

LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA DIRECTIVA RELATIVA A LOS SERVICIOS EN EL MERCADO INTERIOR

FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA

*Profesor Titular de Derecho Internacional Público.
Universidad Rey Juan Carlos de Madrid.*

SUMARIO: I. Introducción. II. La actuación y la cooperación administrativas en torno a la naturaleza del acto normativo comunitario y de la elección de los principios de Estado de origen o Estado de destino: 1. *El modelo de «cooperación administrativa integrada».* 2. *El modelo de cooperación administrativa de asistencia informativa.* III. El modelo intermedio de la Directiva de servicios: una cooperación administrativa «desorientada» tendente a las medidas excepcionales de urgencia: 1. *La cooperación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior.* 2. *Obligaciones generales de asistencia recíproca del Estado miembro de establecimiento. Controles virtuales sobre servicios extraterritoriales.* 3. *Supervisión por parte del Estado miembro en el que se preste el servicio en caso de desplazamiento del prestador: de la creación de un «gran banco de datos de autorizaciones administrativas» al colapso informativo de la cooperación administrativa por exceso de discrecionalidad. El mecanismo de urgencia de la asistencia recíproca en caso de excepciones individuales.* 4. *Los mecanismos generales y descentralizados de alerta y honorabilidad del prestador: descentralización frente a un registro único.* 5. *Las obligaciones generales de la asistencia recíproca. ¿Un sistema abocado al recurso por incumplimiento?* IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

La cooperación administrativa se perfila como uno de los elementos clave en la realización del mercado interior en una Unión Europea que si bien ha avanzado en el entramado de un tejido administrativo directo y de coordinación, sin embargo sus objetivos se hacen depender en gran medida de la actuación administrativa de los

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

Estados miembros, siempre atentos a los principios de subsidiaridad, proporcionalidad e identidad nacional, generando lo que se ha denominado la administración indirecta, incluso difusa, del Derecho comunitario¹. La supresión de fronteras de todo tipo en la realización de este mercado de libertades económicas sin haber armonizado las múltiples, distintas y convergentes políticas afectadas puede ocasionar importantes desajustes y desequilibrios en ámbitos sociales y de protección en los que se han invertido muchos años y esfuerzos en la reciente historia europea. Para evitar estos fallos en el modelo social y de garantías europeo en una Unión que confía su consecución en el funcionamiento y dinámica propias del mercado interior y se reserva un papel de mera coordinación de las políticas nacionales sin instaurar una verdadera política social (art.136 TCE), se requiere una eficaz y ágil cooperación administrativa cuyo éxito dependerá de que la misma se articule mediante una regulación comunitaria clara e imperativa que garantice vías de actuación rápidas, suficientemente interconectadas y eficaces. Como indicara el Dictamen del Consejo Económico y Social a la entonces denominada propuesta de «Directiva Bolkestein», el principio del país de origen «no puede ser operativo si la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros no está muy bien organizada, incluidos los niveles regional y local (...) Por lo tanto deberán como mínimo preverse de manera adicional las comunicaciones obligatorias a las autoridades competentes del Estado de acogida y los procedimientos disciplinarios de éstas últimas»². El objeto del presente trabajo es precisamente exponer si la finalmente adoptada Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior³ (en adelante, Directiva de servicios) ha plasmado tales objetivos en sus disposiciones sobre cooperación administrativa.

Tal entidad ha adquirido la cooperación administrativa en el ámbito comunitario que el Tratado por el establece una Constitución para Europa en su Capítulo V referido a los «Ámbitos en los que la Unión puede realizar una acción de apoyo, coordinación o complemento», reserva la Sección 7, artículo III-285, a la «Cooperación administrativa» señalando que la aplicación efectiva del Derecho de la Unión por los Estados miembros, que es esencial para el buen funcionamiento de la Unión, se considerará asunto de interés común⁴. A tal efecto, prevé que la Unión podrá respaldar los esfuerzos de los Estados miembros para mejorar su capacidad administrativa en la aplicación del Derecho de la Unión. Esta acción podrá consistir especialmente en facilitar el intercambio de información y funcionarios, así como

¹ Sobre la aplicación administrativa del Derecho de la Unión Europea, *vid.* J.A. FUENTETAJA PASTOR, *La Administración Europea. La Ejecución Europea del Derecho y las Políticas de la Unión*, Civitas, Madrid 2007; S. GALERA RODRIGO, *La Aplicación Administrativa del Derecho Comunitario. Administración Mixta: Tercera Vía de Aplicación*, Civitas, Madrid 1998.

