ministerios)–, la lista con la anotación ya efectuada incluyó más de 100 actividades de prestación de servicios reguladas (sujetas a autorización, licencia, registro o reconocimiento oficial)¹¹¹⁴; no están incluidas en esa lista las actividades reguladas por los municipios, ni por las Regiones Autónomas. En cuanto a las *profesiones reguladas*, la anotación incluyó las profesiones de abogado, economista, ingeniero, arquitecto, biólogo, médico veterinario, ingeniero técnico, revisor oficial de cuentas y técnico oficial de cuentas¹¹¹⁵.

- b) En una segunda fase (*evaluación*), tuvo lugar un análisis sobre la conformidad de los regímenes nacionales de servicios con la DS, que debía realizarse por las respectivas autoridades competentes. Al efecto, el *Coordinador* elaboró una ficha de trabajo cuya aplicación permitió identificar qué textos normativos se debían modificar y qué procedimientos y requisitos que en ellos se preveían deberían ser mantenidos. Este trabajo fue realizado bajo la supervisión del punto de contacto de cada Ministerio.

4.3 CREACIÓN Y PUESTA EN PRÁCTICA DE LA VENTANILLA ÚNICA ELECTRÓNICA

Basándose en la colaboración entre el *Coordinador* y los representantes del

¹¹¹⁴ Algunas de las actividades de prestación de servicios ya inventariadas (además de las profesiones reglamentadas): servicios funerarios; actividad de préstamo; mantenimiento y reparación del automóvil; instalación de establecimientos de *sex shop*; establecimientos de comercio o almacenaje de productos alimenticios; establecimientos de comercio al por menor o comercio al por mayor en libre servicio y de instalación de conjuntos comerciales; venta ambulante; mantenimiento físico (gimnasios y bronceado artificial); lavado y limpieza en seco de textiles y pieles; servicios de peluquería e institutos de belleza; restauración y bebidas; entidades instaladoras de redes de gas; comercialización de gas natural; explotación de recursos geológicos; manipuladores de explosivos; animación turística; agencias de viajes; guía intérprete; catering; certificación de materiales forestales; explotación de terraplenes para residuos; verificadores ambientales; distribución de agua para consumo público; actividades de enseñanza y de formación profesional; alquiler de vehículos; construcción; prestadores de servicios de seguridad, higiene y salud en el trabajo; entrenador de deporte.

¹¹¹⁵ Sobre esta materia, mientras tanto, se publicó la *Lei n° 9/2009*, de 4 de marzo, que transpone la Directiva 2005/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 7 de septiembre de 2005, relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales y la Directiva 2006/100/CE del Consejo, de 20 de noviembre de 2006, por la que se adaptan determinadas directivas en el ámbito de la libre circulación de personas, con motivo de la adhesión de Bulgaria y Rumanía.

Ministerio de la Justicia y de la Agencia para la Modernización Administrativa, se determinó que la Ventanilla Única Electrónica funcionara en la página web denominada *Portal da Empresa*, en una sección bajo el rótulo de *Catálogo de Licenças*.

En este Catálogo constarán todas las actividades de servicios reguladas, con todas las informaciones necesarias para que el prestador de servicios se informe del régimen correspondiente, así como para poder cumplir el procedimiento de autorización por vía electrónica, a través de esta página web. Habrá pues una sola “Ventanilla Única” para todos los servicios.

Para completar la instalación de la Ventanilla Única Electrónica, se hace necesario *desmaterializar* los procedimientos de autorización y definir su conexión a la Ventanilla Única, tarea que fue confiada a cada autoridad competente. Hasta este momento, fueron objeto de desmaterialización los procedimientos de acceso a los servicios de restauración y bebidas y de animación turística.

4.4 TEXTO LEGISLATIVO DE TRANSPOSICIÓN

En el caso del Estado portugués, hasta al momento presente, 27 de Enero de 2010, no ha tenido aún lugar la transposición de la DS. Hasta donde sabemos, por fuentes no oficiales, el proyecto de texto legislativo horizontal –se trata de legislación “del Gobierno”, o sea, de un decreto-ley– está concluido, y se encuentra esperando un espacio en la agenda para ser aprobado por el Consejo de Ministros.

4.5 COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA EN LAS TAREAS DE CONTROL

En el ámbito de las tareas de cooperación administrativa y de asistencia mutua, la Comisión Europea creó el *Sistema de Información del Mercado Interior* –IMI–, herramienta electrónica que permite que las Autoridades Competentes formulen sus solicitudes de información, respondan a las solicitudes de las autoridades de los otros Estados miembros y reciban las respectivas respuestas en su propia lengua nacional.

En colaboración con la Agencia para la Modernización Administrativa, que será el “punto de contacto portugués” del IMI, el *Coordinador* llevó a cabo

acciones de divulgación junto de las autoridades nacionales y tiene en curso un plan de registro en el sistema y de formación de esta autoridades en la utilización de la herramienta.

A partir del momento de su entrada en funcionamiento, deberá ser designado un *Coordinador nacional del IMI* para la DS, a quién serán confiadas funciones específicas de apoyo a las autoridades nacionales, de interlocutor nacional ante la Comisión Europea, así como de resolución de problemas en la comunicación entre las autoridades nacionales y las de otros Estados miembros. La función del *Coordinador nacional del IMI* revestirá naturaleza permanente e implica la existencia de un equipo con capacidad técnica adecuada y dedicación exclusiva, de acuerdo con las indicaciones de la Comisión y los planes en marcha de los otros Estados miembros.



Bibliografía seleccionada

BIBLIOGRAFÍA SELECCIONADA

- ABC (2006): "La posible liberalización de servicios en la UE saca a la calle a miles de trabajadores", 15 de febrero.
- ABELLÁN HONRUBIA, V.; VILÁ COSTA, B. (2005): *Lecciones de Derecho Comunitario Europeo*. 4ª ed. Barcelona: Ariel.
- ADRIÁN ARNÁIZ, A.J. (1995): "La Constitución económica española y el Derecho internacional privado comunitario: el principio de origen", *La Constitución española y el ordenamiento comunitario europeo* (XVI Jornadas de Estudio del Servicio Jurídico del Estado 13-16 dic. 1993), vol. I, pp. 41-100.
- (1997): "Entre el pasado y el futuro de la libre circulación de personas: la Sentencia Bosman del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas", *Revista de Estudios Europeos*, 16, pp. 51-64.
- (2002): "Libre circulación de personas, servicios y capitales", en: CALONGUE VELÁZQUEZ, A. (coord.) *Políticas comunitarias: bases jurídicas*. Valladolid: Lex Nova, pp. 81-108.
- AGIRREAZKUÉNAGA ZIGORRAGA, I.; CHINCHILLA MARÍN, C. (2001): "El uso de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en el ámbito de las Administraciones públicas", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 109, pp. 35-60.
- AGUADO GUADALUPE, G. (2009): "Control por el país de origen, neutralidad tecnológica, flexibilidad y autorregulación: las claves de la nueva directiva de servicios de medios audiovisuales sin fronteras", *Revista Enlaces*, 10, pp. 1-11.
- AJA FERNÁNDEZ, E. (1992): "El artículo 149.1.1 de la Constitución como Cláusula de cierre del principio de igualdad social", en: *La función del artículo 149.1.1 de la CE en el sistema de distribución de competencias: Seminario celebrado en Barcelona el 7 de junio de 1991*. IEA.

- ALAMEDA CASTILLO, M.T. (2009): "Derechos sociales fundamentales y libertades comunitarias: ¿dónde está la Europa Social?", *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 15-16, pp. 105-124.
- ÁLAMO GONZÁLEZ, N. (2007): "La utilización de las nuevas tecnologías entre las Administraciones públicas y los ciudadanos", *Revista Española de Derecho Administrativo*, 133, pp. 89-130.
- ALBERTÍ ROVIRA, E. (1986): *Federalismo y cooperación en la Republica Federal Alemana*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- (1993): "Principio de unidad económica y reparto competencial", *Revista Vasca de Administración Pública*, 36, pp. 157-174.
- (1995): *Autonomía política y unidad económica*, Civitas, Madrid.
- ALEXY, R. (1993): *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- ALONSO GARCÍA, R., (2003): *El juez español y el derecho comunitario: jurisdicciones constitucional y ordinaria frente a su primacía y eficacia*, ed. Tirant lo Blanch, Valencia.
- ALONSO SOTO, J. (1997): "La Ley de Ordenación del Comercio Minorista y el Derecho de la competencia", en: *Libre competencia y Ley de ordenación del comercio minorista en España*. Madrid: Cámara Oficial de Comercio e Industria.
- ÁLVAREZ ALCOLEA, M. (1982): "Participación del trabajador en la empresa y Constitución", en: RIVERO LAMAS, J. (dir.), *El Trabajo en la Constitución. II Coloquio sobre Relaciones Laborales*. Universidad de Zaragoza.
- ÁLVAREZ ARCE, J.L. y RÁBADE HERRERO, L.A. (2009): "La Directiva de Servicios: una oportunidad para la innovación y el emprendimiento en los servicios españoles Panorama actual de la lucha internacional contra la falsificación de marcas", en: *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios. Libro Marrón*. Madrid: Círculo de Empresarios.
- ÁLVAREZ CARREÑO, S. (2002): *El régimen jurídico de la depuración de aguas residuales urbanas*. Madrid: Montecorvo.
- ÁLVAREZ DE LA ROSA, M. (1997): "El deber de protección y los servicios de prevención de riesgos laborales" en AA.VV.: *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, CASAS BAAMONDE, PALOMEQUE LÓPEZ y VALDÉS DAL-RÉ (coord.), La Ley, Madrid.
- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M. (2004): *El abastecimiento de agua en España*. Madrid: Civitas.

- ÁLVAREZ, J.J. (2007): "La Directiva relativa a los servicios en el mercado interior: ¿una estrategia de demonización interesada?", en: *La Directiva de servicios y la movilidad de los trabajadores en la Unión Europea*. Bilbao: Eurobask.
- ANCOS FRANCO, H.; VICENTE BLANCO, D.J. (2009): "La promoción de la responsabilidad social en los tratados de inversión. Los casos de Bolivia y Venezuela", *Avances de investigación*, 30, pp. 9-77. Puede consultarse en línea, en: <http://www.fundacioncarolina.es/es-ES/publicaciones/avances-investigacion/Paginas/AvancesdelInvestigacion.aspx>.
- ANDENAS, M.; ROTH, W.H. (eds.) (2002): *Services and Free Movement in EU Law*. Oxford: Oxford University Press.
- ARAGÓN REYES, M. (1995): *Libertades económicas y Estado Social*. Madrid: McGraw-Hill.
- (2004): "El contenido esencial del derecho constitucional a la libertad de empresa", *Revista del Instituto de Estudios Económicos*, núm. 4, (Ejemplar dedicado a: 25 años de economía de mercado III Libertad de empresa y relaciones laborales en España), pp. 1-34.
- (2009): "Del Estado intervencionista al Estado garante", en AA.VV., *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico*, Tomo I, Aspectos jurídicos, ed. Iberdrola/Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 27-48.
- ARES ÁLVAREZ, E.M. (2005): "El reconocimiento de cualificaciones profesionales. Un paso más hacia la liberalización", *Revista de estudios europeos*, 41, pp. 89-118.
- ARIÑO ORTIZ, G. (1999): *Principios de Derecho Público económico*, ed. Marcial Pons/Idelco, Madrid.
- ARROWSMITH, S. (2004): "An assessment of the new legislative package on public procurement", *Common Market Law Review*, 41 (5), pp. 1277-1325.
- (2005): *The Law of public and utilities procurement*. 2ª ed. London: Sweet & Maxwell.
- AUBY, J.B. (2001): "Globalización y Descentralización", *Revista de Administración Pública*, 156, pp. 7-22.
- BALZA AGUILERA, Javier (1990): "Trayectoria en la interpretación del artículo 149.1.13 CE", en: PÉREZ CALVO, A. *Normativa básica en el ordenamiento español*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas.

- BAÑO LEÓN, J.M.^a (1988): *Las Autonomías Territoriales y el principio de uniformidad de las condiciones de vida*. Madrid: Ministerio de Administraciones Públicas.
- BAQUERO CRUZ, J. (2003): *Entre competencia y libre circulación. El Derecho constitucional económico de la Comunidad Europea*, Cívitas.
- BARNARD, C. (2007): *The substantive law of the EU: the four freedoms*. 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- (2008): "Unravelling the Services Directive", *Common Market Law Review*, 45, pp. 323-394.
- BARNARD, C.; SCOTT, J. (eds.) (2002): *The Law of the Single European Market*. Oxford: Hart Publishing.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. (2000): "Una reflexión introductoria sobre el Derecho administrativo y la Administración pública de la Sociedad de la Información y del conocimiento", *Revista Andaluza de Administración Pública*, 40.
- BARRIUSO RUIZ, C. (2007): *Administración electrónica*. Madrid: Dykinson.
- BASEDOW, J. (1995): "Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im Europäischen Binnenmarkt: favor oferentes", *RabelsZ*, 59, pp. 1-55.
- BAUZÁ MARTORELL, F.J. (2002): *Procedimiento administrativo electrónico*. Granada: Comares.
- BECERRIL ATIENZA, B.; AREILZA CARVAJAL, J.M. (1997): "La nueva interpretación del artículo 30 del TCE: limitación de competencias por la puerta de atrás", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 17, núm. 51, pp. 189-208.
- BELLO PAREDES, S.; MEDINA ARNÁIZ, T. (2009): "Las autorizaciones administrativas en la legislación ambiental de Castilla y León", en: *Derecho Ambiental en Castilla y León*. Valencia: Tirant lo blanch.
- BERENGUER FUSTER, L. (1997): "El régimen de los grandes establecimientos en la LOCM", en: *Libre competencia y Ley de ordenación del comercio minorista en España*. Madrid: Cámara Oficial de Comercio e Industria.
- (2009): "Comisión Nacional de la Competencia y transposición de la Directiva de Servicios", en: *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios. Libro Marrón*. Madrid: Círculo de Empresarios.
- BERENGUER FUSTER, L.; CASTAÑEDA BONICHE, A. (2009): "La distribución comercial en España ante la Directiva de Servicios: última oportunidad", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, 5, pp. 15-32.

