

LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA DIRECTIVA RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR

JUAN JOSÉ MONTERO PASCUAL

Profesor «Ramón y Cajal» de Derecho Administrativo de la UNED.

SUMARIO: I. Introducción. II. La prestación de servicios en el Tratado: 1. Remuneración. 2. Elemento transfronterizo. 3. Diferenciación de las otras libertades de circulación. III. La intervención del TJCE: 1. Las prohibiciones. 2. Las excepciones. 3. Conclusiones. IV. Las directivas sectoriales. V. La propuesta de Directiva Bolkestein. VI. La Directiva 2006/123/CE: 1. Libre prestación de servicios. 2. Servicios excluidos. 3. Excepciones individuales. VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las cuatro libertades de circulación definidas en el Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea es la libertad de circulación de servicios, que se suma a las libertades de circulación de mercancías, personas y capitales. En el ámbito de los servicios debemos diferenciar la libertad de establecimiento de la libertad de prestación de servicios. Ésta última permite prestar servicios en un Estado miembro estando establecido en otro.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha ido perfilando el contenido de la libertad de prestación de servicios. Más allá, las autoridades comunitarias han adoptado algunas directivas sectoriales que han concretado el régimen de prestación transfronteriza de servicios. Especialmente relevante ha sido la «Directiva de Televisión sin Fronteras». No obstante, llegado cierto momento se consideró que el Tratado y las directivas sectoriales resultaban insuficientes y que sólo una directiva

Este artículo ha sido evaluado favorablemente por miembros del Equipo de Evaluación de esta Revista.

transversal podría dotar de contenido concreto a la libertad de circulación de servicios y dar un nuevo impulso a la construcción del mercado único. Surge así la propuesta de Directiva Bolkestein.

El primer borrador de la Directiva introducía el principio del país de origen, esto es, la aplicación de la normativa no del Estado en que se presta el servicio, sino de la normativa del Estado en el que está establecido el prestador del servicio. De esta forma, se eliminarían la mayor parte de las restricciones injustificadas al mercado único de servicios.

No obstante, el principio del país de origen supuso una clara amenaza a la normativa social desarrollada a lo largo de las décadas en Europa Occidental. Si el prestador de un servicio pudiese ignorar la normativa del Estado receptor y aplicar la de su propio Estado, surgiría una competencia a la baja en la normativa de seguridad social, laboral, de seguridad e higiene, etc. Esta competencia a la baja resultaba especialmente amenazadora en el momento de ingreso en la Comunidad de las nuevas democracias de Europa del Este. La amenaza del «fontanero polaco» generó una decisiva oposición a la propuesta de la Comisión.

Las instituciones comunitarias finalmente adoptaron la Directiva 2006/123/CE¹, un texto que no recoge el principio del país de origen y que se limita a recoger de forma genérica los más básicos principios jurisprudenciales sobre la libertad de prestación de servicios. El texto definitivo deja a un lado la jurisprudencia más polémica, al tiempo que excluye de su aplicación grandes ámbitos de actividad, en especial los servicios de interés general.

II. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL TRATADO

El artículo 49 del Tratado introdujo la libertad de prestación de servicios. «En el marco de las disposiciones siguientes, quedarán prohibidas las restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un país de la Comunidad que no sea el del destinatario de la prestación.»

El artículo 50 del Tratado define la noción de servicio a los efectos que nos ocupan. «[...] se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.»

De la mera literalidad del artículo 50 y de su lectura conjunta con el resto de disposiciones relativas a las otras libertades de circulación se desprende la existencia de varios requisitos para la aplicación del mismo.

¹ Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, DOCE L 376/16, de 27.12.2006.