² Cfr. COM(2004) 2 final – 2004/0001 (COD), *DO n° C 221* de 8 de septiembre de 2005, p.117.

³ *DO n° L 376* de 27 de diciembre de 2006. Acerca del proceso de adopción de la presente Directiva *vid.* <http://www.europarl.europa.eu/oeil/FindByProcnum.do?lang=1&procnum=COD/2004/0001>.

⁴ *DO n° C 310* de 16 de diciembre de 2004. Tal disposición pasará, según las Conclusiones de la Presidencia del Consejo Europeo de Bruselas de 21 y 22 de junio de 2007, al Tratado sobre el funcionamiento de la UE. Cfr. Consejo de la Unión Europea, 11177/07 CONCL 2, ANEXO I, p.20.

en apoyar programas de formación. Ahora bien, se establece una doble salvaguarda que encierra en sí las tensiones propias de este ordenamiento que se mueve entre el pétreo poder soberano de los Estados y el intento de reglamentar, armonizar o converger por parte del Derecho comunitario la capacidad de actuación de los Estados miembros en interés comunitario. En defensa de las competencias de los Estados y sus identidades nacionales se indica que ningún Estado miembro estará obligado a valerse de tal apoyo, precisándose que la ley europea establecerá las medidas necesarias a tal efecto, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. Respecto a los compromisos adquiridos con la Unión y de forma similar a las cláusulas de desconexión en la práctica convencional comunitaria, se indica que el presente artículo se entenderá sin perjuicio de la obligación de los Estados miembros de aplicar el Derecho de la Unión, ni de las prerrogativas y deberes de la Comisión en cuanto garante de la legalidad comunitaria. Se entenderá también sin perjuicio de las otras disposiciones de la Constitución que prevén una cooperación administrativa entre los Estados miembros y entre éstos y la Unión.

II. LA ACTUACIÓN Y LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVAS EN TORNO A LA NATURALEZA DEL ACTO NORMATIVO COMUNITARIO Y DE LA ELECCIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE ESTADO DE ORIGEN O ESTADO DE DESTINO

El ordenamiento comunitario ha modulado la actuación y la cooperación administrativas en orden a dos criterios fundamentalmente. En primer lugar, en atención a la naturaleza del acto normativo comunitario que la prevé o, si se prefiere, en función del objetivo de integración perseguido en la normativa base, previéndose a tal efecto supuestos de «cooperación administrativa suficientemente coordinada o integrada». En segundo lugar, se ha generado un modelo de cooperación que se caracteriza por la regulación mínima de los procedimientos de actuación, imponiéndose en defecto de previsión los cauces y procedimientos generales de la cooperación administrativa comunitaria o, en su caso, del Derecho internacional público. La reducción de la reglamentación de la asistencia recíproca entre las administraciones nacionales afectadas suele deberse a una apuesta decidida bien por el principio de Estado de origen, bien por el de Estado de destino donde la cooperación se construye esencialmente a obligaciones de información.

1. El modelo de «cooperación administrativa integrada»

A tal efecto podemos citar, además de la originaria normativa en materia de asistencia mutua en las regulaciones aduaneras y agrícolas⁵, la más reciente coope-

⁵ Vid. Reglamento (CE) 515/1997 del Consejo de 13 de marzo relativo a la asistencia mutua entre las autoridades administrativas de los Estados miembros y a la colaboración entre éstas y la Comisión