- BERMEJO VERA, J. (2009): Voz "prohibiciones de contratar", en: *Diccionario de Contratación Pública*. Madrid: Iustel, pp. 537-552.
- BERNADÍ GIL, X. (2005): "Derecho público y Administración electrónica: una visión panorámica", *Nuevas Políticas Públicas*, 1.
- BERNAL PULIDO, C. (2003): *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- BIBLINIO CAMPOS, P. (2007): "La primacía del Derecho comunitario: la perspectiva española", *Revista General de Derecho Constitucional*, núm. 3, pp. 2 y ss.
- BLANPAIN, R. (2006): *Freedom of Services in the European Union. Labour and Social Security Law: The Bolkenstein Initiative*, Kluwer, La Haya.
- BLASCO DÍAZ, J.L. (2007): *Administración electrónica en España: experiencias y perspectivas de futuro*. Castellón: Universitat Jaume I. Servicio de Comunicación y Publicaciones.
- BLASCO DÍAZ, J.L.; FABRA VALLS, M. (2008): *El documento electrónico: aspectos jurídicos, tecnológicos y archivísticos*. Castellón: Universitat Jaume I. Servicio de Comunicación y Publicaciones.
- BLÁZQUEZ AGUDO, E. (2006): "El futuro de la libre circulación de los trabajadores: repensando su contenido a partir de la Directiva marco sobre mercado interior", *Revista del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social*, 62.
- BLUMANN, C.; DUBOUIS, L. (2009): *Droit matériel de l'Union européenne*. 5ª ed. París: Montchrestien.
- BOCANEGRA SIERRA, R., y GARCÍA LUENGO, J. (2008): "Los actos administrativos transnacionales", *Revista de Administración Pública*, n.º 177, pp. 9-29.
- BOLEA FORADADA, J.A. (1966): "El retraso de la Administración y el silencio administrativo", *Revista de Administración Pública*, 51.
- BOUTAYEB, C. (2009): *Droit matériel de l'Union européenne. Libertés de mouvement, espace de concurrence et intérêt général*, LGDJ, París.
- BOVIS, C. (1994): "Qualitative Selection Criteria for Enterprises Participating in the Award of Public Procurement Contracts", *European Business Law Review*, 5, pp. 9-12.
- BUENDIA SIERRA J.L. (1989): "Las secuelas del caso «Cassis de Dijon». Libre circulación de productos alimenticios y reglamentaciones nacionales (Comentario a las sentencias del TJCE de 12 de marzo de 1987 sobre las Leyes griega y alemana de la Cerveza, asuntos 176/84 y 178/84, y a la

- de 14 de julio de 1988 sobre la Ley italiana de la Pasta, asunto 407/85)", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 16, nº 1, pp. 135-172.
- BULLEJOS CALVO, C. (2009): "Aplicación práctica de la Directiva de servicios en las ordenanzas locales. Formularios en las fases de identificación y evaluación de la normativa local afectada y sobre simplificación administrativa y ventanilla única", *Revista electrónica CEMCI*, nº 3.
- CABELLOS ESPIERREZ, M.A. (2001): *Distribución competencial, derechos de los ciudadanos e incidencia del derecho comunitario*. CEPC.
- CALVÃO DA SILVA, J.N. (2008): *Mercado e Estado (Serviços de Interesse Económico Geral)*, Coimbra, Almedina.
- CAMAS RODA, F. y MARTÍNEZ ASO, M. (2009): "El cumplimiento de la normativa de seguridad y salud por las empresas que desplazan a trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional", *Revista de Derecho Social*, nº 45.
- CANTARO, A. (2006): "El trabajo en la Constitución europea. De Tocqueville a Bolkestein". *Revista de Derecho constitucional europeo*, 5.
- CAPELLI, F. (1996): "Les malentendus provoqués par l'arrêt Cassis de Dijon, vingt ans après", *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, nº 42, 1996, pp. 678-690.
- CARABELLI, U. (2008): "Una sfida per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE", Studi in memoria di A. Marzal e di V. Stare (fusión de dos trabajos), ejemplar policopiado.
- (2009): *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci ed., Bari.
- CARRASCO DURÁN, M. (2005): *El reparto de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas sobre la actividad económica*. Tirant Lo Blanch.
- CASADO CASADO, L. (2004): *Los vertidos en aguas continentales. Las técnicas de intervención administrativa*. Granada: Comares.
- CASAS BAAMONDE, M.^a E. (1990): "La reforma de la protección de los riesgos profesionales", *RL*, nº 9.
- (2002): "Libre prestación de servicios y desplazamientos temporales de trabajadores en Europa en la era global: objetivos y significación de La ley", en AA.VV., *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CASAS BAAMONDE, M.^a E.; DEL REY GUANTER, S., (dirs.), CES.

- (2004): “¿Una nueva constitucionalización del Derecho del Trabajo?”, *RL*, Tomo I, 2004
- (2004): “La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe”, *RL*, Tomo I.
- CASCAJO CASTRO, J.L. (1990): *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*. MAP.
- CASES PALLARES, L.; PONS CÁNOVAS, F. (1998): *La implantación de grandes establecimientos comerciales*. Madrid: Marcial Pons.
- CASTELLA LÓPEZ, J.L., GRAUS RÍOS, M. y PINILLA GARCÍA, J. (1989): “La Seguridad y la Salud en el Trabajo en la Comunidad Europea ante el horizonte de 1993”, *Salud y Trabajo*, nº 75.
- CASTELLS, M. (2005): *La era de la información. La sociedad red*. Madrid: Alianza Editorial.
- CECCHINI, P. (1988): *The European Challenge, 1992: The Benefits of a Single Market*, Wildwood House, para la Comisión Europea.
- CERRILLO MARTÍNEZ, A. (2006): *Órganos colegiados electrónicos*, Aranzadi, Navarra.
- (2006): “La regulación de la Administración electrónica local: el caso del Ayuntamiento de Barcelona”. Anuario del Gobierno local 2006. Madrid-Barcelona: Fundación Democracia y Gobierno Local-Institut de Dret Public.
- (2008): “Cooperación entre Administraciones públicas para el impulso de la Administración electrónica”, en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.): *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Navarra (Navarra). e-Administración, editorial UOC, Barcelona.
- CIDONCHA MARTÍN, A. (2006): *La libertad de empresa*. Thomson-Civitas.
- CIERCO SEIRA, C. (2008): “Algunas reflexiones sobre la simplificación de los procedimientos administrativos a la luz de los avances de la Administración electrónica”, *Revista General de Derecho Administrativo*, 19, pp. 1-22.
- CÍRCULO DE EMPRESARIOS, (2006): *Marco regulatorio y unidad de mercado*, Libro Marrón.
- (2009): *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios*, Libro Marrón.

COLINA ROBLEDO, M., RAMÍREZ MARTÍNEZ, J.M. y SALA FRANCO, T. (1991): *Derecho Social Comunitario*, Tirant lo Blanch, Valencia.

COMISIÓN EUROPEA (1985):, Completing the Internal Market: White paper from the Comisión to the European Council/Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur (Milan, 28-29 June 1985), documento COM (85) 310 final.

— (1996): *Libro verde sobre el comercio europeo*.

— (1999): *Libro blanco sobre el comercio en Europa*.

— (2000): Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Una estrategia para el mercado interior de servicios, documento COM (2000) 888 final.

— (2002): *El estado del mercado interior de servicios*.

— (2002): Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo sobre el estado del mercado interior de servicios Informe presentado en el marco de la primera fase de la estrategia para el mercado interior de servicios, COM(2002) 441 final.

— (2002): "e-Europe 2005: Una sociedad de la información para todos", COM (2002) 263 final, de 28 de mayo.

— (2003): Estrategia para el mercado interior. Prioridades del período de 2003-2006, de 7 de mayo de 2003, COM (2003) 238 final.

— (2003): "El papel de la administración electrónica en el futuro de Europa", COM (2003) 567 final, de 26 de septiembre.

— (2004): Plan de acción para la aplicación del marco jurídico de la contratación pública electrónica, COM (2004) 841 final, de 29 de diciembre.

— (2005): "i2010 - Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo", COM (2005) 229 final, de 1 de junio.

— (2004): Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo. Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, de 13 de enero de 2004, COM (2004) 2 final.

— (2005): Requirements for conducting public procurement using electronic means under the new public procurement Directives 2004/18/EC and 2004/17/EC, SEC (2005) 959, de 8 de julio de 2005 (sólo en inglés).

- (2006): “Plan de acción sobre administración electrónica i2010: Acelerar la administración electrónica en Europa en beneficio de todos”, COM (2006) 173 final, de 25 de abril.
 - (2006): i2010: Una estrategia para una sociedad de la información segura (junio de 2006).
 - (2007): “Manual sobre la transposición de la Directiva de Servicios”, Luxemburgo. Disponible en: http://ec.europa.eu/internal_market/services/services-dir/index_es.htm.
 - (2007): Electronic transmission of public procurement notices for publication (Final report).
 - (2008): “Propuesta de Decisión del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a las soluciones de interoperabilidad para las Administraciones públicas europeas (ISA)”, COM (2008) 583 final, de 29 de septiembre.
- COMISIÓN NACIONAL DE LA COMPETENCIA (2009): Informe 09/2009, sobre la reforma de la Ley del Comercio Minorista, Madrid, 6 de mayo de 2009. Disponible en <http://www.cncompetencia.es>.
- (2009): La Reforma de la Ley del Comercio Minorista en el marco de la transposición de la Directiva de Servicios, Madrid, abril, 2009. Disponible en <http://www.cncompetencia.es>.
 - (2009): *La reforma de la Ley del Comercio Minorista en el marco de la transposición de la Directiva de Servicios*, Informe de 1 de abril.
- COMITÉ DE LAS REGIONES (2005): Dictamen del Comité de las Regiones sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior», DO n° C 43, de 18/02/2005.
- COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO (2005): Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior”, COM (2004) 2 final - 2004/0001 (COD), DO n° C 221, de 8/9/05.
- COMMON MARKET LAW REVIEW (Editorial) (2006): “The services directive proposal: Striking a balance between the promotion of the internal market and preserving the European social model?”, *Common Market Law Review*, vol. 43, n° 2, 2006, pp. 307-311.
- COMPETITION COMMISSION (2008): *Market Investigation into the Supply of Groceries in the UK*.

- CONSEIL D'ÉTAT (Francia), "Assemblée générale, Avis no 371.000, 18 novembre 2004", *Avis du Conseil d'État en 2004, Rapport public du Conseil d'État 2005*, Paris, 2005, pp. 175-183.
- CONSEJO DE ESTADO, *Dictamen 985/2009, de 25 de junio de 2009, sobre el Anteproyecto de ley por la que se reforma la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, Madrid, 2009.
- CONSEJO ECONÓMICO Y SOCIAL, *Dictamen sobre el Anteproyecto de Ley por el que se modifica la ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y otras normas complementarias*, Madrid, 20 de mayo de 2009.
- CONSEJO EUROPEO, "Informe Harbour", Informe sobre la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones: Revisión 2002 de la Estrategia para el mercado interior - Cumplir las promesas, de 29 de enero de 2003, A5 0026/2003 (DO C-234 de 30.9.2003).
- Proyecto de medidas para la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, 2001/C 12/01, DOCE de 15.01.2001.
- Resolución del Consejo de 28 de octubre de 1999 sobre el reconocimiento mutuo (2000/C 141/02), DO nº C 141, de 19/05/2000, pp. 5-6.
- CORDERO ZÁRRAGA, E. (2005): «Reforma del régimen de reconocimiento de cualificaciones profesionales», *Unión Europea Aranzadi*, vol. 32, 7, pp. 49-51.
- COSTA GONÇALVES, P. (2005): *Entidades Privadas com Poderes Públicos*, Coimbra, Almedina, pp. 201 y ss.
- (2008): *Regulação, Electricidade e Telecomunicações*, Coimbra, Coimbra Editora.
- COTINO HUESO, L. (2008): "Derechos del ciudadano", en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (Coords.), *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos*. Pamplona: Aranzadi.
- COULON, E. (1994): "Un revirement jurisprudentiel d'ampleur: l'arrêt 'Keck et Mithouard'", *Revue des Affaires Européennes*, 1, pp. 59-62.
- CUADRADO ROURA, J.R. (2003): "Expansión y dinamismo del sector servicios", *Información Comercial Española*, 811, pp. 273-296.

- D'ACUNTO, S. (2006): "La jurisprudence communautaire en matière de liberté d'établissement et libre prestation des services", *Revue du droit de l'Union Européenne*, 3, pp. 669-684.
- (2007): "Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points", *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2, pp. 261-327.
- DA COSTA GONCALVES, P. (2009): "La transposición de la Directiva de Servicios en Portugal", *Revista de Estudios Locales*, número monográfico, septiembre.
- DANGER, S. (1997): "Le droit communautaire et la discrimination a rebours: vers un marché intérieur inachevé", *Les Annales de l'Ecole Doctorale*, 5, 1997, pp. 233-252.
- DAUSES, M. (1992): "Mesures d'effet équivalent á des restrictions quantitatives a la lumière de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés Européennes", *Revue trimestrielle droit Européen*, pp. 607-629.
- DAVIES, G. (2003) *European Union internal market law*. 3^a ed. Londres: Routledge Cavendish.
- (2007): "The Services Directive: extending the country of origin principle and reforming public administration", *European Law Review*, 32.
- (2007): "The services Directive: extending the country origin principle and reforming public administration", *European Law Review*, vol. 32, 2.
- DE LA VILLA GIL, L.E; PALOMEQUE LÓPEZ, C. (1978): *Introducción a la Economía del Trabajo*, Vol. I, Debate, Madrid.
- DE LEONARDIS, F. (2005): *Il principio de precauzione nell'Amministrazione di rischio*, Giuffrè Editore, Milano.
- DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2001): "Directiva sobre el comercio electrónico: determinación de la normativa aplicable a las actividades transfronterizas", *Revista de la contratación electrónica*, núm. 20, pp. 3-40.
- DE SCHUTTER, O.; FRANCO, S. (2005): "La proposition de Directive relative aux services dans le Marché Intérieur: reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie", *Cahiers de Droit Européen*, 5-6.
- DEL PINO, A. (2007): "La nueva Directiva de Servicios y sus repercusiones en la ordenación de la distribución comercial", *Distribución y Consumo*.
- DENYS, C. (1994): "Les notions de discrimination et de discrimination à rebours suite à l'arrêt Kraus", *Cahiers de Droit Européen*, 5-6, pp. 643-662.

- DEPARTMENT FOR COMMUNITIES AND LOCAL GOVERNMENT, Planning Policy Statement 4: Planning for Sustainable Economic Growth (PPS4), 2009.
- DÍAZ LEMA, J.M. (1999): "Las condiciones básicas de la propiedad y la legislación urbanística", *Cuadernos de Derecho Público*, nº 8. INAP.
- DÍEZ GUTIÉRREZ, E.J. (2006): "Directiva Bolkestein. Legalizar el dumping social", en: <http://conc.ccoo.cat/pandora/incl/DIRECTIVA%20BOLKESTEIN%20legalizar%20el%20dumping%20social.doc>.
- DOMÍNGUEZ-MACAYA LAURNAGA, J. (2008): "La e-contratación", en la obra colectiva *Contratación del Sector Público Local*, Tomo II, Madrid, La Ley - El Consultor de los Ayuntamientos, pp. 2083-2368.
- DRUESNE, G. (1979): "Remarques sur le champ d'application personnel du Droit communautaire: des 'discriminations á rebours'", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, pp. 429-439.
- (1997): *Droit matériel et politiques de la Communauté et de l'Union européenne*, PUF, París.
- DUMONT, G.F. (1995): "La competencia entre ciudades" en *Revista de Coyuntura Económica* nº 3.
- DUTHEIL DE LA ROCHERE, J. (2006): *Droit matériel de l'Union européenne*, Hachette, París.
- DYE, T.R. (1991): "American Federalism. Competition among governments" *Lexington Books*. USA.
- EL PAÍS (2006): "Cientos de delegados sindicales salen a la calle contra la directiva Bolkestein", Edición de la Comunidad Valenciana, 15 de febrero.
- EMBID IRUJO, A. (1996): "Los servicios públicos del agua: su problemática jurídica con atención especial al abastecimiento y la depuración de las aguas residuales", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 9.
- ENTRENA RUIZ, D. (2009): "La génesis de la directiva sobre liberalización de servicios", *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior* (Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, dir.), Marcial Pons, Madrid, pp. 41-81.
- ESCAMILLA CASTILLO, M. (2002): "La democracia negativa", *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, nº 36, pp. 281-301.