1. Remuneración

El primer requisito es que la actividad en cuestión sea realizada normalmente a cambio de una remuneración². No se exige que en cada caso concreto se perciba la misma, sino que la actividad normalmente esté sujeta a remuneración. Tampoco se exige que la actividad se preste con ánimo de lucro. No es necesario que la remuneración esté llamada a proporcionar un beneficio, sino que basta con que se produzca alguna remuneración, aunque ni siquiera esté llamada a cubrir todos los costes de la prestación. Tampoco se exige que la remuneración la satisfaga el receptor del servicio, ni que sea en dinero, pero sí que la remuneración en especie pueda ser expresada en dinero.

En cualquier caso, el Tribunal de Justicia ha impuesto que la actividad tiene que ser genuina y efectiva y no meramente marginal y complementaria a otra (Asunto *Deliege*³).

2. Elemento transfronterizo

Otro requisito para aplicar el artículo 49 TCE es que la prestación del servicio en cuestión presente un elemento transfronterizo (por ejemplo, Asunto *Höfner*⁴). El Tribunal de Justicia ha interpretado este requisito de forma muy flexible. Así en el Asunto *ANOMAR*, entendió que la exigencia impuesta por las autoridades portuguesas de instalar máquinas de juego tan sólo en espacios designados en casinos presentaba un elemento transfronterizo, ya que afectaba a jugadores de otros Estados miembros desplazados a Portugal.

En cualquier caso, El Tribunal ha dejado claro que la aplicación del artículo 49 TCE no debe llevar a resultados abusivos ajenos al objetivo de la norma (Asunto *Kefalas*⁵).

3. Diferenciación de las otras libertades de circulación

Si bien no existe una relación jerárquica entre las cuatro libertades de circulación, sí que es cierto que el Tratado especifica que cabe calificar como de prestación de servicios las actividades que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, personas o capitales.

El Tribunal de Justicia ha interpretado que para clasificar cada prestación debe atenderse a la naturaleza preponderante de la misma. Así, aún cuando exista un elemento material (un documento en el que se recoge un permiso, por ejemplo) o financiero (un depósito, por ejemplo), si lo preponderante es la prestación de un servicio, se clasificará la prestación como servicio.

² STJCE 4.10.1991, *Grogan*, As. C-20/92, Rec. I, pág. 4685.

³ STJCE 11.4.2000, *Deliege*, As. C-51/96 y C-191/97, Rec. I, pág. 2549.

⁴ STJCE 23.4.1991, *Höfner y Elser*, As. C-41/90 Rec. I, pág. 1979.

⁵ STJCE 12.5.1998, *Kefalas*, As. C-158/96, Rec. I, pág. 2843.

Más delicado es diferenciar la prestación de servicios transfronterizos del establecimiento para la prestación de servicio. Cuando un operador se desplaza a otro Estado miembro para ejercer en él una actividad de servicios, hay que distinguir entre las situaciones que entran en el ámbito de aplicación de la libertad de establecimiento y las que entran en el ámbito de aplicación de la libre circulación de servicios. El elemento clave, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es la temporalidad⁶. Si un operador establecido en un Estado presta servicios en otro de forma temporal, entonces no estamos ante la libertad de establecimiento sino ante la libertad de prestación de servicios. Con arreglo a la jurisprudencia constante del Tribunal de Justicia, el carácter temporal de las actividades de que se trate debe apreciarse no solo en función de la duración de la prestación, sino también en función de su frecuencia, periodicidad o continuidad. El carácter temporal de la libre prestación de servicios no debe excluir la posibilidad de que el prestador se dote de cierta infraestructura en el Estado miembro en el que presta el servicio (incluida una oficina, un gabinete o un estudio) en la medida en que sea necesaria para hacer efectiva la prestación de que se trate.

III. LA INTERVENCIÓN DEL TJCE

1. Las prohibiciones

El contenido básico del artículo 49 TCE, y en el que se centraron primeramente las autoridades comunitarias, es la prohibición de discriminaciones. Así, resultan incompatibles con el tratado las disposiciones y actos nacionales que directamente establezcan una discriminación en perjuicio de los operadores de otro Estado miembro que deseen prestar servicios desde otro Estado miembro.