ración administrativa en el ámbito de los impuestos destinados a reforzar la actuación conjunta entre las autoridades fiscales de los Estado miembros en cooperación con la Comisión en la lucha contra el fraude y la evasión fiscal⁶, así como el Reglamento (CE) 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de octubre sobre la cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación de protección de consumidores⁷, complementado con la Decisión de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2006 por lo que respecta a la asistencia mutua⁸, cuya finalidad en su lucha contra las infracciones intracomunitaria es el establecimiento de una red de autoridades públicas encargadas de la aplicación de la legislación en la Comunidad, normativa que parte del principio de control por parte del Estado de destino. Para tal efecto se prevé, por un lado, que tales autoridades deben disponer de un mínimo de competencias comunes en materia de investigación y aplicación para ejecutar el presente Reglamento de manera eficaz y disuadir a los comerciantes o proveedores de cometer infracciones intracomunitarias⁹. Y por otro, se regula con bastante precisión la coordinación a nivel comunitario de las actividades de cooperación administrativa entre los Estados miembros, con respecto a su dimensión intracomunitaria, para mejorar la aplicación de la legislación protectora de los intereses de los consumidores¹⁰. A tal efecto se establece la creación de ofici-

con objeto de asegurar la correcta aplicación de las reglamentaciones aduanera y agraria (*DO n° L 82* de 22 de marzo de 1997).

⁶ Reglamento (CE) n° 2073/2004 del Consejo de 16 de noviembre sobre cooperación administrativa en el ámbito de los impuestos especiales (*DO n° L 359* de 4 de diciembre de 2004) y Reglamento 1798/2003/CE del Consejo de 7 de octubre relativo a la cooperación administrativa en el ámbito del impuesto sobre el valor añadido (*DO n° L 264* de 15 de octubre de 2003). Conforme a este último Reglamento se precisa que mediante acuerdo entre la autoridad requirente y la autoridad requerida, los funcionarios autorizados por la autoridad requirente podrán estar presentes en las oficinas administrativas del Estado miembro en el que está establecida la autoridad requerida. Podrán también estar presentes durante las investigaciones administrativas, al objeto de intercambiar información, pero sin ejercer las facultades de control reconocidas a los funcionarios de la autoridad requerida. A tal efecto, deberán siempre estar en condiciones de presentar un mandato escrito en el que figure su identidad y su categoría oficial.

⁷ *DO n° L 364* de 9 diciembre de 2004.

⁸ *DO n° L 32* de 6 de febrero de 2007.

⁹ Conforme al artículo 4. 6. del mencionado Reglamento, entre las competencias que se han de reconocer a las administraciones nacionales para la aplicación efectiva del Reglamento figuran las de acceder a cualquier documento pertinente, independientemente de su forma, relacionado con la infracción intracomunitaria; b) exigir a cualquier persona la comunicación de información pertinente relacionada con la infracción intracomunitaria; c) realizar las necesarias inspecciones sobre el terreno; d) solicitar por escrito que el comerciante o proveedor en cuestión ponga término a la infracción intracomunitaria; e) obtener del comerciante o proveedor responsable de las infracciones intracomunitarias un compromiso de cese de la infracción intracomunitaria y, si procede, publicar dicho compromiso; f) exigir la cesación o la prohibición de cualquier infracción intracomunitaria y, si procede, publicar las decisiones resultantes; g) exigir a la parte perdedora que pague la indemnización al Estado o a cualquier beneficiario previsto en la legislación nacional, en caso de no ejecución de la decisión.

¹⁰ Este papel ya ha quedado demostrado con el establecimiento de la Red Extrajudicial Europea creada por Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 (*DO n° C 155* de 6 de junio de 2000).

nas de enlace únicas en cada uno de los Estados miembros encargadas del cumplimiento del Reglamento así como de garantizar una coordinación eficaz de la aplicación del mismo por parte de las autoridades competentes, otras autoridades públicas y organismos con intereses legítimos en la cesación o prohibición de infracciones intracomunitarias que se hayan designado y por los tribunales competentes.