- ESCRIBANO COLLADO (1997): "Comentario al artículo 6 de la LOCM", en AA.VV.: *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, (coord.) BERCOVITZ/LEGUINA, Madrid, pp. 55 y ss.
- ESTELLA DE NORIEGA, A. (2009): "El principio del país de origen en la propuesta de Directiva Bolkestein", *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior* (Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, dir.), Marcial Pons, Madrid, p. 173-200.
- EUROPEAN TRADE UNIONS CONFEDERATIONS (2005), "The proposal for a Directive on services in the internal market", ETUC position paper, en <http://www.etuc.org/a/305>.
- FALLON, M. (1995): "Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré: l'expérience de la Communauté européenne", *RCADI*, vol. 253, 1995-III, pp. 9-282.
- (1993): "Variations sur le principe d'origine, entre Droit communautaire et droit international privé", en: *Nouveaux Itinéraires en Droit. Hommage à François Rigaux*, Bruselas, Bruylant, pp. 187-223.
- (2003): *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruylant-Academia, Bruselas, 2ª edición.
- FALLON, M.; MEEUSEN J. (2002): "Private international law in the European Union and the exception of mutual recognition", *Yearb. PIL*, pp. 37-66.
- (2002): "Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le Droit international privé", *Revue Critique de Droit International Privé*, tomo 91, pp. 435-490.
- FAVRET, J.M. (2001): *Droit communautaire du marché intérieur*. París: Gualino Editeur.
- FERNÁNDEZ DE GATTA, D. (2009): "El régimen jurídico de las evaluaciones de impacto ambiental, las evaluaciones estratégicas y las auditorías ambientales en Castilla y León", en: QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), *Derecho Ambiental en Castilla y León*, Valencia: Tirant lo blanch.
- FERNÁNDEZ MARCOS, L. (1992): "El riesgo profesional en el Derecho laboral en España y en Europa", *DL*, nº 36.
- FERNÁNDEZ NOVOA, C. (2006): "La Directiva comunitaria sobre prácticas comerciales desleales", *Diario La Ley*, nº. 6408.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2007): "Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo", *Revista Española de Derecho Europeo*, 22.

- (2008): “De criterios económicos a urbanísticos y ambientales”, *Revista APD: Asociación para el Progreso de la Dirección*, (ejemplar dedicado a: La Directiva Bolkestein: Liberalización al servicio del consumidor), nº 231.
- (2008): “La ordenación del comercio interior y la Directiva de Servicios 2006/123”, *Anales de la Real Academia de jurisprudencia y legislación*, 38.
- (2009): “La larga marcha por la libertad de empresa”, en *XXV edición del Libro Marrón. Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios*, Círculo de empresarios (en prensa).
- (2009): “Prólogo”, a RIVERO ORTEGA, Ricardo (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Cívitas, Madrid.
- FERREIRO REGUEIRO, C. (2009): “Los desplazamientos transnacionales tras el asunto Rüffert”, *Relaciones Laborales*, 14.
- FLOWER, J. (2006): “Negotiating European Legislation: The services Directive”, en *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*. Vol. 9.
- FONTINOPOULOU BASURKO, O. (2006): “Presente, pasado y futuro de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior”, *Rev. de Derecho Social*, nº 34.
- FORTES MARTÍN, A. (2009): “La libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en el mercado interior bajo el nuevo régimen de la Directiva 206/123 de 12 de diciembre”, en *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior* (dir. T. De la Quadra-Salcedo), Marcial Pons, Madrid.
- FORTIER, J. (2006): “A Strasbourg, les syndicats européens dans la rue”, *Le Monde*, 16 de febrero de 2006.
- FRTZ, T.; JENAR, R.M. (2004): “La Directiva Bolkestein”, en Attac-Madrid. España, disponible en <http://firgoa.usc.es/drupal/node/15250>.
- FUENTEAJA PASTOR, J.A. (2007): *La administración europea. La ejecución europea del derecho y de las políticas de la Unión*, ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra).
- FUERTES LÓPEZ, M. (1997): *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones públicas*, Madrid, Marcial Pons.

- GALLEGO CÓRCOLES, I. (2005): "Contratación pública electrónica", en la obra colectiva *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*, Valladolid, Lex Nova, pp. 219-272.
- (2008): "Capacidad y solvencia del empresario. Contratación del sector público local", Madrid, *La Ley-El Consultor de los Ayuntamientos*, pp. 515-765.
- GAMERO CASADO, E. (2005): *Notificaciones telemáticas y otros medios de notificación en el procedimiento administrativo común*. Barcelona: Bosch.
- (2008): "Las reglas generales de contratación electrónica en la Ley 30/2007", de Contratos del Sector Público. *RAAP*, 71-72, pp. 103-138.
- (2009) "Los municipios y la ventanilla única de la Directiva de Servicios", en *Revista de Estudios Locales*, Cosital, núm. Extraordinario.
- GAMERO CASADO, E.; FERNÁNDEZ RAMOS, S. (2008): *Manual básico de Derecho administrativo*. Madrid: Tecnos.
- GAMERO CASADO, E.; VALERO TORRIJOS, J. (coords.) (2008): *La Ley de Administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley de Acceso electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos*, Aranzadi, Navarra (Navarra).
- GARABIOL-FURET, M.D. (2005): "La Directive Bolkestein, bouc émissaire d'une Europe incertaine", en *Revue du Marché Común et de L'Union européenne*, nº 488.
- (2006): "Plaidoyer pour le principe du pays d'origine", *Revue du Marche Commun et de l'Union Européenne*, nº 495, pp. 82-87.
- GÁRATE CASTRO, J. (1988): "Manifestaciones sustantivas de la tutela de la salud laboral", *AL*, nº 15.
- GARCÍA ALCORTA, J. (2008): *La limitación de la libertad de empresa en la competencia*, ed. Atelier, Barcelona.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1996): "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado", *REDA*, 89.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R. (2001): *Curso de Derecho Administrativo*. 10ª edición. Civitas.
- GARCÍA MURCIA, J. (2007): "La regulación laboral de la profesión de abogado y otras novedades del cambio de año", *Derecho de los Negocios*, nº 197-febrero, La Ley.
- GARCÍA NINET, J.I.; VICENTE PALACIO, A. (2000): "La ley 45/1999, de 29 de noviembre, relativa al desplazamiento (temporal y no permanente) de

- trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional", *Revista MTAS*, nº 27.
- GARCÍA-PERROTE ESCATÍN, I. (2008): "Movilidad transnacional de empleados y contrato de trabajo", *REDT*, nº 138.
- GARCÍA RUBIO, F. (2003): *Las nuevas tecnologías ante el Derecho y la organización administrativa. Un estudio sobre las repercusiones en la Administración Local*. Madrid: INAP.
- GARCÍA TORRES, J. (1990): "Máximas de interpretación sobre el artículo 149.1.13 CE en la reciente jurisprudencia constitucional" en *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*, coord. PÉREZ CALVO, A., MAP.
- GARCÍA-PERROTE ESCATÍN, I.; MERCADER UGUINA, J. (2003): "Conflicto y ponderación de los derechos fundamentales de contenido laboral. Un estudio introductorio", en AA.VV., *El modelo social en la Constitución española de 1978*, Sempere Navarro, (dir.) , MTAS, Madrid.
- GARDEÑES SANTIAGO, M. (1999): *La aplicación de la regla del reconocimiento mutuo y su incidencia en el comercio de mercancías y servicios en el ámbito comunitario e internacional*, Eurolex, Madrid.
- GARRORENA MORALES, A. (1980): *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*. Universidad de Murcia.
- GIMENEZ SÁNCHEZ, I.M. (2008): "Las leyes de acompañamiento y el problema de las leyes ómnibus", *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 22, 2º semestre. UNED.
- GIMENO FELIÚ, J.M. (2006): *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española. La necesaria adopción de una nueva ley de contratos públicos y propuestas de reforma*, Madrid, Thomson-Civitas.
- GIUGNI, G. (2004): *Introducción al estudio de la autonomía colectiva* (Traducción y estudio preliminar de Monereo Pérez, J.L y Fernández Avilés, J.A). Granada: Comares.
- GÓMEZ FERRER MORANT, R. (1987): "Relaciones entre leyes: competencia, jerarquía y función constitucional". *Revista de Administración Pública*, nº 113, CEPC.
- (1990): "Bases y ordenación general de la economía" en *Normativa básica en el ordenamiento español*, coord. Pérez Calvo, A., MAP.
- GÓMEZ MONTORO, A.; CAAMAÑO DOMINGUEZ, F. (1998): "De nuevo sobre quién debe resolverlos conflictos territoriales de competencia", *Revista Española de Derecho Administrativo*, nº 99. Civitas.

- GÓMEZ ORFANEL, G.; ARROYO GIL, A. (2005): "El reparto territorial de competencias legislativas y Bundesrat en el Federalismo alemán (1871-2006)", *Cuadernos de Derecho público*, nº 26, INAP.
- GÓMEZ PUENTE, M. (2007): "La Administración electrónica", en *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy*, Aranzadi, Navarra (Navarra).
- GONZÁLEZ BUSTOS, M.A. (2009): "La cooperación administrativa como mecanismo de funcionamiento del mercado interior de servicios a la luz de la directiva Bolkestein", en *Mercado Europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España* (Ricardo Rivero Ortega, dir.), Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor, pp. 219-247.
- GONZÁLEZ LABRADA, M. (2004): "Las modificaciones del marco normativo de la prevención de riesgos laborales: organización de la prevención y obligaciones en los supuestos de subcontratación", *RDS*, nº 27.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F. (2000): "Silencio administrativo: ficción, trampa y caos", *Revista Jurídica de Navarra*, 30.
- (2007): "Hacia la implementación de un sistema global de acceso electrónico a las Administraciones públicas españolas", *RJN*, nº43, pp. 118-119.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S. (1999): "La organización de la prevención por el empresario: los servicios de prevención", *TL*, nº 50.
- GONZÁLEZ ORTEGA, S., MORENO MÁRQUEZ, A. y FERNÁNDEZ PERDIDO, F. (1997): *Comentarios al Reglamento de los Servicios de Prevención*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E. (1991): "El significado de la normativa comunitaria en materia de seguridad, higiene y salud en el trabajo", *AL*, nº 32.
- (1997): "La política de prevención de riesgos laborales. Objetivos y agentes. El papel de las administraciones públicas" en AA.VV.: *Seguridad y Salud en el Trabajo. El nuevo derecho de prevención de riesgos profesionales*, CASAS BAAMONDE, PALOMEQUE LÓPEZ y VALDÉS DAL-RÉ (coord.), La Ley, Madrid.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L. (2005): "La Directiva 2005/29/CE relativa a las prácticas comerciales desleales: entre el objetivo de una armonización total y el enfoque de plena armonización en materia de protección de los consumidores", *Derecho de los Negocios*, 181.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (2000): *El contratista de la Administración Pública*. Madrid: Marcial Pons.

- GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. (2008): "Desplazamiento transnacional y convenios colectivos: el caso Rüffer", *Aranzadi Social*.
- (2008): *Derecho del trabajo y legislación de defensa de la competencia*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor.
- (2006): "La interacción entre el Derecho de trabajo y la defensa de la competencia: apuntes obre la cuestión", *RL*, nº 17.
- GUILLÉN CARAMÉS, J. (2009): "Reflexiones críticas acerca de la intervención de las autoridades de competencia en el procedimiento de concesión de la Licencia Comercial", 143, *Revista española de Derecho Administrativo*, pp. 385 y ss.
- (2009): "Artículo 149.1.13" en *Comentarios a la Constitución española*, dir. CASAS BAAMONDE, RODRÍGUEZ PIÑERO y BRAVO FERRER. Wolters Kluwer.
- GUTIÉRREZ COLOMINA, V. (2009): "La incidencia de la Directiva de servicios 206/123/CE en el urbanismo", *Revista de Estudios Locales*, nº 122.
- GUTIÉRREZ FONS, J.A. (2005): "Las cláusulas de reconocimiento mutuo: la perspectiva comunitaria del Derecho nacional", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, 10.
- GUTIÉRREZ SOLAR-CALVO, B. (2000): "Tráfico intracomunitario de trabajadores dentro y fuera del marco de una prestación de servicios y conflictos de normas laborales en el espacio", *AL*, tomo 1.
- (2006): "Derecho aplicable a las condiciones de trabajo de los trabajadores que se desplazan temporal o definitivamente a otro Estado miembro de la Unión Europea", en VALDÉS DAL-RE F. y ZUFIAUR NARVAIZA J.M. (dirs.): *Hacia un mercado europeo del empleo*, MTAS-Informes y estudios, Bilbao.
- GUY, C. (2009): "La Directiva de Servicios, las políticas de planificación comercial y los grandes establecimientos comerciales en el Reino Unido", en *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo* (dir. H. Villarejo), Comares-Instituto de Estudios Europeos.
- GUZMÁN ZAPATER, M. (1998): "El principio del reconocimiento mutuo: ¿Un nuevo modelo para el Derecho Internacional Privado comunitario? (A propósito de la Comunicación de la Comisión: Libre prestación de servicios e interés general en la segunda Directiva bancaria)", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 2, nº 3, pp. 137-170.
- (2001): "Un elemento federalizador para Europa: el reconocimiento mutuo en el ámbito del reconocimiento de decisiones judiciales", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, vol. 5, nº 10, pp. 405-438.

- HATZOPOULOS, V. (2007): "Assessing the services Directive (2006/123/EC)", en THE CAMBRIDGE YEARBOOK OF EUROPEAN LEGAL STUDIES 2007-2008. Vol. 10.
- (2007): "Que reste-t-il de la directive sur les services?", *Cahiers de droit européen*, vol. 43, pp. 3-4.
- HATZOPOULOS, V.; UYEN DO, T. (2006): "The case law of the ECJ concerning the free provision of services: 2000-2005", *Common Market Law Review*, vol. 43, nº 4, pp. 923-991.
- HERRERO SUÁREZ (2002): "El problema del oligopolio en el Derecho de la competencia comunitario", XXII, *Actas de Derecho Industrial*, pp.113 y ss.
- IDOT, L. (2002): "L'incidence de l'ordre communautaire sur le Droit international privé", *Petites Affiches*, pp. 27-37.
- [et al.] (2007): "La directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur: colloque CRUE (Paris I) - Cour de cassation", monográfico de la Revista *Europe: actualité du droit communautaire*, núm. 6 , pp. 3-53.
- ILLESCAS, R.; MOREIRO GONZÁLEZ, J.C. (coords.) (2001): *Derecho Comunitario económico*. Vol. I: Las libertades fundamentales, Colex, Madrid.
- JACOBS, J.B.; ANECHARICO, F. (1992): "Blacklisting of Public Contractors as an Anti-Corruption and Racketeering Strategy", *Criminal Justice Ethics*, 11, pp. 64-76.
- JENNAR, R. M. (2005): "La proposition de directive Bolkestein", *Courrier hebdomadaire*, núm. 1890-1891, Centre de recherche et d'information socio-politiques.(CRISP), Bruselas.
- JIMENEZ CAMPO, J. (1989): "¿Que es lo básico? Legislación compartida en el Estado autonómico", *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 27, CEPC.
- JIMÉNEZ GARCÍA, F. (2007): "Variaciones sobre el principio de reconocimiento mutuo y la Directiva 2006/123/CE en el marco de la libre prestación de servicios", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, año núm. 11, nº 28, pp. 777-817.
- JIMÉNEZ, J. C. (2006): "La Directiva Bolkenstein y la libre prestación de servicios en la Unión Europea", en: <http://www.ccoo.es/comunes/temp/recursos/99999/31411.pdf>.
- JOLIET, R. (1995): "La libre circulación de mercancías: la Sentencia Keck y Mithouard y las nuevas orientaciones de la jurisprudencia", *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, D-23, pp. 7-38

- KENYON, A.; KINKAID, J. (eds.) (1991): *Competition among state and local governments*, Urban Institute.
- KLEINER, C. (2007): "La conception des règles de Droit internacional privé dans la Directive Services", *Europe: actualité du droit communautaire*, núm. 6, pp. 48-54.
- KLUTH, W. (2008): "Auswirkungen der Dienstleistungsrichtlinie auf die Handwerks- und Gewerbeordnung", in Stefan Leible (ed.), *Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie-Chancen und Risiken für Deutschland*, Bayreuther Studien zum Wirtschafts - und Medienrecht, JWV - Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, pp. 131-154.
- KORTE, S. (2007): "Mitgliedstaatliche Verwaltungskooperation und private Eigenverantwortung beim Vollzug des europäischen Dienstleistungsrechts", *NVwZ*, p. 501-508.
- KRÄMER, L. (2009): *Derecho Medioambiental Comunitario*, Ministerio de Medio Ambiente y Medio Rural y Marino, Madrid.
- LAGUNA DE PAZ, J.C. (1997): *Libertad y propiedad en el Derecho de Caza*, Marcial Pons, Madrid.
- (2006): *La autorización administrativa*, Thomson-Civitas, Madrid.
- (2007): *Telecomunicaciones: regulación y mercado*, 2ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona.
- (2009): "Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, núm. 6, junio, pp. 42-51.
- (2009): "La Directiva de Servicios: el estruendo del parto de los montes", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, nº 6.
- LANDA ZAPIRAÍN, J.P.; MORENO MARCOS, M. (2008): "Una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de la acción sindical con el respeto a las libertades fundamentales del mercado interior comunitario", *Relaciones Laborales*, nº 11.
- LASAGABASTER HERRARTE, I. (2007): "La Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia: una reflexión desde la perspectiva competencial", *Revista d'Estudis Autònomic*s, 4.
- LASTENOUSE, P. (1995): "Les règles de conduite et la reconnaissance mutuelle dans la directive sur les services d'investissement", *Revue du Marché Unique Européenne*, 4, pp. 79-120.