Más allá, las autoridades comunitarias comenzaron a atajar medidas que siendo aplicables por igual a nacionales y extranjeros, tenían en la práctica un efecto obstaculizador de la actividad de empresas establecidas en otros Estados miembros. Estos supuestos fueron bautizados como discriminaciones indirectas. Este fue el caso de exigencias de residencia en el Estado para la prestación de determinados servicios (Asunto Seguros en Alemania⁷).

El Tribunal de Justicia ha aclarado que el artículo 49 TCE no se limita a prohibir discriminaciones directas sino, más allá, las restricciones a la libre prestación de servicios. Por tanto, medidas aplicables por igual a nacionales y no nacionales podrían ser no discriminatorias pero sí prohibir o impedir la prestación de servicios (Asunto Säger⁸). Más allá, el Tribunal ha llegado a declarar contrarias al artículo 49

⁶ STJCE 17.12.1981, *Webb*, As. C-279/80, Rec. pág. 3305.

⁷ STJCE 23.5.1985, *Seguros en Alemania*, As. C-29/84, Rec. pág. 1661.

⁸ STJCE 25.7.1991, *Säger*, As. C-76/90, Rec. I, pág. 4221.

TCE medidas que hagan «más difícil» la prestación de servicios por nacionales de otros Estados⁹.

El Tribunal de Justicia ha llegado a declarar contrarias al Tratado medidas más delicadas como las vinculadas a la Seguridad Social, a las relaciones laborales o a los monopolios públicos. Así, no son infrecuentes las sentencias que declaran incompatible con el Tratado la obligación de satisfacer pagos a la Seguridad Social del Estado destinatario cuando ya se satisfacen en el Estado de origen¹⁰. De igual forma, el TJCE ha declarado incompatible con el Tratado la imposición por el Estado de destino de regímenes laborales específicos¹¹. Finalmente, El Tribunal de Justicia ha llegado a declarar contrarios al Tratado diversos derechos exclusivos otorgados por las autoridades nacionales¹².

2. Las excepciones

Los artículos 45 y 46 del Tratado contemplan excepciones a la aplicación de la regla general de libre prestación de servicios. El artículo 45 establece que «[l]as disposiciones del presente capítulo no se aplicarán, en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que, en dicho Estado, estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público.»

El artículo 46 dispone que «[l]as disposiciones del presente capítulo y las medidas adoptadas en virtud de las mismas no prejuzgarán 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».

El Tribunal de Justicia siempre ha considerado que las excepciones a la regla general de libertad de prestación de servicios han de ser interpretadas restrictivamente¹³. Más allá, ha ido perfilando criterios para aplicar las excepciones (ver, por ejemplo el párrafo 39 de la sentencia en el Asunto Gebhard).

Primero, la excepción debe ser no discriminatoria, esto es, debe imponerse por igual a operadores establecidos en el Estado y en otros Estados miembros.

Segundo, la excepción debe derivar de la necesidad de proteger un interés público. El Tratado refleja expresamente el orden la seguridad y la salud públicas. El TJCE ha considerado intereses públicos protegibles la protección de los trabajadores, la protección de los consumidores, la cohesión del sistema fiscal, el balance de sistema de Seguridad Social, la propiedad intelectual, el patrimonio histórico, o el medio ambiente. Por el contrario, el Tribunal excluye sistemáticamente los intereses exclusivamente económicos o las justificaciones puramente administrativas.

⁹ STJCE 5.10.1994, *Comisión contra Francia*, As. C-381/93, Rec. I, pág. 5145.

¹⁰ STJCE 3.2.1982, *Seco*, As. C-62 y 63/81, Rec. pág. 223.

¹¹ STJCE 5.6.1997, *SETTG*, As. C-398/95, Rec. I, pág. 3091.