Se detalla, además, el contenido de los campos de información que deben ponerse a disposición de las autoridades competentes en los formularios tipo de la base de datos; el régimen lingüístico de las solicitudes de asistencia mutua y la comunicación de información a través de acuerdos entre las autoridades nacionales competentes. Asimismo, se prevé en el marco de la asistencia mutua que a petición de la autoridad solicitante, la autoridad requerida podrá permitir que un funcionario competente de esta autoridad acompañe a los funcionarios de la autoridad requerida durante sus investigaciones¹¹. Es más y conforme al artículo 16.2 se prevé que las autoridades competentes podrán intercambiar funcionarios competentes para mejorar su cooperación. Las autoridades competentes adoptarán las medidas necesarias para integrar de manera efectiva en sus actividades a los funcionarios competentes objeto de un intercambio. A tal efecto, los funcionarios en cuestión estarán autorizados a realizar las tareas que les confíe la autoridad competente de acogida con arreglo a la legislación de su Estado miembro

En un orden diferente como es el de armonización, destaca la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio¹². El planteamiento elegido es el de una armonización suficiente para lograr un reconocimiento mutuo de las autorizaciones y sistemas de control prudencial y permitir la concesión de una autorización única y la aplicación del principio del control por el Estado miembro de origen. Toda autorización se notifica a la Comisión y se publica una lista de las entidades de crédito autorizadas en el Diario Oficial. Toda entidad de crédito que desee establecer una sucursal en otro Estado miembro, lo notificará al Estado miembro de origen e incluirá en la notificación el nombre del Estado miembro en cuyo territorio prevé establecerse, un programa de actividades, la dirección en el Estado miembro de acogida en la que pueden solicitársele documentos, así como del nombre de los directivos responsables de la sucursal. Dentro de un plazo de tres meses, el Estado miembro de origen comunicará estas informaciones al Estado miembro de acogida. La responsabilidad en materia de supervisión de la solidez financiera de una entidad de crédito y, en particular, de su solvencia, corresponde a la autoridad del Estado miembro de origen de la misma, mientras que la auto-

¹¹ Sobre la normativa comunitaria relativa a la protección de los consumidores, *vid.* J.M. BUSTO LAGO, «La Cooperación entre las autoridades nacionales encargadas de la aplicación de la legislación sobre protección de los consumidores», *Revista General de Derecho Europeo* n° 8 octubre de 2005, en www.iustel.com; J. GUILLÉN CARAMÉS, «El marco jurídico de la política comunitaria de protección de los consumidores», *RDUE*, 2005, n° 5, pp. 233-270.

¹² *DO n° L 126* de 25 de mayo de 2000.

ridad competente del Estado miembro de acogida mantiene sus responsabilidades en materia de supervisión de la liquidez y de política monetaria.

En este sentido se destaca que la supervisión del riesgo de mercado debe ser objeto de una estrecha colaboración entre las autoridades competentes de los Estados miembros de origen y de acogida. El funcionamiento armonioso del mercado interior bancario requiere, más allá de las normas jurídicas, una cooperación estrecha y regular de las autoridades competentes de los Estados miembros tal y como se establece en el Título V, capítulo 1º, relativo a los principios e instrumentos técnicos de supervisión prudencial. En lo que concierne al examen individual de los problemas relativos a una entidad de crédito individual, el marco del grupo de contacto (*groupe de contact*) creado entre las autoridades de control de los bancos continúa siendo el más apropiado, cuya actividad habrá que sumarse al Comité Bancario Europeo que asiste a la Comisión en la buena aplicación de la directiva.

En cualquier caso, este procedimiento de información recíproca no sustituye a la colaboración bilateral regulada en el artículo 28 de la Directivas de entidades de crédito. La autoridad competente del Estado miembro de acogida puede, sin perjuicio de sus propias competencias de control, seguir verificando, por iniciativa propia en caso de urgencia o por iniciativa de la autoridad competente del Estado miembro de origen, que la actividad de una entidad en su territorio es conforme a las leyes, así como a los principios de una buena organización administrativa y contable y de un control interno adecuado. También se prevé la verificación sobre el terreno de las sucursales establecidas en otro Estado miembros. Así, conforme al artículo 29 los Estados miembros de acogida preverán que, cuando una entidad de crédito autorizada en otro Estado miembro ejerza su actividad a través de una sucursal, las autoridades competentes del Estado miembro de origen, tras haber informado previamente a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida, puedan proceder, por sí mismas o por mediación de personas a quienes hayan otorgado un mandato para ello, a la verificación *in situ* de las informaciones contempladas en el artículo 28.