- LAULOM, S. (2009): "Libre prestation de services et détachement des travailleurs", *Semaine social Lamy*, 1389.
- LEIBLE, S.(ed.) (2008): *Die Umsetzung der Dienstleistungsrichtlinie - Chancen und Risiken für Deutschland*, Bayreuther Studien zum Wirtschafts - und Medienrecht, JWV - Jenaer Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft.
- LE MONDE (2005): "La crainte pour l'emploi est la raison principale du rejet de la Constitution par les Français", 31 de mayo.
- (2006): "Mobilisation en Europe contre la directive Bolkestein", 11 de febrero.
- (2006): "Directive Bolkestein: compromis au Parlement européen, mobilisation dans la rue", 14 de febrero.
- LIGNEUL, N.; TAMBOU, O. (2006): *Droit européen du marché*. París: Ellipses.
- LINDE PANIAGUA, E. (2008): "Libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 14.
- (2008): "Notas sobre el objeto, ámbito y reglas de aplicación de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 14.
- LOI, P. (2009): "La movilidad de los trabajadores y del trabajo en el mercado comunitario: entre prohibiciones de discriminación y prohibiciones de restricción de las libertades fundamentales", *RL*, nº 15.
- LÓPEZ ESCUDERO, M. (1994): "La jurisprudencia Keck y Mithouard: una revisión al concepto de medida de efecto equivalente", *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 21, nº 2, pp. 379-418.
- (1993): "La aplicación del principio de reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario", *Gaceta Jurídica de la CEE*, serie D-19, pp. 119-165.
- LÓPEZ GUERRA, L. (1990): "Consideraciones sobre la regulación de las condiciones básicas del artículo 149.1.1", en: PÉREZ CALVO, A., *Normativa básica en el ordenamiento jurídico español*. MAP.
- LÓPEZ-JURADO, F.B. y GÓMEZ MONTORO, A.J., (2009): "Los principios constitucionales referidos al ordenamiento energético español", AA.VV., *Tratado de Regulación del Sector Eléctrico, Tomo I, Aspectos jurídicos*, ed. Iberdrola/Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 49-85.
- LÓPEZ PÉREZ, F. (2009): *El impacto de la Directiva de Servicios sobre el urbanismo comercial*, Atelier, Barcelona.

- LÓPEZ SANTOS, O. (2005): "La Directiva sobre prácticas comerciales desleales: antecedentes, descripción y comentario crítico", *Estudios sobre Consumo*. 75.
- LOZANO CUTANDA, B. (2010) "Ley Ómnibus: silencio administrativo, declaración responsable y comunicación previa", *Diario La Ley*, nº 7339.
- LUQUE PARRA, M. (2001): "El servicio de prevención ajeno como modalidad principal de organizar la prevención en el ordenamiento jurídico español", *REDT*, nº 103.
- (2001): *La organización de la prevención en al empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LYON CAEN, A. (2009): "Derecho comunitario del mercado versus Europa social", *Relaciones Laborales*, nº 13, versión electrónica.
- LLANEZA GONZÁLEZ, P. (2000): *Internet y comunicaciones digitales. Régimen legal de las tecnologías de la información y la comunicación*, Bosch, Barcelona.
- LLOBERA VILA, M. (2006): "La liberalización de los servicios en el mercado interior: Directiva Bolkenstein, subcontratación y movilidad transnacional", *Revista de Derecho Social*, nº 36, pp. 59 a 90.
- MACERA TIRAGALLO, B. F. (1998): *El deber industrial de respetar el ambiente. Análisis de una situación pasiva de Derecho Público*, Marcial Pons, Madrid.
- MALARET, E. (2006): "Los Municipios, actores de una democracia cosmopolita" En *XXVI Congreso Iberoamericano de Municipios*. Madrid, Ed. FEMP-OICI.
- MAMBRILLA RIVERA, V. (2008): "Prácticas comerciales y competencia desleal: Estudio del Derecho comunitario europeo y español. La incorporación de la Directiva 2005/29/CE a nuestro Derecho interno (incidencia en los presupuestos generales y en la cláusula general prohibitiva del ilícito desleal) (primera parte)", *Revista de Derecho de la competencia y la distribución*, 4.
- MANGAS MARTÍN, A. (2002): *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid.
- MANGIAMELI, S. (2007): "La liberalización de los servicios en la Unión Europea", *ReDCE*, nº 8.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F. (2009): "Una oportunidad para reforzar la libertad de empresa y la libre competencia: la transposición de la Directiva de Ser-

- vicios en la regulación autonómica" en *XXV edición del Libro Marrón. Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios. Círculo de empresarios*.
- MARCOS, F.; SUÑOL LUCEA, A. (2006): "La transposición al Derecho español de la Directiva 2005/29/CE sobre prácticas comerciales desleales", *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, 2013, pp. 1925-1963.
- MARDAS, D.; TRIANTAFYLLOU, D. (1997): "Selection criteria and the award procedure in public procurement", *International Advances in Economic Research*, 3, pp. 91-112.
- MARTÍN FERREIRA, P. (2009): "La modificación de las ordenanzas locales", en *Revista de Estudios Locales*, nº 122.
- MARTÍN MARTÍNEZ, M.M. (2008): "En busca de la Europa social: reflexiones críticas sobre la calidad de los servicios en la Directiva Bolkestein", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 14.
- MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J. (2008): "Artículo 15 libertad profesional y derecho de trabajar", en A. Mangas (dir.) *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*. Comentario, Fundación BBVA, Bilbao.
- MARTÍN PÉREZ DE NANCLARES, J.; LÓPEZ ESCUDERO, M. (coords..) (2000): *Derecho comunitario material*, McGraw-Hill Interamericana de España, Madrid.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, I. (1998): "Urbanismo comercial: El régimen de apertura de grandes establecimientos comerciales en la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista", *Revista de Administración Pública*, 145.
- MARTÍNEZ FONS, D. "Contratas transnacionales y límites en la aplicación de las normas del Estado de ejecución: la penetración de la libre prestación de servicios en el Derecho Social" (Pereira Félix). Comentario a la STJCE de 12 de octubre de 2004 (Asunto C-60/03), *iuslabor*, nº 2.
- (2006): "Derecho del Trabajo y libre competencia en el ordenamiento comunitario", en *Libre competencia y Derecho del Trabajo*, La Ley, Madrid, La Ley 11469/2009.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R. (2009): *Administración pública electrónica*, Aranzadi - Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra).
- MARTÍNEZ LAGE, S. (1993): "La contribución de la jurisprudencia a la realización de la libre circulación de mercancías: la eliminación de las medidas de efecto equivalente a restricciones cuantitativas", en *El Derecho comuni-*

- tario europeo y su aplicación judicial*, G.C. RODRÍGUEZ IGLESIAS y D.J. LIÑÁN NOGUERAS (dirs.), Civitas, Madrid, pp. 712-770.
- (1996): “Las sentencias Bosman, Cassis de Dijon y Keck y Mithouard”, *Gaceta Jurídica de la CE y de la Competencia*, Boletín, nº 109, pp. 1-4.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.,(1999): “Nuevo sistema conceptual”, en *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 3, (Privatización y liberalización de servicios), a cargo de Gaspar ARIÑO ORTIZ, ed. Universidad Autónoma de Madrid/Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1999, pp. 133-152.
- (2003): “La publicatio de recursos y servicios”, en AA.VV., *Estudios de Derecho Público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, ed. Civitas, Madrid, 2003, pp. 687-718.
- (2007): “La opción comunitaria por el reglamento y sus implicaciones”, en ALONSO MARTÍNEZ, J.M. y HERRERO DE LA FUENTE, A.A., (coord.) *El Tratado de Roma en su cincuenta aniversario (1957-2007). Un balance de la integración europea*, ed. Comares y Instituto de Estudios Europeos/Universidad de Valladolid, Granada, pp. 190 y ss.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1988): “De la simplificación de la Administración Pública”, *Revista de Administración Pública*, 147, pp. 3-37.
- (1991): *Derecho Administrativo económico*, vol. I, 2ª ed., ed. La Ley, Madrid.
- MASSAGUER FUENTES, J. (2006): *El nuevo Derecho contra la competencia desleal: la Directiva 2005/29/CE sobre las prácticas comerciales desleales*. Madrid: Civitas.
- MATTERA RIGLIANO, A (1991): *El Mercado Único, sus reglas y su funcionamiento*. Madrid: Civitas.
- MATTERA, A. (1991): “Les principes de 'proportionnalité' et de la 'reconnaissance mutuelle' dans la jurisprudence de la Cour en matière de libre circulation des personnes et des services: de l'arrêt 'Thieffry' aux arrêts 'Vlassopoulou', 'Mediawet' et 'Dennemeyer'”, *Revue du Marché Unique Européenne*, 4, pp. 191-203.
- (1992): “L'article 30 du traité CEE, la jurisprudence “Cassis” et la reconnaissance mutuelle”, *Revue du Marché Unique Européenne*, 4, pp 13-71.
- (1994): “De l'arrêt 'Dassonville' à l'arrêt 'Keck': l'obscur clarté d'une jurisprudence riche en principes novateurs et en contradictions”, *Revue du Marché Unique Européen*, 1, pp. 117-160.

- MAUBERNARD, C. (2007): *Droit matériel de l'Union européenne*. París: Ellipses.
- MAYER, P. (1986): "La neutralisation du pouvoir normatif de l'État en matière de contrats d'État", *Journal de Droit International*, 1, pp. 5-78.
- MAYORAL JERRAVIDAS, A. (2008): "La sentencia 'Dynamic Medien Vertriebs GmbH' del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas: la sombra de 'Keck y Mithouard' es alargada", *Revista Electrónica de Derecho del Consumo y de la Alimentación*, 18, pp. 7-11.
- MEDINA, M. y BARÓN, E. (2005): "La 'directiva Bolkestein' y la libre prestación de servicios en la UE", *El País*, 4 de abril.
- MEDINA ARNÁIZ, T. (2006): "La contratación pública electrónica: balance actual de su regulación en Europa", en la obra colectiva *Gobierno, Derecho y Tecnología: las actividades de los poderes públicos*, Cizur Menor (Navarra), Thomson - Civitas, pp. 527-556.
- (2008): "EU Directives as an Anticorruption Measures: Excluding Corruption-Convicted Tenderers from Public Procurement Contracts" en la obra editada por THAI, K. *International Handbook of Public Procurement*, Boca Raton, Francis & Taylor, pp. 105-130.
- (2009): "La contratación pública en la era de la Administración electrónica", en la obra colectiva *La Administración electrónica y la protección de datos: Encuentro nacional sobre transparencia en la gestión universitaria*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Burgos, Burgos, pp. 73-92.
- MEILÁN GIL, J.L. (2002): "Autonomía local y planeamiento urbanístico", *REAL*, nº 288.
- MERINO ESTRADA, V. (2005): "El sistema competencial de las Entidades Locales", *Revista de Estudios Locales*, nº extraordinario.
- (2009): "Directiva de Servicios y Gobiernos locales: La competencia sostenible entre ciudades", *Revista de Estudios Locales*, núm. 122, Julio-Agosto.
- (2009): "Directiva de Servicios y Gobiernos Locales: La competencia sostenible entre las ciudades", *Revista de Estudios Locales*, 122.
- (2009): "La transposición de la Directiva Bolkestein y los Municipios españoles", *Revista de Estudios Locales*, 117.
- MERINO ESTRADA, V.; MARTÍN FERREIRA, P. (2009): "La transposición de la Directiva de servicios y las entidades locales españoles", en: RIVERO ORTEGA,

- R. (dir.), *Mercado Europeo y Reformas Administrativas. La transposición de la Directiva de servicios en España*. Madrid: Civitas.
- MESTRE DELGADO, J.F. (1997): "Libertad de establecimiento y libre prestación de servicios profesionales en la Unión Europea". *Derecho Privado y Constitución*, nº 11.
- MICHAELS, R. (2005): "Globalizing Savigny? The State in Savigny's Private International Law, and the Challenge of Europeanization and Globalization", *Duke Law School Working Paper Series*, Duke Law School Faculty Scholarship Series, Paper 15 (en Michael Stolleis/ Wolfgang Streeck, Eds., *Politik und Recht unter den Bedingung der Dezentralisierung und Globalisierung*, Baden-Baden: Nomos, 2007).
- MOLINA NAVARRETE, C. (2007): "Unidad de Mercado, Libertad de circulación y de Prestación de Servicios: nuevas dimensiones para la 'gestión del conflicto' entre 'lo económico' y 'lo social'", AA.VV., *Unidad de Mercado y Relaciones Laborales, XXV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones laborales*, Mergablum, Sevilla.
- MOLINA NAVARRETE, C.; ESTEBAN DE LA ROSA, G. (2000): "Mercados nacionales de trabajo, Libertad Comunitaria de prestación de servicios y defensa de la competencia", *comentario de la ley 45/1999, sobre desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación transnacional de servicios*, *Revista del Centro de Estudios Financieros*, núm. 205.
- MOLINIER, J.; DE GROVE-VALDEYRON, N. (2008): *Droit du marché intérieur européen*. París: LGDJ.
- MONNET, J. (2009): "El urbanismo comercial francés de 1969 a 2009: cambios antes y después de la Directiva europea de servicios", en *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo* (dir. H. Villarejo), Comares-Instituto de Estudios Europeos.
- MONTALVO CORREA, J. (1984): "Modelo económico y social de la Constitución y Relaciones laborales", *Jornadas sobre Derecho del Trabajo y Constitución*, Madrid, 1984.
- (2008): "Dialogo social y relaciones laborales", en AA.VV., *El modelo social en la Constitución Española de 1978* (Sempere Navarro, A, dir), MTAS, Madrid.
- MONTERO PASCUAL, J. J. (2008): "La libre prestación de servicios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 14.