¹² STJCE 25.7.1991, *Mediawet II*, As. C-353/89, , Rec. I, pág. 4069.

¹³ STJCE 9.3.2000, *Comisión contra Bélgica*, As. C-355/98, Rec. I, pág. 1221.

Tercero, el interés público en cuestión no debe estar contemplado en el país de origen del prestador del servicio. Si el interés público en cuestión ya ha sido tomado en consideración y protegido como el Estado de origen estima oportuno y suficiente, no cabe imponer ulteriores restricciones.

Cuarto, las excepciones han de ser apropiadas, necesarias, indispensables y no deben existir medios menos onerosos para obtener el mismo resultado. Estos requisitos son el resultado de la aplicación de la regla de proporcionalidad.

El Tribunal de Justicia ha tendido a interpretar restrictivamente las excepciones, pero ha sido sensible al uso abusivo o fraudulento de la libertad de prestación de servicios dirigido a evitar las obligaciones que derivan del establecimiento en un Estado miembro¹⁴.

3. Conclusiones

La jurisprudencia en materia de libre prestación de servicios ha ido evolucionando. De la prohibición de las discriminaciones directas se ha pasado a la prohibición de todas las discriminaciones, directas e indirectas. Más allá, el TJCE ha llegado a declarar incompatibles con el Tratado requisitos y limitaciones definidos por las autoridades nacionales que afectan a campos tan delicados como la seguridad social, las relaciones laborales o los monopolios públicos. La valoración de la justificación de las excepciones a la prestación de servicios, no obstante, exige un delicado análisis caso por caso por parte del Tribunal, lo que supone una innegable inseguridad jurídica y un obstáculo para el desarrollo del mercado único.

IV. LAS DIRECTIVAS SECTORIALES

Ya el Tratado en su artículo 52 contemplaba la posibilidad de que se adoptasen directivas específicas para liberalizar la prestación transfronteriza de servicios. En este marco han sido aprobadas diferentes directivas, entre las que destaca la Directiva de Televisión sin Fronteras¹⁵.

La Directiva de Televisión sin Fronteras adelanta el principio del país de origen. El servicio objeto de la Directiva, la difusión de televisión, se regirá por la normativa del Estado de origen de la entidad que presta el servicio y no por la normativa del Estado en que se recibe el servicio.

No obstante, debe tenerse en cuenta que la introducción de este principio parte de la imposición de unas garantías mínimas en temas sociales como la protección de la infancia y la juventud, limitaciones de publicidad, etc. Sólo en el momento en

¹⁴ *Vide supra Kefalas.*

¹⁵ Directiva 89/552/CEE del Consejo, de 3 de octubre de 1989, sobre la coordinación de determinadas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva, DOCE L 298/23, de 17.10.1989.

que se garantiza una normativa para toda Europa puede introducirse sin mayor riesgo el principio de regulación del Estado de origen.

V. LA PROPUESTA DE DIRECTIVA BOLKESTEIN

En 2002 la Comisión Europea hizo público un informe sobre el estado del mercado interior de servicios¹⁶ que constató el fracaso de diez años de políticas dirigidas a la consecución del mercado interior en servicios. Como consecuencia, la Comisión propuso en 2004 una Directiva específica sobre la materia, dirigida a potenciar la unificación de los mercados de servicios, la propuesta fue bautizada como la Directiva Bolkestein.

La Comisión entendió que la supresión de los obstáculos a la prestación de servicios no puede hacerse exclusivamente mediante la mera aplicación del artículo 49 del Tratado. Por una parte, el volumen de procedimientos de infracción contra los Estados miembros sería inabarcable, en especial a la luz de la entrada de nuevos miembros. Por otra parte, la eliminación de obstáculos exige la previa armonización de las legislaciones nacionales.