Incluso en ámbitos de cooperación intergubernamental apegados a la soberanía de los Estados miembros, como es el Tercer Pilar, pero con una evidente «vocación comunitaria», tal y como recientemente ha reseñado el Abogado General Ruiz-Jarabo Colomer respecto a la resolución de una cuestión prejudicial sobre la euroorden¹³, se ha articulado también una red administrativa de sumo interés con el propósito de agilizar y simplificar la cooperación entre las administraciones nacionales en los siempre complejos y procelosos ámbitos de justicia e interior¹⁴.

¹³ Cfr. Conclusiones presentadas el 12 de septiembre de 2006 en el asunto 303/05, *Advocaten voor de Wereld*, relativo a 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 los Estados miembros (euro-orden).

¹⁴ Es el caso de la Red Judicial Europea en materia civil y mercantil (Decisión de 28 de mayo de 2001 *DO n° L 174* de 27 de junio de 2001); la Oficina Europea de Policía (Convenio Europol, *DO n° C 316* de 27.11.1995), la agencia Eurojust creada por la Decisión 2002/187/JAI del Consejo, de 28 de

2. El modelo de cooperación administrativa de asistencia informativa

En segundo lugar y como hemos advertido, la cooperación diseñada viene determinada por la opción elegida entre los principios de Estado de origen o Estado de destino. Una apuesta decidida por uno de estos dos principios reduce el nivel de cooperación administrativa en la medida en que se fomenta la actuación de las administraciones del Estado elegido así como la eficacia transnacional de los actos administrativos internos. No obstante y en términos generales, el grado de previsión de cooperación administrativa variará dependiendo de la elección, pues en el caso de que se opte por el Estado de origen este grado de cooperación y asistencia será mayor que en la opción del Estado de destino, en cuyo caso la cooperación puede reducirse a la mera asistencia informativa.

Así entre las directivas que apuestan por el principio de control del Estado de origen, en las denominadas Directivas relativas a la TV sin fronteras, que presentan una naturaleza cuasi-reglamentaria, no hay previsión específica sobre la cooperación administrativa, aun cuando en virtud del artículo 23 *bis* se haya creado un Comité de contacto bajo los auspicios de la Comisión formado por representantes de las autoridades competentes de los Estados miembros¹⁵. Igual sucede con la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (*Directiva sobre el comercio electrónico*)¹⁶ en cuyo artículo 19 se regula la cooperación entre los Estados miembros en términos muy generales. Además de la obligación de designar y crear puntos de contacto accesibles tanto para los Estados como para los prestadores y destinatarios de servicios, se dispone que los Estados dispondrán de los medios de control e investigación necesarios para aplicar de forma eficaz la directiva, para garantizar que los prestadores de servicios comuniquen la información re-

febrero de 2002 (*DO n° L 63* de 6 de marzo de 2002), modificada por la Decisión 2003/659/JAI del Consejo, de 18 de junio de 2003 (*DO n° L 245* de 29 de septiembre de 2003); la Decisión 2005/671/JAI del Consejo de 20 de septiembre relativa al intercambio de información y a la cooperación sobre delitos de terrorismo (*DO n° L 253* de 29 de septiembre de 2005). Asimismo destacan los programas sobre la lucha contra la delincuencia organizada y prevención de la delincuencia: *Falcone* (1998-2002) destinado a los responsables de la lucha contra la delincuencia organizada en las administraciones nacionales (policía, aduanas, justicia hacienda, vigilancia de establecimientos financieros y de los contratos públicos); *OSIN II* (2001-2002) sobre la cooperación entre las fuerzas de seguridad de los Estados miembros (policías y agentes de aduanas); *STOP II* (2001-2002) sobre la lucha contra la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños; *Hipócrates* (2001-2002) sobre la prevención de la delincuencia; *Grotius II* (2001-2002) sobre intercambio y formación de profesionales de la Justicia.

¹⁵ Directiva 97/36/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 1997 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 (*DO n° L 202* de 30 de julio de 1997).

¹⁶ *DO n° L 178* de 17 de julio de 2000.

querida así como para facilitar la ayuda y la información requerida por los Estados miembros o la Comisión, incluso utilizando las vías electrónicas adecuadas.