- MOORE, S. (1994): "Quantitative Restrictions and Measures having Equivalent Effect - Re-visiting the limits of Article 30 EEC", *European Law Review*, pp. 195-20.
- MORELL OCAÑA, L. (2004): "Requisitos de los contratos. Capacidad y solvencia de las empresas (arts. 10 a 23 de la Ley)", en: *Comentario a la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas*. 2ª ed. ed. Madrid: Thomson - Civitas, pp.123-171.
- MORENO MOLINA, A.M. (2006): *Derecho comunitario del medio ambiente. Marco institucional, regulación sectorial y aplicación en España*, Marcial Pons, Madrid.
- MORENO MOLINA, J.A. (2009): "La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público", en *La nueva Ley de Contratos del Sector Público. Estudio sistemático*, 2ª ed., Las Rozas (Madrid), La Ley, pp.1283-1335.
- MORILLAS GÓMEZ, J. (2001): "Una estrategia para el mercado interior de servicios", *Boletín Económico de ICE*, núm. 2684, pp. 11-15.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I. (2002): "El silencio administrativo tras la reforma de 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas", *Revista de Administración Pública*, 159.
- MORTELMANS, K. (1991): "Article 30 of the EEC treaty and legislation relating to market circumstances: time to consider a new definition?", *Common Market Law Review*, vol. 28, nº 1, pp. 115-136.
- MUÑOZ MACHADO, S. (2000): *La regulación de la red. Poder y Derecho en Internet*. Madrid: Taurus.
- (2006): *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, II. El Ordenamiento Jurídico*. Iustel.
- (2008): "La transposición de la Directiva al ordenamiento español", *Revista APD: Asociación para el Progreso de la Dirección*, núm. 231, (Ejemplar dedicado a: La Directiva Bolkestein: Liberalización al servicio del consumidor) pp. 26-29.
- (2009): "Fundamentos e instrumentos jurídicos de la regulación económica", en MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (dirs.) *Derecho de la Regulación económica. I Fundamentos e Instituciones de la regulación*, ed. Iustel, Madrid, pp. 15-243.
- (2009): "Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios", *Revista General de Derecho Administrativo*, 21.

- (2010): "Las regulaciones por silencio", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 9.
- NAVARRO DEL CACHO, C. (1999): "La licencia comercial prevenida por el artículo 6 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista para la instalación y apertura de grandes establecimientos", *REALA*, nº 280-281.
- NEVADO-BATALLA, P. (2009): "Simplificación administrativa: el allanamiento de procedimientos y trámites para facilitar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio", en: RIVERO ORTEGA, R. (coord.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*. Navarra: Civitas.
- NIEMIEC, J. (2007): "La regulación social, la movilidad y la formación laboral en el nuevo mercado europeo de servicios", en *La Directiva de servicios y la movilidad de los trabajadores en la Unión Europea*. Eurobask. País Vasco.
- NIETO GARCÍA, A. (1991): "La Administración sirve con objetividad los intereses generales", en MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (coord.), *Estudios sobre la Constitución española: Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría, (La Corona, las Cortes Generales, del Gobierno y de las Administraciones Públicas)*, vol. 3.
- OCHOA MONZÓ, J. (2000): "¿Hacia la ciberadministración y el ciberprocedimiento?", en *El Derecho administrativo en el umbral del siglo XXI. Homenaje al prof. Dr. Ramón Martín Mateo*, vol.1, Tirant lo Blanch-Generalitat Valenciana-Universidad de Alicante, Valencia.
- OFFICE OF THE DEPUTY PRIME MINISTER (2005): Planning Policy Statement 6: Planning for Town Centres.
- OHLER, C. (2008): "Verfassungsrechtliche Fragen des europäischen Amtshilfe", in Stefan Leible, *cit.*, pp. 157-173.
- OLAYA, J. (2005): *Blacklisting corrupt companies Global Corruption Report 2005 Berlin*, Transparency International.
- ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G. (1998): "El valor probatorio del documento signado en forma digital", *La Lei de Catalunya*, 216.
- ORTEGA BERNARDO, J. (2003): *Estado, Comunidades Autónomas y Corporaciones Locales ante la gestión de los residuos urbanos*. Madrid: Marcial Pons.
- ORTIZ-ARCE DE LA FUENTE, A. (2005): "Algunas Consideraciones en torno al Derecho internacional privado español. Pasado y presente", en *Soberanía del Estado y Derecho internacional: homenaje al profesor Juan*

- Antonio Carrillo Salcedo*, Secretaría de Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, pp. 965-984.
- OTONÍN BARRERA, F. (2005): *La ordenación de los establecimientos comerciales*. Madrid: La Ley.
- OTTO Y PARDO, I. (1986): *Estudios sobre Derecho estatal y autonómico*. Civitas.
- PALOMAR OLMEDA, A. (2007): *La actividad administrativa realizada por medios electrónicos*. Navarra: Aranzadi.
- PALLINI, M. (2007): "Liberalizzazione dei servizi e rischi (veri e presunti) di dumping sociale nell'Unione europea", *Diritto Pubblico comparato ed europeo*, vol. I.
- PARDO LEAL, M. (2006): La Directiva relativa a las prácticas comerciales desleales: su transposición al Ordenamiento jurídico español. *Revista de Derecho Alimentario*, 16.
- PAREJO ALFONSO, L. (2009): La desregulación de los servicios con motivo de la Directiva Bolkenstein: la interiorización, con paraguas y ómnibus, de su impacto en nuestro sistema. *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, 6.
- PARLAMENTO EUROPEO, Documento de Trabajo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo, de 13 de enero de 2004, relativa a los servicios en el mercado interior, Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, Ponente: Evelyne Gebhardt, Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, Parlamento Europeo, 1999-2004, PE 343.503, 30 de marzo de 2004.
- Documento de Trabajo sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y el Consejo, de 13 de enero de 2004, relativa a los servicios en el mercado interior, Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, Ponente: Evelyne Gebhardt, Comisión de Asuntos Jurídicos y Mercado Interior, Parlamento Europeo, 1999-2004, PE 353.297v01-00, 21 de diciembre de 2004.
- Proyecto de informe sobre la Comunicación de la Comisión relativa a una estrategia para el mercado interior de servicios, PRELIMINAR, COM(2000) 888 –C5-0103/01– 2001/2052(COS), 27 de junio de 2001.
- Resolución del Parlamento Europeo sobre la comunicación de la Comisión relativa a una estrategia para el mercado interior de servicios, A5-0310/2001, (COM(2000) 888 –C5-0103/2001– 2001/2052(COS)), DO C-87E, de 11 de abril de 2002, pp. 239-241.

- PASCUAL ESTEVE, J.M. (1999): *La estrategia de las ciudades*. Barcelona: Diputación de Barcelona.
- PAZ-ARES, C. y ALFARO AGUILA-REAL, J. (2002): "El derecho a la libertad de empresa y sus límites. La defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía general y de la planificación", en MONE-REO PÉREZ [et al.], *Comentario a la Constitución socio-económica de España*. Granada: Comares.
- PEGLOW, K. (2008): "La libre prestation de services dans la directive n° 2006/123/CE. Réflexions sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant", *Revue Trimestrielle de Droit Européen*.
- PELLEGRINO, P. (2007): "Directive sur les services dans le Marché Intérieur. Un accouchement dans la douleur", *Revue du Marché Común et de L'Union européenne*, 504.
- PEMÁN GAVÍN, J. (1992): *Igualdad de los ciudadanos y autonomías territoriales*. Civitas.
- (2009): Artículo 149.1.1. En: CASAS BAAMONDE, M. A. (dir.), *Comentarios a la Constitución española*. Wolters Kluwer.
- PENDÁS DÍAZ, B. (1992): *La prevención en el marco jurídico comunitario. Riesgos comunes y profesionales*, ACARL, Madrid.
- PEÑAS MOYANO, B. Y VILLAREJO GALENDE, H. (2008): "Comercio interior y consumo", *Derecho Público de Castilla y León*. Lex Nova.
- PÉREZ ALENCART, A. (1993): *El Derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo*, Tecnos, Madrid.
- PÉREZ DE LAS HERAS, B. (2004): *El mercado interior europeo: las libertades económicas comunitarias: mercancías, personas, servicios y capitales*. 2ª ed. Bilbao: Universidad de Deusto.
- (2008): "Los derechos de los destinatarios en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior", *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 14.
- PÉREZ FERNÁNDEZ, J.M. (1998): *Urbanismo comercial y libertad de empresa*. Madrid: Marcial Pons.
- PERTEK, J. (2005): *Droit matériel de l'Union européenne*. París: PUF.
- PETITBÓ, J. (1997): "La necesaria modernización del pequeño comercio", en AA.VV.; *Libre competencia y Ley de ordenación del comercio minorista en España*, Cámara Oficial de Comercio e Industria de Madrid, Madrid.

- PICOD, F. (2007): "Le champ d'application de la directive n° 2006/123/CE", *Europe: actualité du droit communautaire*.
- PINGEL, I. (2007): "Le cheminement de la directive relative aux services dans le marché intérieur", *Europe: actualité du droit communautaire*, n° 6, p. 7.
- PIÑAR MAÑAS, J.L. (2007): "Revolución tecnológica, Derecho administrativo y Administración pública", en: *La autorización administrativa. La Administración electrónica. La enseñanza del Derecho administrativo hoy*. Aranzadi, Navarra.
- PIONTEK, E. (1992): "European Integration and International Law of Economic interdependence", *RCADI*, 1992-V, vol. 236, pp. 9-126.
- PLAZA CEREZO, S. (2002): "Las ciudades, nuevos actores mundiales", *Política Exterior*, 85.
- POILLOT PERUZZETTO, S. (2004): "La diversification des méthodes de coordination des normes nationales", *Internormativités et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relations*, Les petites affiches, 5 oct. 2004, pp. 17-31.
- POTET, F. (2005): "Le beau métier de plombier", *Le Monde*, 11 de mayo de 2005.
- POU SERRADELL, V. (2006): "La Comisión y las nuevas políticas para el sector servicios", *Información comercial española*, 83, pp. 219-237.
- PUNZÓN MORALEDA, J. (coord.) (2005): *Administraciones públicas y nuevas tecnologías*. Valladolid, Lex Nova.
- PUNZÓN MORALEDA, J. y SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, F. (2009): *La utilización de medios electrónicos, informáticos y telemáticos en la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público*. Madrid: La Ley.
- QUADRA-SALCEDO FERNÁNDEZ DEL CASTILLO, T. (1995): *Liberalización de las telecomunicaciones, servicio público y Constitución económica europea*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- (2009): "La Directiva de servicios y la libertad de empresa", *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, núm. 7.
- (2009): Clases de Leyes II. Base de Conocimiento Jurídico de IUSTEL. www.iustel.com.
- (dir.) (2009): *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid.

- (2009): "Precisiones sobre el ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios en el mercado interior", en DE LA QUADRA-SALCEDO, T. (dir.), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, ed. Marcial Pons, Madrid, pp. 83-127..
- QUADRA-SALCEDO JANINI, T. (2004): "¿Es el Estatuto de Autonomía una norma capaz de modular el alcance de la legislación básica del Estado?" *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 72.
- (2004): *Unidad económica y descentralización política. Libre circulación de mercancías y control judicial en EEUU y en la Unión Europea*. Tirant Lo Blanch.
- (2006): "El régimen jurídico de los derechos sociales estatutarios. Reflexiones tras la STC 247/2007 de 12 de diciembre". *Revista General de Derecho Constitucional*, nº 5. Iustel.
- (2006): "La reforma de los Estatutos de Autonomía y sus límites constitucionales. La Imposibilidad de "blindar" las competencias autonómicas a través de una mera reforma estatutaria". *Cuadernos de Derecho Público*, nº 24. INAP.
- (2006): *El sistema europeo de distribución de competencias*, Civitas.
- (2007): "¿Quo vadis Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación en la prestación de servicios? *Revista Española de Derecho Europeo*, núm. 22, abril-junio, pp. 237-280.
- (2008): *Mercado nacional único y Constitución*. CEPC.
- RADICATI DI BROZOLO, L. (1993): "L'Influence sur les Conflits de Lois des Principes de Droit Communautaire en matière de Liberté de Circulation", *Revue Critique de Droit International Privé*, nº 82/3, pp. 401-424.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, M. (1979): "Participación y pluralismo en la Constitución de 1978", en AA.VV., *Estudios sobre la Constitución Española de 1978*, Libros Pórtico, Zaragoza.
- RAZQUIN LIZARRAGA, J.A. (2003): "La evolución de la ordenación espacial del comercio minorista: hacia una política territorial integrada", en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas-Endesa-Ibercaja, Madrid.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M.M. (2001): "La regulación de los grandes establecimientos comerciales: últimas novedades, en especial, en Navarra", *RJN*, nº 32.

- REBOLLO PUIG, M. (1999): "La licencia específica para la implantación de grandes establecimientos comerciales", *Estudios sobre Consumo*, nº 51.
- (2002): "La defensa de los consumidores", en MUÑOZ MACHADO, S., GARCÍA DELGADO, J.L. y GONZÁLEZ SEARA, L. (dirs.), *Las estructuras del bienestar. Propuestas de reforma y nuevos horizontes*, Cívitas-Fundación ONCE, Madrid.
- REICH, N. (1992): "Competition between Legal Orders: A New Paradigm of EC Law", *Common Market Law Review*, vol. 29, nº 5, pp. 861–896.
- (1994): "The 'November Revolution' of the European Court of Justice: Keck, Meng and Audi Revisited", *Common Market Law Review*, pp. 459-492.
- RIVERO ORTEGA, R. (2009): "Antecedentes, principios generales y repercusiones administrativas de la Directiva de Servicios. Problemas de su transposición en España", *Revista de Estudios Locales*, 122, julio-agosto.
- (2009): "Reformas administrativas para 2010: La difícil transposición de la Directiva de Servicios en España", *Revista Aragonesa de Administración Pública*.
- (2009): "Aprovechando que el Pisuerga pasa por Valladolid: análisis del Proyecto de Ley Ómnibus" en *XXV edición del Libro Marrón. Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios*. Círculo de empresarios, Madrid.
- (2009): *Derecho administrativo económico*, Marcial Pons, Madrid.
- (2009): "La transposición de la Directiva de Servicios en España", en Rivero Ortega, R., (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Cizur Menor (Navarra).
- (2009): "Reformas del Derecho Administrativo para 2010: La difícil transposición de la Directiva de servicios en España", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, nº 34, pp. 51-80.
- (dir.) (2009): Número extraordinario monográfico sobre la "Transposición de la Directiva de Servicios:", *Revista de Estudios Locales*, nº 122.
- (dir.) (2009): *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- (2010): "La Libertad de Comercio", Ponencia presentada al V Congreso de la AEPDA, San Fernando (Cádiz), 5 y 6 de febrero de 2010.

- RIVERO YSERN, E. (1984): "La Ley del consumidor en la perspectiva de la proyección administrativa", *Estudios de Consumo*, núm. 2.
- (2009): "Autorizaciones de intervención en la Directiva de Servicios: Autorizaciones administrativas, declaraciones responsables y comunicaciones previas", en Rivero Ortega, R., (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Cizur Menor (Navarra).
- (2009): "Autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas", en RIVERO ORTEGA, Ricardo (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Madrid.
- RIVERO YSERN, J.L. (1982): "En torno a la disciplina de mercado", *Documentación Administrativa*, núm. 195.
- ROCA ZAMORA, A. (2008): "La realidad del mercado interior", en JORDÁN GALDUF, J.M. (Coordinador): *Economía de la Unión Europea*. Thomson / Civitas. Navarra. Sexta edición.
- RODRÍGUEZ, S. (2007): "Commentaire sur les deux premières communications", en *Europe*, (junio).
- RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (2009): "Libre circulación de trabajadores en el espacio europeo: del Tratado de Roma a la Directiva Bolkenstein", *RL*, nº 15 y 16, versión electrónica La Ley 13974/2009.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, M. (1999): "El desplazamiento temporal de trabajadores y la Directiva 96/71/CE", *RL*, nº 23.
- (2008): "El caso Rüffert, ¿una constitucionalización del dumping social?", *RL*, nº 15.
- (2008): "Libre prestación de servicios y derecho colectivo del trabajo" en AA.VV.: *El conflicto colectivo y la huelga*. Estudios en homenaje al Profesor GONZALO DIÉGUEZ, J. CABEZA PEREIRO y J. MARTÍNEZ GIRÓN (coord.), Laborum, Murcia.
- (2008): "La configuración constitucional de la Seguridad Social", *RL*, nº 6.
- (2008): "Libertad de prestación de servicios y acción sindical", *RL*, nº 23 y 24.
- ROMÁN DE LA TORRE, M.D. (1992): *Poder de dirección y contrato de trabajo*, Grapheus, Valladolid.
- ROMÁN VACA, E. (2006): "La directiva relativa a los servicios en el mercado interior. La propuesta Bolkenstein", *Temas laborales*, nº 84.