La propuesta de directiva no tenía por objeto fijar normas detalladas o armonizar la totalidad de las normas de los Estados miembros aplicables a las actividades de servicios. Un enfoque de ese tipo entrañaría un exceso de reglamentación y la uniformización de las peculiaridades de los sistemas nacionales de regulación de los servicios. Por el contrario, en la propuesta se tratan únicamente las cuestiones esenciales para el buen funcionamiento del mercado interior de servicios al dar prioridad a las disposiciones en las que se prevé una armonización orientada hacia puntos precisos, la fijación de obligaciones de resultado claras, que no prejuzgan las técnicas jurídicas de su realización, y las disposiciones cuyo objetivo es aclarar los papeles respectivos del Estado miembro de origen y del Estado miembro de destino del servicio.

Uno de los pilares básicos de la propuesta de la Comisión fue la consagración del principio del país de origen, por el cual el prestador está sujeto únicamente a la ley del país en el que esté establecido y los Estados miembros no deben imponer restricciones a los servicios prestados por un prestador establecido en otro Estado miembro.

La propuesta de la Comisión contemplaba excepciones así como diferentes medidas armonizadoras para generar la confianza recíproca entre los Estados miembros. Entre estas medidas destacaban la armonización de la legislación en materia de protección de los consumidores, el fomento de instrumentos de acreditación de la calidad como códigos de conducta, cartas de calidad, certificaciones voluntarias, etc., y el refuerzo de la asistencia recíproca entre las autoridades nacionales para el control de los prestadores.

¹⁶ COM(2002) 441 final, 30.7.2002.

La propuesta de la Comisión provocó una agria respuesta social liderada por los sindicatos, en especial por la Confederación Europea de Sindicatos. Dos fueron los focos de atención. Primero, el principio del país de origen. Se entendió que este principio incentivaría el denominado «*dumping* social». Los Estados tendrían incentivos para reducir sus niveles de exigencia en materia laboral, fiscal, de seguridad e higiene, etc., para así atraer el establecimiento de empresas en su territorio. Segundo, los servicios de interés general. La propuesta de directiva excluía de su objeto las prestaciones no sujetas a remuneración (policía, justicia, etc.) pero no excluía los servicios económicos de interés general. La propuesta fue interpretada como una amenaza al modelo social europeo.

VI. LA DIRECTIVA 2006/123/CE

La reacción a la propuesta de la Comisión llevó a la aprobación final de un texto con decisivas modificaciones. Primero, se eliminó la referencia al principio del país de origen. Segundo, la directiva se limitó a recoger los principios más asentados de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, evitando los asuntos más espinosos. Finalmente, numerosos servicios fueron excluidos de la Directiva o al menos de la parte relativa a la libertad de circulación de servicios.

1. Libre prestación de servicios

El punto de partida definido en el artículo 16.1 es que «[l]os Estados miembros respetarán el derecho de los prestadores a prestar servicios en un Estado miembro distinto de aquel en el que estén establecidos.»

Como corolario al derecho de prestación de servicios, y a fin de hacerlo efectivo, la Directiva impone a los Estados miembros asegurar la libertad de acceso y el libre ejercicio de la actividad de servicios dentro de su territorio. La prestación de servicios a menudo, aunque no siempre, exige la presencia física de una persona. Por lo tanto, el acceso al territorio del Estado en el que se presta el servicio suele ser un requisito ineludible para la prestación del servicio. El acceso al territorio para la prestación del servicio queda así vinculado al régimen de la libertad de circulación de servicios, tal y como hace ya tiempo sentenció el Tribunal de Justicia.

Reconocido el derecho y sus corolarios, la clave reside en determinar el régimen jurídico que será aplicable a la prestación del servicio. La versión final de la Directiva parece renunciar al principio del país de origen. De hecho esta expresión ni siquiera aparece en la Directiva. No obstante, se ha de partir del hecho de que el prestador se va a regir, en principio, por la normativa del Estado de origen, al menos por lo que respecta al reconocimiento de su personalidad jurídica y capacidad de hacer. A partir de este punto, quedará sujeto a la normativa del país de destino pero sólo en cuanto esta normativa no restrinja su derecho a prestar el servicio sin estar allí establecido.