Por su parte, la Directiva 2005/736/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales¹⁷, se limita a prever en el artículo 8 relativo a la cooperación administrativa, que las autoridades competentes del Estado miembro de acogida podrán solicitar para cada prestación a las autoridades competentes del Estado miembro de establecimiento toda información relativa a la legalidad del establecimiento y a la buena conducta del prestador así como a la inexistencia de sanción disciplinaria o penal de carácter profesional.

No obstante, tal previsión queda mitigada puesto que el artículo 7 regula la *declaración previa en caso de desplazamiento por primera vez del prestador de servicios ante las autoridades del Estado miembro de destino*. En virtud de tal disposición, los Estados miembros podrán exigir que, cuando el prestador de servicios se desplace por primera vez de un Estado miembro a otro con objeto de prestar servicios, informe de ello con antelación, mediante una declaración por escrito, a la autoridad competente del Estado miembro de acogida. Dicha declaración incluirá información detallada sobre garantías de seguros o medios similares de protección personal o colectiva de que pueda disponer en relación con la responsabilidad profesional y se renovará anualmente, en caso de que el prestador de servicios tenga la intención de prestar servicios temporal u ocasionalmente en ese Estado miembro durante dicho año. El prestador de servicios podrá presentar la declaración por cualquier medio. Además, los Estados miembros podrán exigir, con motivo de la primera prestación de servicios o en caso de que la situación a la que se refieran los documentos ya presentados haya sufrido algún cambio, que la declaración vaya acompañada de los siguientes documentos: a) una prueba de la nacionalidad del prestador de servicios; b) un certificado que acredite que el beneficiario está establecido legalmente en un Estado miembro para ejercer en él las actividades de que se trate, y que no es objeto de ninguna prohibición que le impida ejercer su profesión, ni siquiera temporalmente, en el momento de presentar el certificado; c) los títulos relativos a las cualificaciones profesionales; d) en los casos a los que se refiere el artículo 5, apartado 1, letra b), cualquier prueba de que el prestador ha ejercido la actividad de que se trate durante dos años como mínimo en el curso de los diez años anteriores; e) para las profesiones del sector de la seguridad, certificado de ausencia de condenas penales, cuando el Estado miembro lo exija a sus nacionales¹⁸.

Respecto al principio de Estado de destino, el artículo 4 de la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre

¹⁷ DO n° L 255 de 30 de septiembre de 2005.

¹⁸ Además recientemente se ha creado por decisión de la Comisión de 19 de marzo de 2007 el Grupo de Coordinadores para el reconocimiento de las cualificaciones profesionales designados por los Estados miembros y cuya principal competencia es promover la aplicación uniforme de la Directiva y recopilar cuanta información resulte necesaria para tal aplicación (DO n° L 79 de 20 de marzo de 2007).

el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios¹⁹, bajo el título de «Cooperación en materia de información», prevé la cooperación entre las administraciones públicas a las que en virtud de la legislación nacional compete la supervisión de las condiciones de trabajo y empleo, establecidas por disposiciones legales, convenios colectivos o laudos arbitrales y contempladas en el artículo 3 de la Directiva: períodos máximos de trabajo así como los períodos mínimos de descanso, duración mínima de las vacaciones anuales retribuidas, cuantías de salarios mínimo, salud, seguridad e higiene en el trabajo, igualdad de trato entre hombres y mujeres y otras materias en no discriminación etc. Cooperación que consistirá, en particular, en responder a las peticiones justificadas cursadas por dichas administraciones de información relativa al suministro transnacional de trabajadores, incluidos los casos de abuso manifiesto o los casos de actividades transnacionales presuntamente ilegales.

El proceso de adopción de la Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior constituye una prueba de esta modulación en la cooperación administrativa en atención a la mayor o menor relevancia que se diera al iniciático y conflictivo principio de Estado de origen que ha devenido finalmente en el principio de libre prestación de servicios. Así la propuesta de la Comisión favorable al Estado de origen se contrarrestaba con una mayor regulación de la cooperación y asistencia recíproca administrativa (artículos 35-37), mientras que la enmienda del Parlamento Europeo por la que se introducía la técnica de la declaración preventiva en caso de desplazamiento por primera vez del prestador ante el Estado de destino (artículo 16 bis), suponía a la vez la supresión de ciertos artículos relativos a la asistencia recíproca entre los Estados miembros²⁰.