- ROTH, W.H. (2008): "Die Dienstleistungsrichtlinie und der Verbraucherschutz" in Stefan Leible, *cit.*, pp. 205-236.
- RUBIO LLORENTE, F. (1989): "El bloque de constitucionalidad". *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 27. CEPC.
- RUIZ DE APODACA ESPINOSA, A. (2006): "La autorización ambiental integrada", en VV.AA. (dir.: J. ALENZA GARCÍA), *Comentarios a la Ley foral de Intervención para la Protección Ambiental (Ley Foral 4/2005, de 22 de marzo)*, Gobierno de Navarra, Pamplona.
- SÁENZ ROYO, E. (2003): *Estado social y descentralización política. Una perspectiva constitucional comparada de Estados Unidos, Alemania y España*. Civitas.
- SALA FRANCO, T. y ARNAU NAVARRO, F. (1997): *Comentarios a la Ley 31/1995 de Prevención de Riesgos Laborales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- SALTARI, L. (2007): *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria*, Milán, Giuffrè.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A. (2009): "Repercusiones de la transposición de la Directiva de Servicios en la libertad de empresa", en *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios. Libro Marrón*. Círculo de Empresarios. Madrid.
- (2009): "Eficacia y proceso de transposición de la Directiva de servicios en España" en *La Directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Helena Villarejo Galende (dir.), edit. Comares.
- (2009): "La Directiva de servicios y su transposición ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?", en *Mercado Europeo y Reformas Administrativas. La transposición de la Directiva de servicios en España*, dir. Rivero Ortega. Civitas.
- (2009): "Libertad de empresa y Directiva de Servicios", en RIVERO ORTEGA, Ricardo (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Madrid.
- SALVADOR ARMENDÁRIZ, M.A.; VILLAREJO GALENDE, H. (2007): "La directiva de servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra", en *Revista Jurídica de Navarra*, 44.
- (2009): "La Directiva de Servicios y su transposición: ¿una ocasión para repensar el derecho a la libertad de empresa?", en RIVERO ORTEGA, R., (Dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, ed. Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2009, pp. 89-150.

- (2009): Informe de Comunidades Autónomas 2008. *Instituto de Derecho Público*.
- (2009): "El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios", *Informe de Comunidades Autónomas 2008*, Barcelona.
- SÁNCHEZ, V.M.; JULIÀ BARCELÓ, M. (2008): *Lecciones de derecho de la Unión Europea*. Barcelona: Bosch.
- SÁNCHEZ ARMAS, T. (2009): "La Directiva 2006/123/CE de servicios en el mercado interior y la innovación en el comercio", en *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo* (dir. H. Villarejo), Comares-Instituto de Estudios Europeos.
- SÁNCHEZ CALERO, F. (1997): *Instituciones de Derecho Mercantil*, tomo I, McGraw Hill, 20ª ed.
- SÁNCHEZ MORÓN, M. (2009): *Derecho Administrativo. Parte General*, 5ª edic., Tecnos, Madrid.
- SÁNCHEZ SÁNCHEZ, Z. (2009): "Administración electrónica y Directiva de Servicios: ¿al servicio del mercado o paradigma de buena administración?", en RIVERO ORTEGA, R. (coord.): *Mercado europeo y reformas administrativas. La transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, Navarra.
- SANCHO ROYO, D.: *Sociedad de la información y gobierno*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2005.
- SANTAGATA, R. (2006): "La nuova direttiva sui servizi: le repercussions nel diritto del lavoro", *Diritti Lavori Mercati*, nº 3.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A., (2004): *Principios de Derecho Administrativo general*, vol. II, ed. Iustel, Madrid.
- SANZ RUBIALES, Í. (1997): *Los vertidos en aguas subterráneas. Su régimen jurídico*, Marcial Pons, Madrid.
- (2006): "La evaluación de impacto ambiental de proyectos. Algunos problemas de su régimen jurídico", *Revista Jurídica de Castilla y León*, nº 9.
- (2007): "Medio Ambiente", en VV.AA., *Derecho Público de Castilla y León*, Lex Nova, Valladolid.
- SARMIENTO, D. (2005): "Discriminaciones inversas comunitarias y Constitución Española", Civitas. *Revista española de derecho europeo*, nº 15, pp. 375-411.
- SCHLIESKY, U. (2008), "Der einheitliche Ansprechpartner und die Grenzen der Verbandskompetenz", *Leible, cit.*, pp. 43-72.

- (2008): *Die Europäisierung der Amtshilfe*, Berlín, Boorberg Verlag.
- SCHOONER, S. L. (2004): "The Paper Tiger Stirs: Rethinking Suspension and Debarment", *PPLR*, 13, pp. 211-217.
- SCHWARTZ, P. (2001): *Los falsos amigos del pequeño comercio*. Madrid: IDELCO.
- SEGARRA ORTIZ, M.V. (2008): "La Directiva relativa a los Servicios en el Mercado Interior. Pautas de Actuación Futura", en *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 14.
- SEMPERE NAVARRO, A., GARCÍA BLASCO, J., GONZÁLEZ LABRADA, M. y CARDENAL CARRO, M. (1996): *Derecho de la Seguridad y Salud en el Trabajo*, Civitas, Madrid.
- SENDEN, L., "Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where do they meet?", *European Journal of Comparative Law*, Vol. 9.1, January 2005.
- SERRANO OLIVARES, R. (2002): "Condiciones de trabajo relativas al tiempo de trabajo, cuantía salarial, trabajo de menores; prevención de riesgos laborales, igualdad de trato y no discriminación y otros derechos del trabajador", en AA.VV., *Desplazamientos de trabajadores y prestaciones de servicios transnacionales*, CASAS BAAMONDE, M.^a E.; DEL REY GUANTER, S., (dirs.), CES, Madrid.
- (2005): "La propuesta de Directiva Bolkenstein: ¿es razonable la alarma política y sindical suscitada?", *Iuslabor*, nº 2.
- (2005): "La Propuesta de 'Directiva Bolkestein': ¿es razonable la alarma política y sindical suscitada?", *Iuslabor*, nº 2.
- (2006): "La Directiva 2006/123/CE relativa a los servicios en el mercado interior y su impacto en el mercado de trabajo nacional y europeo", *Cuadernos de Derecho Judicial*, nº XXIII.
- SETUÁIN MENDÍA, B. (2002): *El saneamiento de las aguas residuales en el ordenamiento español*. Régimen Jurídico, Lex Nova, Valladolid.
- SNELL, J. (2002): *Goods and services in EC law: a study of the relationship between the freedoms*, Oxford University Press, Oxford.
- SOLOZÁBAL ECHAVARRÍA, J.J. (1998): *Bases constitucionales del Estado autonómico*. McGrawHill.
- (1999): "El Estado social como Estado autonómico". *Teoría y Realidad Constitucional*, nº 3, 1 semestre. UNED.

- (2005): “El Estatuto del Gobierno y su configuración efectiva como órgano del Estado” en *El Gobierno, Problemas constitucionales*, dir. Aragón, M. y Gómez Montoro, A., CEPC.
- STEINER, J. (1992): “Drawing the line: Uses and abuses of Article 30 EEC”, *Common Market Law Review*, vol. 29, nº 4, pp. 749-774.
- STOFFEL VALLOTON, N. (1996): “¿Interpretación ‘estricta’ o ‘restrictiva’ del artículo 36 del TCE? La problemática de las ‘exigencias imperativas’”, *Revista de Instituciones Europeas*, vol. 23, nº 2, pp. 415-454.
- STREINZ, R. (2008): “Die Ausgestaltung der Dientsleistungs-und Niederlasungsfreiheit durch die Dienstleistungsrichtlinie - Anforderungen an das nationale Recht, in Stefan Leible, *cit.*, pp. 97-129.
- SYNNOTT, B. (2008): “Los servicios sociales en la Directiva Bolkestein”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, 14.
- TAPIA HERMIDA, A. (2008): “Libertades fundamentales (libre prestación de servicios y libertad de establecimiento) y medidas de conflicto colectivo. La Comunidad no sólo tiene una finalidad económica, sino también social”, *RTySS-CEF*, nº 301, abril.
- TATO PLAZA, A. (2007): “La Directiva Comunitaria sobre prácticas comerciales desleales de las empresas en su relaciones con los consumidores”, *Autocontrol*, 125.
- TEROL BECERRA, M.J. (dir.) (2005): “Los derechos fundamentales y las nuevas tecnologías”, nº 1 de la revista *Nuevas políticas públicas. Anuario multidisciplinar para la modernización de las Administraciones públicas*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla.
- TORNOS MAS, J. (1989): “Comercio interior, comercio exterior y libertad de empresa”, en: *La empresa en la Constitución Española*, Editorial Aranzadi, Pamplona.
- (1991): “Comercio Interior”, en *Derecho Administrativo Económico*, vol. II, dir. por S. MARTÍN-RETORTILLO, La Ley, Madrid, 1991.
- (2000): “La simplificación procedimental en el ordenamiento español”, *Revista de Administración Pública*, 151, pp. 39-76.
- (2009): “La licencia comercial específica y el régimen de autorizaciones en la Directiva de Servicios”, en *La Directiva de Servicios y su impacto en el comercio europeo* (dir. H. VILLAREJO), Comares-Instituto de Estudios Europeos, 2009.

- TREVILLA, C. (2006): "La reformada directiva Bolkestein", *El País*, lunes, 13 de marzo de 2006.
- TRYFONIDOU, A. (2009): *Reverse Discrimination in EC Law*, Wolters Kluwer, Alphen aan den Rijn.
- TUDELA ARANDA, J. (2003): "A vueltas con el artículo 149.1.1 de la Constitución. Un precepto para dos visiones del Estado" en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín Retortillo*. Coor. Cosculluela Montaner, L. Civitas.
- UYEN DO, T. (2006): "La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur... définitivement hors service?", *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2006-1.
- VALDÉS DAL-RÉ, F. (1978): "Ideologías pluralistas y relaciones de trabajo", *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, 55.
- (2003): "Contrato de Trabajo, Derechos Fundamentales de la persona del trabajador y poderes empresariales: una difícil convivencia", *Relaciones laborales: revista crítica de teoría y práctica*, 22.
- (2008): "Presentación al monográfico: Nuevas perspectivas de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europea", *RL*, nº 15/16.
- VALDÉS DAL-RÉ, F.; ZUFIAUR NARVAIZA, J.M. (2006): *Hacia un mercado europeo de empleo*. Madrid: MTAS.
- VALERO TORRIJOS, J. (2007): *Régimen jurídico de la e-Administración*, Comares, Granada.
- VANDERSANDEN, G. y DEFALQUE, L. (1984): "La notion de mesure d'effet équivalent a une restriction quantitative (art. 30 du Traite CEE)", *Journal des Tribunaux*, pp. 489 y ss.
- VELASCO CABALLERO, F.; SIMOU, S. (2009): "Cooperación interadministrativa en la directiva de servicios", *Revista de Estudios Locales*, nº 122, pp. 166-177.
- VELASCO SAN PEDRO, L.A. (1986): "Las actividades de promoción de ventas en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista", en: *IV Jornadas sobre Distribución Comercial en Castilla y León*. Valladolid: Junta de Castilla y León, pp. 43 y ss.
- (2010): "Las barreras de entrada y su relevancia para el Derecho de la competencia", *Revista de derecho de la competencia y la distribución*, 6, pp. 13-36.

- VENEZIANI, B.; ANDREONI, A. (eds.) (2009): *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lusemburgo*. Roma: Ediesse.
- VERNIMMEN-VAN TIGGELEN, G.; SURANO, L. (2009): *Analyse de l'avenir de la reconnaissance mutuelle en matière pénale dans l'Union Européenne*, Ed. de l'Université de Bruxelles. Rapport Final, Institut d'Etudes Européennes, Université Libre de Bruxelles/ECLAN - European Criminal Law Academic Network.
- VIALE, F. (2007): "El mercado de trabajo y las políticas de empleo frente a la liberalización del sector servicios", en *La Directiva de servicios y la movilidad de los trabajadores en la Unión Europea*. Eurobask. País Vasco.
- VICENTE BLANCO, D.J. (1995): "El sistema de los acuerdos de Schengen desde el Derecho Internacional Privado" I y II, *Revista de estudios europeos*, nº 10 y 11, pp. 47-80 y 91-120.
- (1998): "La Libre Circulación de Personas en la Experiencia de la Unión Europea: Ámbito de Aplicación y Derecho Aplicable", en *Economía Globalizada y MERCOSUR* (Ada LATTUCA y Miguel Ángel CIURO CALDANI, coords.), Ediciones Ciudad Argentina, Buenos Aires, pp. 357-406;
- (1998): "Los métodos normativos del Derecho Internacional Privado en la libre circulación de trabajadores", en: VELASCO SAN PEDRO, L.A. (coord.), *Mercosur y la Unión Europea: dos modelos de integración económica*. Valladolid: Lex Nova, pp. 259-288.
- (2006): "Administración electrónica y regulación estatal: problemas de Derecho Internacional Privado contractual en materia de contratos electrónicos de consumo", en *Gobierno, derecho y tecnología: las actividades de los poderes públicos*, Fernando GALINDO AYUDA (coord.), Civitas/Thomson, Cizur Menor, 2006, pp. 557-584.
- (2009): "La extraterritorialidad de las normas laborales y las limitaciones de la acción sindical en supuestos transfronterizos (¿Primacía de las libertades económicas de circulación comunitarias sobre los derechos fundamentales? El caso del derecho de huelga en la sentencia del TJCE de 19 de diciembre de 2007 en el caso laval)", en *Relaciones laborales y acción sindical transfronteriza*, Alfredo ALLUÉ BUIZA y Enrique Jesús MARTÍNEZ PÉREZ (coords.), Comares, Granada, pp. 35-88.
- VIGNES, D. (1993): "Remarques sur la double nature de la reconnaissance mutuelle", *Hacia un nuevo orden internacional y europeo: Estudios en homenaje al profesor don Manuel Díez de Velasco*, Manuel PÉREZ GONZÁLEZ (coord.), Madrid, pp. 1293-1296.