La Directiva se limita a recoger la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de circulación de servicios y para ello define una lista cerrada de requisitos prohibidos (lista negra) así como los criterios para valorar la licitud del resto de requisitos que puedan ser impuestos por los Estados miembros.

1.1. Requisitos prohibidos

El artículo 16.2 recoge una lista de requisitos que no pueden ser impuestos por las autoridades nacionales a los operadores económicos establecidos en otros Estados miembros que deseen prestar servicios en su territorio. Estos requisitos recogen, en gran medida, la jurisprudencia consolidada del Tribunal de Justicia.

Primero, los Estados no pueden exigir que el prestador esté establecido en el territorio nacional. Esta exigencia atentaría contra el contenido esencial de la libre circulación de servicios y como consecuencia ha sido reiteradamente excluida por el TJCE¹⁷. El prestador puede proporcionar sus servicios estando establecido en otro Estado miembro.

Segundo, los Estados no pueden exigir 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. La regla general es que la habilitación en el Estado de origen es suficiente si reconoce las mismas competencias. La comparación de las competencias resulta más sencilla si se ha producido una armonización de títulos. Así se ha consolidado en la jurisprudencia del TJCE¹⁸. No obstante, la propia directiva contempla excepciones para el caso de las profesiones reguladas, como se desarrolla más adelante.

Tercero, los Estados no pueden exigir 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.

Cuarto, los Estados no pueden imponer un régimen contractual particular entre el prestador y el destinatario que impida o limite la prestación de servicios con carácter independiente.

Quinto, los Estados no pueden obligar al prestador a poseer un documento de identidad específico para el ejercicio de una actividad de servicios, expedido por las autoridades competentes.

Sexto, los Estados no pueden imponer 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.

Finalmente, los Estados no pueden restringir al proveedor imponiendo al receptor del servicio las obligaciones expresamente prohibidas en el artículo 19 de la Directiva.

¹⁷ STJCE 9.7.1997, *Parodi*, As. C-222/95, Rec. I, pág. 3899.

¹⁸ STJCE 22.3.1994, *Guías Turísticas España*, As. C-375/92, Rec. I, pág. 923.

1.2. Valoración de otros requisitos

Más allá de la prohibición expresa de ciertos requisitos, la Directiva define las reglas generales conforme a las cuales ha de valorarse la licitud de los requisitos a los que quedan sujetos los prestadores de servicios no establecidos en el territorio. Una vez más, estas reglas reflejan en gran medida la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

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: no discriminación, necesidad y proporcionalidad.

Por lo que respecta al principio de no proporcionalidad, dispone la Directivas que «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». Se recoge el principio firmemente establecido en la jurisprudencia.

Recoge la Directiva la diferenciación entre la discriminación directa e indirecta fruto de la evolución jurisprudencial. Como vimos, en un primer momento las autoridades comunitarias centraron la aplicación del artículo 49 del Tratado en los casos de discriminación directa, casos en los que los operadores extranjeros quedaban sujetos a normas diferenciadas y perjudiciales. No obstante, la evolución jurisprudencial, basada en la literalidad del artículo 49, llevó a declarar la ilegalidad de requisitos que si bien se aplicaban por igual a nacionales y extranjeros, suponían un obstáculo innecesario para la libre prestación de servicios.

Los casos de discriminación directa plantean pocas dudas de incompatibilidad con el Tratado. Más dudas plantean los casos de discriminación indirecta. En estos casos resultan de interés los otros dos principios que recoge el artículo 16.1.

El principio de necesidad queda enunciado en la Directiva del siguiente modo: «el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente».

Recordemos que ya el Tratado contempla la posibilidad de que se impongan requisitos especiales cuando lo exija el orden público, seguridad y salud pública (artículos 55 y 46 TCE). Se añade ahora la protección del medio ambiente. Este ha sido tradicionalmente el caballo de batalla de los Estados miembros. Reconociendo la validez del principio general de libertad de circulación de servicios, alegan la necesidad de excepcionar la aplicación en el caso concreto por la naturaleza del servicio en cuestión y su impacto en valores superiores reconocidos en el Tratado.

Finalmente, el principio de proporcionalidad queda enunciado del siguiente modo: «el requisito deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo.» Se recoge así la tradicional posición jurisprudencial sobre las limitaciones a las cuatro libertades de circulación.

Se puede concluir que el artículo 16 de la Directiva sigue de cerca la literalidad del Tratado y se limita, en lo fundamental, a positivizar los principios desarrollados a lo largo del tiempo por el Tribunal de Justicia.

2. Servicios excluidos

Una larga lista de servicios ha sido excluida de la Directiva total o parcialmente. Por una parte, el artículo 2.2 contiene una lista de servicios excluidos de la Directiva. Por otra parte, el artículo 17 de la Directiva excluye la aplicación de las normas definidas en el artículo 16, libertad de prestación de servicios, a otra una lista de servicios. Distingamos diferentes categorías.

2.1. Servicios de interés general

Hemos visto que una de las principales críticas lanzadas contra la propuesta de la Comisión fue la amenaza que suponía para el modelo de los servicios de interés general. El texto definitivo de la Directiva realiza un claro esfuerzo para eliminar amenazas a estos servicios.

El artículo 1 contiene una declaración general sobre el objeto de la Directiva. Aclara que la Directiva «no trata la liberalización de servicios de interés económico general reservados a las entidades públicas o privadas ni la privatización de entidades públicas prestadoras de servicios [...] no trata la abolición de monopolios prestadores de servicios ni las ayudas concedidas por los Estados miembros amparadas por normas comunitarias sobre competencia. [...] no afecta a la libertad de los Estados miembros de definir, de conformidad con la legislación comunitaria, lo que consideran servicios de interés económico general, cómo deben organizarse y financiarse dichos servicios con arreglo a las normas sobre las ayudas públicas y a qué obligaciones específicas deben supeditarse».

Por lo que respecta a los servicios de interés general, el artículo 2 expresamente dispone que la Directiva no se aplicará a los servicios no económicos de interés general. No resulta novedosa esta aclaración, ya que estas prestaciones, al no tener contenido económico, no quedan incluidas en el concepto de servicio del artículo 50 del Tratado. De forma expresa el artículo 2 excluye de la Directiva los servicios sanitarios, así como los servicios sociales relativos a la vivienda social, atención a niños y atención a dependientes, siempre que estos servicios sean prestados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas por el Estado.

Por lo que respecta a los servicios de interés económico general, estas prestaciones, en cuanto económicas, sí que son consideradas servicios y sí que quedan incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva. No obstante, el artículo 17 excluye la aplicación a estos servicios de las normas de libertad de circulación de servicios definidas en el artículo 16. En concreto, quedan excluidos los servicios postales, los servicios del sector eléctrico, los servicios del sector del gas, los servicios de gestión de aguas y los servicios de tratamiento de residuos. No obstante, el considerando 70 de la Directiva recuerda que los servicios sólo pueden considerarse servicios de interés económico general si se prestan en ejecución de una tarea especial de interés público confiada al prestador por el Estado miembro en cuestión. Este encargo debe hacerse por medio de uno o varios actos, cuya forma ha de deter-

minar el Estado miembro de que se trate, y debe precisar la naturaleza concreta de la tarea especial. Se sigue así lo establecido por el TJCE en asuntos como *Altmark*.

2.2. Actividades vinculadas al ejercicio de autoridad pública y similares

El artículo 2.2.i) de la Directiva excluye de su ámbito de aplicación las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 del Tratado.