- VILLAR PALASÍ, J.L. (1964): *La intervención administrativa en la industria*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- VILLAREJO GALENDE, H. (1999): *Régimen jurídico de los horarios comerciales*, Comares, Granada.
- (2008): “La simplificación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior. Sus repercusiones en la administración electrónica española y el desafío que plantea su transposición”, *Revista de Derecho de la Unión Europea*, nº 14, 2008.
- (2008): *Equipamientos comerciales. Entre el urbanismo y la planificación comercial*. Granada: Comares.
- (2008): “Sostenibilidad y revitalización urbana: nuevas propuestas para la regulación de la implantación de los grandes establecimientos comerciales”, *Ciudad y Territorio: Estudios Territoriales*, 156.
- (2009): “La Directiva de servicios en el mercado interior una perspectiva general”, en *Mercado Europeo y Reformas Administrativas. La transposición de la Directiva de servicios en España*, dir. RIVERO ORTEGA. Civitas.
- (2009): “Simplificación administrativa al servicio del Mercado Interior Europeo”, *Libro Marrón del Círculo de Empresarios*, Madrid.
- (2009): “La Directiva de Servicios en el mercado interior: una perspectiva general”, en RIVERO ORTEGA, Ricardo (dir.), *Mercado europeo y reformas administrativas*, Aranzadi, Cizur Menor.
- (2009): “La fierecilla domada: La Directiva de Servicios en el Reino Unido”, *Revista de Derecho local*, núm monográfico, julio.
- (dir.) (2009): *La directiva de servicios y su impacto sobre el comercio europeo*, Comares, Granada.
- VILLAREJO GALENDE, H.; SALVADOR ARMENDÁRIZ, M. (2007): “La Directiva de servicios y la regulación de los grandes establecimientos comerciales en Navarra”, *Revista Jurídica de Navarra*, 44, pp. 70-71
- (2009): “El complejo proceso de transposición de la Directiva de Servicios”, en *Informe de Comunidades Autónomas 2008*, ed. Instituto de Derecho Público, Barcelona.
- VIÑAS FARRÉ, R. (2005): “Posibles incoherencias entre el derecho internacional privado comunitario y la propuesta de directiva del parlamento europeo y del consejo sobre servicios en el mercado interior”, *Cuestiones actuales del derecho mercantil internacional*, CALVO CARAVACA, A.L. y AREAL LUDEÑA, S. (dirs.), Colex, Madrid, pp. 1055-1062.

- VIRGÓS SORIANO, M.; GARCIMARTIN ALFÉREZ, F.J. (2004): "Estado de origen v. Estado de destino", *InDret*, 4.
- VIVER I PI-SUNYER, Carles (1988): *Materias competenciales y Tribunal Constitucional*. Madrid: Ariel.
- VV.AA.: *La regulación del comercio minorista en las Comunidades Autónomas de España*, IE-IEE-IDELCO-Marcial Pons, Madrid, 2001.
- *La estructura y el contenido de la contratación colectiva en Castilla y León*, Junta de Castilla y León, 2001.
- *Firma digital y Administración pública*, INAP, Madrid, 2003.
- *Administración electrónica y procedimiento administrativo*, Ministerio de Economía, Madrid, 2004.
- *La Negociación colectiva en Castilla y León*, Junta de Castilla y León, 2006.
- *La Autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*, Aranzadi, Navarra, 2007.
- *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios, XXV, Libro Marrón del Círculo de Empresarios*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2009.
- *Retos y oportunidades de la transposición de la Directiva de Servicios, XXV Edición del Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2009.
- *Estado de las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones en la Administración Local*, Observatorio Nacional de las Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información-Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, Madrid, 2009.
- WHITE, S. (2005): *Exclusion of Tenderers in the European Union: The Only Way Forward Against Procurement Fraud? Fighting Corruption and Promoting Integrity in Public Procurement*. Paris, OECD.
- WILDERSPIN, M. (2007): "Que reste-t-il du principe du pays d'origine? Le regard des internationalistes", *Europe: actualité du droit communautaire*, n° 6, pp. 26-28.
- WILDERSPIN, M.; LEWIS, X. (2002): "Les relations entre le Droit communautaire et les règles de conflits de lois des Etats membres", *Revue Critique de Droit international Privé*, pp. 1-37; 289-313.
- WINDOFFER, A. (2007): "Die Implementierung einheitlicher Ansprechpartner nach der EU-Dienstleistungsrichtlinie", *NVwZ*, pp. 495-501.

- (2008): "Die Gesetzgebungsvorhaben des Bundes und der Länder zur verwaltungsverfahrensrechtlichen Umsetzung der EG - Dienstleistungsrichtlinie", *DöV*, pp. 797-801.
- (2008): "Das System des einheitlichen Ansprechpartners", in Stefan Leible, *cit.*, pp. 25-42.
- WOODS, L. (2004): *Free movement of goods and services within the European Community*, Ashgate Publishing, Surrey.
- ZAPATERO MIGUEL, P. (2009): "El bucle de la liberalización: Bolkestein en contexto", *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior* (Tomás de la Quadra-Salcedo Fernández del Castillo, dir.), Marcial Pons, Madrid, pp. 13-40.
- ZATARAÍN DEL VALLE, R. (2004): "Recepción jurídica de la Administración electrónica en España. Estrategias para su desarrollo", en *Administración electrónica y procedimiento administrativo*, Ministerio de Economía, Madrid.



Índice detallado

ÍNDICE DETALLADO

PRESENTACIÓN	15
---------------------------	----

PARTE PRIMERA. ASPECTOS GENERALES

CAPÍTULO I

La libre circulación de servicios, el proceso de elaboración de la Directiva y el problema medular del principio de origen	27
---	----

Dámaso-Javier Vicente Blanco.
Profesor Contratado Doctor de Derecho Internacional Privado.
Universidad de Valladolid

1. La libre prestación de servicios y el Derecho de establecimiento en el mercado interior	29
2. La estrategia de Lisboa, la trascendencia de los servicios y la propuesta de Directiva “Bolkestein”	36
3. La elaboración de la Directiva a través del procedimiento de codecisión	40
4. El principio de origen en las libertades de circulación como consecuencia de los principios de reconocimiento mutuo y equivalencia y su pervivencia en la Directiva de servicios en el mercado interior	50
4.1 La génesis del principio de origen (o principio de país de origen) y su derivación de los principios de reconocimiento mutuo y equivalencia	50
4.2 La expansión de los principios de reconocimiento mutuo, equivalencia y origen	60
4.3 El principio de origen en la propuesta de Directiva	68
4.4 ¿Qué quedó del principio de origen en la Directiva 2006/123/28, relativa a los servicios en el mercado interior CE? El artículo 28 y la cooperación intergubernamental	81
5. Conclusión	84

CAPÍTULO II

El ámbito de aplicación de la Directiva: los servicios afectados	85
---	----

Miguel Ángel Sendín García.
Universidad Europea Miguel de Cervantes

1. El debate sobre el ámbito de aplicación de la Directiva: motivos y trascendencia	87
--	----

2. Dificultades para la determinación del ámbito de aplicación de la Directiva	93
3. Elementos definidores del ámbito de aplicación	94
4. Ámbito objetivo	95
5. Ámbito subjetivo	97
6. Exclusiones	101
6.1 Características generales y tipos de exclusiones	101
6.2 Los servicios de interés general	105
6.3 Servicios audiovisuales	116
6.4 Derecho laboral	116
6.5 Fiscalidad	119
6.6 Actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública	120
6.7 Servicios financieros	123
6.8 Juego	123
6.9 Excepciones parciales	124
6.10 Relaciones con las demás disposiciones de Derecho comunitario	128
7. La ampliación del ámbito de la Directiva por el denominado “enfoque ambicioso” en la transposición de la Directiva por parte del Derecho español	130

PARTE SEGUNDA. ASPECTOS CONSTITUCIONALES

CAPÍTULO III

La transposición de la Directiva de Servicios en el Estado Central y en la Comunidad Autónoma de Castilla y León (un estudio de fuentes del Derecho)	139
--	-----

Javier Matia Portilla.
Profesor de Derecho Constitucional.
Universidad de Valladolid

1. Pretensiones	141
2. Algunas consideraciones sobre la directiva como tipo normativo europeo	142
3. La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior: estructura y contenidos	145
4. La transposición de las directivas en el Derecho Español. Especial referencia a la directiva Bolkestein:	147
a. Principios generales	147
b. La transposición de la Directiva Bolkestein en España	150
1. Una tarea tutelada	150
2. Una tarea compleja en el caso español	151

5. Algunas consideraciones críticas sobre la transposición de la Directiva Bolkestein en el Derecho español	159
A. Luces y sombras en el comportamiento del Estado central	160
1. <i>El problema inicial: ¿una transposición centralizada o coordinada?</i>	160
2. <i>Una transposición manifiestamente tardía</i>	161
B. Luces y sombras en el comportamiento de la Comunidad Autónoma de Castilla y León	162
1. <i>La opción del Decreto-Ley</i>	162
2. <i>Una transposición manifiestamente tardía</i>	163
6. Las consecuencias de la incorrecta transposición de la Directiva de servicios	165
A. Algunas consideraciones sobre el eventual efecto directo de la Directiva de servicios	165
B. El principio de responsabilidad estatal	167

CAPÍTULO IV

Estado autonómico y transposición de la Directiva de Servicios	171
Tomás de la Quadra-Salcedo Janini <i>Profesor Titular de Derecho Constitucional.</i> <i>Universidad Autónoma de Madrid</i>	
1. La estrategia gubernamental de transposición de la Directiva de Servicios	173
2. El contenido de la Directiva de Servicios	179
3. La obligación de respetar la distribución de competencias establecida en el ordenamiento nacional a la hora de transponer el Derecho de la Unión Europea	184
4. La Ley paraguas	185
4.1 El artículo 149.1.1 CE como fundamento competencial de la Ley paraguas	186
4.2 El artículo 149.1.13 CE como fundamento competencial de la Ley paraguas	199
4.3 El artículo 149.1.18 CE como fundamento competencial de la Ley paraguas	214
4.4 Acerca del carácter básico de la Ley paraguas	215
4.5 Los pretendidos efectos derogatorios de la Ley paraguas	218
A. <i>Los efectos de la Ley paraguas sobre las normas autonómicas</i>	219
B. <i>Los efectos de la Ley paraguas sobre las normas estatales</i>	229
5. La Ley omnibus	232
6. La propuesta del Dictamen del Consejo de Estado en relación a la posibilidad de dictar una ley de armonización	235
7. El Decreto-Ley omnibus de Castilla y León	237

CAPÍTULO V

El impacto de la Directiva *Bolkestein* sobre la libertad de empresa 241

Antonio Cidoncha Martín
Profesor contratado doctor.
Universidad Autónoma de Madrid

1. Consideraciones introductorias	243
2. Libertad de establecimiento, libertad de prestación de servicios y libertad de empresa	247
3. La garantía del contenido esencial de la libertad de empresa y la Directiva <i>Bolkestein</i>	253
3.1 La garantía del contenido esencial de la libertad de empresa en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional	253
3.2 El impacto de la Directiva <i>Bolkestein</i> en la garantía del contenido esencial de la libertad de empresa	258
4. La reserva de ley en la regulación del ejercicio de la libertad de empresa y la Directiva <i>Bolkestein</i>	264
4.1 El objeto reservado: la regulación del ejercicio de la libertad de empresa y la transposición de la Directiva	264
4.2 El sujeto de la reserva: Estado y Comunidades Autónomas en la transposición de la Directiva	268
5. Otras consideraciones.....	272
5.1 Los sujetos de la economía de mercado y la Directiva <i>Bolkestein</i>	272
5.2 La Administración, la libertad de empresa y la Directiva <i>Bolkestein</i>	274
6. Conclusiones	276

PARTE TERCERA. ASPECTOS ADMINISTRATIVOS GENERALES Y ECONÓMICOS

CAPÍTULO VI

La transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León: valoración crítica de la estrategia de transposición y las medidas adoptadas 281

Ricardo Rivero Ortega
Catedrático (Acreditado) de Derecho Administrativo.
Universidad de Salamanca

1. Introducción: El Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre (Medidas de Impulso de las Actividades de Servicios en Castilla y León) es sólo un primer paso	283
2. El proceso seguido en la Comunidad Autónoma de Castilla y León	285

3. Una cuestión de formas: ¿Es aceptable el recurso al Decreto-Ley autonómico?	290
4. Grado de cumplimiento de las exigencias de la Directiva	296
4.1 Medidas adoptadas	296
4.2 Grado de cumplimiento de cada uno de los epígrafes de la Directiva	302
5. Comparativa autonómica	305
6. Conclusión. Una prospectiva del impacto de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Castilla y León	307

CAPÍTULO VII

Controles administrativos para el acceso al mercado: autorizaciones, declaraciones responsables y comunicaciones previas

.....	311
José Carlos Laguna de Paz <i>Catedrático (Acreditado) de Derecho Administrativo.</i> <i>Universidad de Valladolid</i>	

1. Deber de la Comunidad Autónoma de eliminar los obstáculos innecesarios que restrinjan la libre prestación de servicios	313
2. Actividades sujetas a autorización administrativa	315
2.1 Exigencias para su establecimiento	316
2.2 Su escasa incidencia en la legislación sectorial autonómica	320
3. Actividades sujetas a declaración responsable o comunicación previa	324
3.1 Su regulación	324
3.2 Incidencia en la legislación sectorial	326
4. Actividades sujetas a colegiación obligatoria	327

CAPÍTULO VIII

La reforma de la Ley 16/2002, de 19 de diciembre, de Comercio de Castilla y León

.....	329
Helena Villarejo Galende <i>Profesora Contratada Doctora. Departamento de Derecho Público.</i> <i>Universidad de Valladolid</i>	

1. Introducción	331
2. Consideraciones previas	333
2.1 Finalidad de la reforma: transposición de la Directiva de Servicios	333
A. <i>La Directiva de Servicios y sus repercusiones en el sector comercial</i>	333
a. La llamada a la simplificación administrativa	334
b. La revisión de los regímenes de autorización	338
B. <i>La necesidad de adaptar la normativa comercial estatal y regional a la norma comunitaria</i>	342

2.2 El proceso de transposición de la Directiva de Servicios en el ámbito estatal	346
A. <i>La Ley Paraguas</i>	347
B. <i>La Ley Ómnibus</i>	348
C. <i>El Proyecto de Ley de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista</i>	350
3. Consideraciones generales	353
3.1 Un apunte sobre la oportunidad del método elegido para transponer	353
3.2 Sobre la adecuación al Derecho comunitario	355
A. <i>La reforma de la Ley de Comercio de Castilla y León y la Directiva de Servicios</i>	355
B. <i>La reforma de la Ley de Comercio de Castilla y León y la Directiva sobre las prácticas comerciales desleales</i>	356
3.3 Sobre la adecuación a la Constitución en general y, en particular, al régimen de distribución de competencias	357
3.4 Sobre la adecuación al Proyecto de Ley de Ordenación del Comercio Minorista	360
A. <i>El concepto de gran establecimiento comercial</i>	360
B. <i>¿Han de coincidir las "razones imperiosas de interés general" estatales con las autonómicas?</i>	365
C. <i>¿Qué implica la integración en el procedimiento de autorización comercial de todos los trámites necesarios para la instalación?</i>	369
4. Consideraciones particulares	372
4.1 Determinación del supuesto de hecho sometido a licencia comercial	372
4.2 La imprescindible justificación de la intervención autonómica: la incidencia supramunicipal del establecimiento proyectado	373
4.3 La necesidad de profundizar en la simplificación administrativa	376
4.4 El procedimiento para la tramitación de la licencia comercial	378
A. <i>Exigencias en la fase de iniciación del procedimiento: simplificación administrativa, acuse de recibo, tasa por tramitación</i>	378
B. <i>Exigencias en la fase de instrucción del procedimiento</i>	380
C. <i>Exigencias en la fase de resolución del procedimiento</i>	382
a. Plazo para resolver	382
b. Silencio administrativo: la regla general del silencio positivo y sus excepciones	383
c. Contenido de la resolución	386
4.5 Sobre los criterios materiales en los que se fundamenta la resolución: las razones imperiosas de interés general y la Norma Técnica Urbanística	386

CAPÍTULO IX

Repercusión de la Directiva de Servicios sobre la libertad de empresa en el contexto del marco estatutario de la Comunidad Autónoma de Castilla y León 391

María Amparo Salvador Armendáriz
Profesora Contratada Doctora de Derecho Administrativo.
Universidad de Navarra

- 1. Introducción** 393
- 2. La Directiva de Servicios: contexto y contenido** 394
 - 2.1 Origen político y jurídico: la estrategia de Lisboa 2000 394
 - 2.2 A propósito del contenido de la Directiva de Servicios 397
 - 2.2.1 Rasgos generales 397
 - 2.2.2 *Ámbito objetivo: carácter horizontal de la Directiva de Servicios* 398
 - 2.2.3 *Contenido sustantivo: regulación de los procedimientos autorizatorios* 399
 - 2.2.4 *Otros contenidos. En particular, la simplificación administrativa* 402
- 3. La libertad de empresa a la luz de la Directiva de Servicios** 403
 - 3.1 Una visión panorámica de la consideración e interpretación de la libertad de empresa en la Constitución 403
 - 3.2 Efectos del modelo de transposición sobre la consideración de la libertad de empresa 408
 - 3.3 Algunos interrogantes a propósito del modo de transponer la Directiva de Servicios 411
 - 3.3.1 *De su impacto sobre la interpretación del contenido del art. 38 CE* ... 412
 - 3.3.2 *Del alcance de la transposición estatal* 415
 - 3.3.3 *Del papel de las razones imperiosas de interés general* 417
 - 3.3.4 *Del control jurisdiccional* 418
 - 3.3.5 *De la oportunidad del instrumento normativo* 419
- 4. La libertad de Empresa a la luz de la Directiva de Servicios en el marco estatutario de Castilla y León** 420

CAPÍTULO X

Impacto sobre la Administración Autonómica en cuanto a la simplificación de los trámites aplicables a los prestadores de servicios 425

Teresa Medina Arnáiz
Profesora de Derecho Administrativo.
Universidad de Burgos

- 1. Las previsiones sobre simplificación administrativa en la Directiva de Servicios** 427

2. El Derecho comunitario de la contratación pública y su importancia para la consecución del Mercado único	433
3. La verificación de la aptitud de los candidatos y licitadores a través de las declaraciones responsables	437
4. Las declaraciones responsables en la Ley de Contratos del Sector Público	441
5. Un cambio de modelo de intervención administrativa: de un régimen de autorización administrativa previa al sometimiento de la actividad a una comunicación previa o a una declaración responsable	447
6. La transposición de la Directiva de Servicios en Castilla y León: especial referencia a las declaraciones responsables	449

CAPÍTULO XI

Administración electrónica y Directiva de Servicios.