Del mismo modo, quedan excluidos del ámbito de aplicación de la directiva los servicios prestados por notarios y agentes judiciales y los servicios de seguridad privada y las actividades de juego por dinero.

El artículo 17 excluye la aplicación de las reglas definidas en el artículo 16 a las actividades de cobro de deudas por vía judicial, transporte de residuos, etc.

2.3. Otros

La Directiva incluye una larga lista de actividades excluidas. A título de ejemplo, el artículo 2 excluye de su ámbito de actuación los servicios financieros, los servicios de transporte, los servicios de telecomunicaciones y los servicios de televisión. El artículo 17 excluye la aplicación el artículo 16 a los servicios de abogados o arrendamiento financiero de vehículos.

3. Excepciones individuales

Más allá de las exclusiones del ámbito de aplicación de la Directiva del artículo 2 y de las excepciones generales a las obligaciones del artículo 16 previstas en el artículo 17, la Directiva contempla en el artículo 18 un régimen de excepciones individuales por motivos de seguridad: «[...] con carácter excepcional, los Estados miembros podrán tomar medidas relativas a la seguridad de los servicio respecto de un prestador que tenga su establecimiento en otro Estado miembro».

La aplicación de estas medidas excepcionales exige que se siga un procedimiento específico previsto en el artículo 35 de la Directiva. Así, el Estado de destino pedirá al de origen que adopte medidas contra el operador que amenaza la seguridad. El Estado de origen deberá comunicar lo antes posible si adopta alguna medida o no. Antes de que el Estado de destino adopte una medida individual, deberá comunicarlo a la Comisión y al Estado de origen, justificando por qué las medidas del Estado de origen son insuficientes y por qué son necesarias las medidas propuestas en el país de destino. Quince días después de realizada esta última comunicación podrán ser adoptadas las medidas. La Comisión podrá adoptar una decisión pidiendo que el Estado de destino se abstenga de tomar la medida en cuestión o que ponga fin a las ya a las ya tomadas. Se contempla igualmente un procedimiento de urgencia.

El artículo 18 exige, además, que se cumpla una serie de condiciones. Primero, las disposiciones nacionales en virtud de las cuales se adopte la medida en cuestión no han de ser objeto de armonización comunitaria. Si lo han sido, no se permite que el Estado miembro sea más exigente con los operadores establecidos en otro Estado. Segundo, la medida ha de ofrecer un mayor grado de protección que el resultante si se aplica la legislación del país de origen. Tercero, el Estado de origen no ha adoptado las medidas previstas por el procedimiento del artículo 35. Cuarto, la medida ha de ser en todo caso proporcionada.

VII. CONCLUSIONES

La Comisión Europea propuso una auténtica revolución en el régimen de prestación de servicios con la implantación generalizada del principio del país de origen y con la aplicación de esta norma incluso a los servicios económicos de interés general.

La reacción a la propuesta de la Comisión ha provocado una revisión en profundidad de las normas de la Directiva en materia de prestación transfronteriza de servicios. Así, la Directiva se limita, en lo fundamental, a recoger la jurisprudencia más consolidada del Tribunal de Justicia en aplicación del artículo 49 del Tratado. Más allá, la Directiva excluye de su ámbito de aplicación o al menos de la aplicación del artículo 16 relativo a la libre prestación de servicio, amplios segmentos de servicios, y en especial los servicios de interés económico general, servicios objeto de las restricciones del artículo 49 TCE. Más allá, la Directiva aclara que sus disposiciones no impedirán que en la prestación transfronteriza de servicios se apliquen las condiciones de empleo del país de recepción, incluidas las establecidas por convenios colectivos.

Parece claro que la Directiva no ha profundizado en el desarrollo de la libertad de prestación de servicios, sino que se limita a positivizar los principios jurisprudenciales más arraigados, evitando los asuntos más espinosos.