La transposición real en Castilla y León: ¿para cuándo?	455
---	-----

Zulima Sánchez Sánchez

Profesora Contratada de Derecho Administrativo.

Universidad de Salamanca

1. Falta de concreción de la normativa ¿quién, cómo y cuándo se harán los cambios necesarios para aplicar la Directiva a los procedimientos?	457
2. ¿Por qué la Unión Europea apuesta por la Administración Electrónica?	459
3. Necesidades Concretas de la Unión Europea: Una Administración Europea <i>on line</i>	462
4. La Ley 11/2007 de Acceso Electrónico de los ciudadanos a los servicios. Una norma que se aprobó pensando, fundamentalmente, en la Administración General del Estado	466
5. Administración Electrónica en Castilla y León: insuficiente regulación, dificultades para la aplicación y transposición de la Directiva de Servicios hasta 2011	471
6. Regulación de la Administración electrónica en la Ley 11/2007 y efectos en la normativa castellano-leonesa	476
A. Un mecanismo de buena administración para asegurar los derechos de los ciudadanos	476
B. Ley 11/2007: incumplimiento de las exigencias de la Directiva en las Comunidades Autónomas y los entes Locales, el inicio de la demora	479

7. El Decreto-Ley 3/2009, de 23 de diciembre de Medidas de Impulso de las Actividades de servicios en Castilla y León: otra prórroga para la efectividad práctica de la Directiva en materia de Administración Electrónica	482
A. Una nueva organización	483
B. Un desarrollo tecnológico aún en proceso de elaboración	485
a) e-Identificación y e-Tramitación	486
b) Interoperabilidad	488
c) e-tramitación	489
8. Administración Electrónica para todos los prestadores de servicios, en 2011	489

CAPÍTULO XII

Ventanilla única y Administración electrónica en la transposición de la Directiva de Servicios

Eduardo Gamero Casado
Catedrático de Derecho Administrativo.
Universidad Pablo de Olavide, de Sevilla

1. La Directiva de Servicios en el mercado interior y la ventanilla única electrónica	493
1.1 Naturaleza de la ventanilla única	496
1.2 Contenidos y funcionalidades de la ventanilla única	498
2. Interoperabilidad y ventanilla única	500
2.1 El problema de la interoperabilidad	500
2.2 Las normas dictadas por la Comisión para garantizar la interoperabilidad de las ventanillas únicas a nivel comunitario	505
2.3 La interoperabilidad en la Ley 11/2007	509
3. La ventanilla única en las leyes de trasposición de la Directiva de Servicios	511
4. La implementación de la ventanilla única: el proyecto piloto y su desarrollo	516
4.1 Metodología	516
4.2 Resultados	522

PARTE CUARTA. ASPECTOS SECTORIALES

CAPÍTULO XIII

Directiva de Servicios y Entidades Locales en Castilla y León	529
Valentín Merino Estrada <i>Secretario General del Ayuntamiento de Valladolid</i> Pilar Martín Ferreira. <i>Letrada del Ayuntamiento de Valladolid</i>	
1. Introducción	531
2. El tratamiento a las Entidades Locales en el proceso de transposición	532
3. Orientación estratégica, competencias locales y competencia intermunicipal	536
3.1 La peculiar posición de los gobiernos locales	536
3.2 Orientación estratégica, competencias y competencia	537
3.3 La regulación de servicios comerciales, la competencia y las competencias locales	541
3.4 La incidencia en las competencias locales de la nueva regulación de la actividad comercial en Castilla y León	545
4. La modificación de las normas y procedimientos locales en Castilla y León	550
4.1 Consideraciones generales	550
4.2 Marco normativo de referencia	553
4.3 Sobre la necesidad de elaborar y aprobar una Ordenanza “paraguas”	560
4.4 Ordenanzas afectadas	561
4.4.1 <i>Delimitación del ámbito de aplicación</i>	561
4.4.2 <i>Ordenanzas municipales excluidas de la aplicación del nuevo modelo</i>	564
4.4.3 <i>Ordenanzas a evaluar y, en su caso, modificar o derogar</i>	566
4.4.4 <i>Evaluación de algunos de los supuestos más frecuentes</i>	571
5. Entidades locales y simplificación administrativa	578
5.1 Fundamentos y técnicas de simplificación administrativa local en Castilla y León	578
5.2 Las Entidades Locales en Castilla y León y la VUDS	581
6. Las políticas de calidad de los servicios en el ámbito local	583
6.1 Libertad y Calidad en la prestación de servicios	583
6.2 Modernización administrativa y Calidad	586
6.3 La incidencia de la Directiva de Servicios en las políticas locales de mejora de la Calidad en Castilla y León	588
7. Conclusiones y propuestas	593

CAPÍTULO XIV

Medio Ambiente y Directiva de Servicios en Castilla y León 597

Íñigo Sanz Rubiales
Profesor Titular de Derecho Administrativo.
Universidad de Valladolid

1. Medio Ambiente y Derecho comunitario	
1.1 La protección del ambiente como excepción a las libertades comunitarias	599
1.2 Algo más que una excepción	602
1.2.1 <i>El medio ambiente como objetivo del TCE: en especial, el principio de prevención y la exigibilidad de controles intensos de la actividad privada con incidencia ambiental</i>	602
1.2.2 <i>El medio ambiente como objetivo secundario de la Directiva</i>	604
1.3 La exclusión (indirecta) de algunos servicios ambientales del ámbito de aplicación de la Directiva de Servicios	605
2. Medio ambiente y derecho interno	607
2.1 Las limitaciones ambientales a la actividad privada en el Derecho interno	607
2.2 La Ley Ómnibus estatal impone diversas modificaciones de los servicios ambientales	608
3. Las modificaciones de la normativa sobre servicios ambientales en Castilla y León	612
3.1 Las modificaciones de la Ley de Caza: una incidencia sólo indirecta en el desarrollo de la actividad cinegética	612
3.2 Las modificaciones de la ley de Prevención Ambiental: el núcleo esencial de la reforma	614
3.2.1 <i>Las modificaciones del régimen de licencias y autorizaciones ambientales:</i>	614
A. La sustitución de las licencias de apertura y autorizaciones de puesta en funcionamiento por comunicaciones previas	614
B. El intento de mantener el régimen de las autorizaciones con un mero cambio nominativo: ¿"que todo cambie para que todo siga igual"?	616
C. Otras novedades: la flexibilización del régimen de licencias ambientales	618
3.2.2 <i>Las modificaciones en materia de Evaluación de Impacto Ambiental</i>	618
3.2.3 <i>Las modificaciones de las auditorías ambientales</i>	619
3.3 Las modificaciones de la Ley del Ruido (Ley 5/2009, de 4 de junio, del Ruido de Castilla y León)	621

3.4 Algunas ausencias: las modificaciones de las leyes autonómicas de desarrollo de leyes básicas modificadas por la Ley Ómnibus	621
3.5 Otras modificaciones en proyecto	622
3.5.1 La simplificación de trámites en la Evaluación de Impacto Ambiental	623
3.5.2 La necesaria simplificación de la tramitación de instalaciones de energía renovable	625

CAPÍTULO XV

El mercado de servicios comerciales desde la perspectiva del Derecho de Defensa de la Competencia

Carmen Herrero Suárez
Profesora Contratada-Doctora de Derecho Mercantil.
Universidad de Valladolid

1. Marco normativo de los servicios comerciales	629
1.1 Hacia un mercado único de servicios real: Directiva Bolkestein y transposición al ordenamiento jurídico español	629
1.2 El mercado de servicios comerciales	633
1.2.1 Situación hasta la aprobación de la Directiva de Servicios	633
1.2.2 Cambios normativos introducidos como consecuencia de la transposición de la Directiva de Servicios	636
2. Servicios comerciales y Derecho de la Competencia	639
2.1 Objetivos del Derecho de la Competencia: ¿protección de las Pymes?	639
2.2 Valoración del marco jurídico de ordenación del comercio desde el Derecho de la competencia	643
2.3 Posibilidades de actuación	647

CAPÍTULO XVI

Vertientes laboral y social de la liberalización de los servicios en la Unión Europea

Noemí Serrano Argüello
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.
Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid

1. El sector servicios como motor del empleo	655
1.1 Encuadre	655
1.2 Empleos y movilidad de servicios en el mercado interior y en Castilla y León	657
1.3 El ordenamiento laboral frente a la liberalización de los servicios	659
2. La margen social de la Directiva de servicios	663

3. Materias excluidas y Derechos no afectados	667
3.1 Derecho del Trabajo	668
3.2 Seguridad y Salud laboral	678
3.3 Seguridad Social	681
3.4 Sectores de relevancia laboral y de protección social fuera de la aplicación de la Directiva de servicios	685
4. La afectación a los trabajadores autónomos	688
4.1 Delimitación del trabajo autónomo	688
4.1.1 Autónomos versus falsos autónomos	690
4.1.2 Prohibición de restricciones a la movilidad	691
4.1.3 Trabajo autónomo, parasubordinación y trabajo económicamente dependiente	692
4.2 Precisiones sobre la afectación de la liberalización de los servicios al trabajo por cuenta propia	695
5. Derecho social, libertades comunitarias y Derecho de la competencia ¿pueden convivir en Europa?	699
6. Reflexiones abiertas	708

CAPÍTULO XVII

Derechos sociales y libertades económicas en los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional

Milagros Alonso Bravo

Profesora Contratada-Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Facultad de Derecho. Universidad de Valladolid

1. Los desplazamientos transnacionales de trabajadores. La convergencia de los derechos sociales y las libertades económicas	715
2. La protección de los trabajadores en los desplazamientos temporales de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional	721
2.1 El núcleo duro de condiciones de trabajo	721
2.2 Un apunte sobre la determinación autónoma de condiciones de trabajo en Castilla y León	725
2.3 Las obligaciones formales del prestador del servicio a la luz de la jurisprudencia del TJCE	734
3. El desplazamiento temporal de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional: libertad de prestación de servicios y derechos sociales colectivos	736
3.1 La necesaria articulación de los derechos sociales colectivos y las libertades económicas en el ámbito europeo	736

3.2 El desplazamiento temporal de trabajadores a España. Una reflexión sobre el reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva	739
4. Valoración final	744

CAPÍTULO XVIII

El impacto de la Directiva 2006/123/CE sobre el desplazamiento transnacional de trabajadores. La reforma de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, en materia Laboral y de Seguridad Social

Azucena Escudero Prieto

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universidad de Valladolid

1. Modalidades de desplazamiento transnacional de trabajadores: el desplazamiento temporal y la libre circulación de personas	749
2. Ámbito objetivo de aplicación de la Directiva 96/71/CE	752
2.1 La ley aplicable al contrato del trabajador desplazado	752
3. Ámbito material de protección del trabajador desplazado: el respeto de las condiciones de trabajo mínimas	754
4. La definitiva transformación de la Directiva 96/71/CE en norma de máximos después de los pronunciamientos del tribunal de justicia de las comunidades europeas	758
5. Modificaciones de la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, en materia laboral y de seguridad social	763
5.1 Adaptación de la normativa estatal para adecuarla al mercado interior de servicios	764
5.1.1 Disposiciones dirigidas a la eliminación de impedimentos	764
5.1.2 Disposiciones destinadas a la cooperación administrativa	768
5.2 La reforma del marco normativo de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales para adaptarla a las singularidades que presentan las Pyme	769
5.2.1 La intervención de la normativa comunitaria en materia de prevención de riesgos laborales	771
5.2.2 La aplicación del bloque normativo español sobre prevención de riesgos laborales a los desplazamientos transnacionales	775
5.2.3 El nuevo objetivo de la política preventiva: la integración de la prevención en la empresa	777
5.2.4 La asunción directa de la tarea preventiva por el empresario	779
5.2.4.1 Condiciones exigidas para su configuración	781
5.2.5 Funciones de los servicios de prevención	783
5.2.6 La simplificación del deber de actuación preventiva	785

5.3 Competencias y facultades del comité de seguridad y salud	787
5.4 Equiparación de las cooperativas de trabajo asociado a las empresas contratistas que actúen en el sector de la construcción	787
ADDENDA	
La transposición de la Directiva de Servicios en Portugal	789
Pedro Antonio Pimenta da Costa Goncalbes <i>Profesor de la Facultad de Derecho.</i> <i>Universidad de Coimbra</i>	
1. La Directiva Servicios	791
1.1 De la propuesta Bolkestein a la Directiva Servicios	793
2. Pilares de la reglamentación de la Directiva Servicios	794
2.1 Facilitar la libertad de establecimiento y la libertad de circulación de servicios: la directriz de simplificación administrativa	794
2.1.1 <i>Eliminación de restricciones y trabas al establecimiento de prestadores de servicios</i>	796
2.1.2 <i>Eliminación de restricciones y trabas a la libre circulación de servicios</i>	798
2.1.3 <i>Establecimiento de una Ventanilla Única</i>	799
2.1.4 <i>Implementación de procedimientos administrativos electrónicos</i>	800
2.2 Garantía de la calidad y de la protección de los destinatarios de los servicios	801
2.3 Cooperación administrativa	801
3. Metodologías de ejecución de la Directiva de Servicios	803
4. Los trabajos de ejecución y de transposición de la Directiva de Servicios en Portugal	804
4.1 Estructura organizativa	804
4.2 Inventario y evaluación de las regulaciones existentes	805
4.3 Creación y puesta en práctica de la Ventanilla Única Electrónica	806
4.4 Texto legislativo de transposición	807
4.5 Cooperación administrativa en las tareas de control	807
BIBLIOGRAFÍA	809