III. EL MODELO INTERMEDIO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: UNA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA «DESORIENTADA» TENDENTE A LAS MEDIDAS EXCEPCIONALES DE URGENCIA

1. La cooperación administrativa en la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior

La presente Directiva 2006/123/CE dedica su Capítulo VI a la cooperación administrativa haciendo de ésta, como ya hemos apuntado, un elemento clave en el diseño de un mercado libre de prestación de servicios que además de promover y facilitar la simplificación administrativa mediante el establecimiento de una red de ventanillas únicas, garantice un espacio con los controles necesarios para evitar abusos y distorsiones que modifiquen o alteren a la baja los niveles de protección jurídicos y sociales de los que disfrutaban y a los que tienen derecho los destinatarios.

¹⁹ DO n° L18 de 21 de enero de 1997

²⁰ Cfr. Doc. A6-0409/2005.

Como veremos a continuación, la regulación prevista en el Directiva se articula en cuatro ámbitos o sectores, aun cuando no todos ellos respondan a una finalidad exclusiva de cooperación sino que en determinados casos lo que se regula es la actuación puramente administrativa del Estado de que se trate. Así en primer lugar, se expondrá las obligaciones generales de asistencia recíproca del Estado de establecimiento, a continuación la supervisión por parte del Estado miembro en que se preste el servicio, incluyendo la asistencia recíproca en caso de excepciones individuales, seguidamente los mecanismos generales de alerta y de información sobre la honorabilidad del prestador y, por último, se presentarán las obligaciones generales que han de regir los supuestos de asistencia recíproca.

2. Obligaciones generales de asistencia recíproca del Estado miembro de establecimiento. Controles virtuales sobre servicios extraterritoriales

Aun cuando haya desaparecido formalmente el principio de Estado de origen en el articulado de la Directiva, se mantiene la regla del reconocimiento mutuo en el sentido de que el prestador de servicios estará sujeto al régimen administrativo del Estado de origen en cuanto a los criterios de acceso al servicio que preste. A tal efecto y en el marco de la asistencia recíproca, el artículo 29 prevé que el Estado miembro del establecimiento a solicitud de cualquier otro Estado miembro deberá facilitarle información sobre los prestadores, en particular, la confirmación de su establecimiento en territorio nacional y del hecho de que no tiene conocimiento de que ejerzan sus actividades ilegalmente. Asimismo, procederá a las comprobaciones, inspecciones e investigaciones que le solicite otro Estado miembro e informará a este último de los resultados y, cuando proceda, de las medidas adoptadas. Al hacerlo, las autoridades competentes actuarán dentro de los límites de las competencias asignadas en su Estado miembro. Finalmente, en esta disposición se prevé un mecanismo de alerta, que reitera la previsión del artículo 32, que exige del Estado de origen que en cuanto tenga conocimiento real de un comportamiento o de hechos concretos de un prestador que esté establecido en su territorio y preste servicios en otros Estados miembros y que, a su entender, puedan causar un perjuicio grave para la salud o la seguridad de las personas o del medio ambiente, informará de ello lo antes posible a todos los Estados miembros y a la Comisión.

No obstante y de acuerdo con el artículo 30, la Directiva recuerda al Estado de establecimiento que de conformidad con su legislación nacional está obligado a la supervisión y control de los prestadores de servicios establecidos en su territorio. A tal efecto, se dispone que no dejará de llevar a cabo medidas de control o coercitivas en su territorio por el hecho de que el servicio se haya prestado o haya provocado perjuicios en otro Estado miembro. Ante la dificultad que supone controlar un servicio que se ejecuta fuera del territorio nacional y ante la ausencia de un espacio administrativo comunitario único, se reitera que tal obligación de control y supervisión no implicará que el Estado miembro de establecimiento deba realizar comprobaciones y controles en el territorio del Estado miembro en el que se preste el servi-

cio. Tales comprobaciones y controles serán efectuados por las autoridades del Estado miembro en el que el prestador esté operando temporalmente a petición del Estado miembro de establecimiento con arreglo al artículo 31.

Concretamente en el artículo 31.2 se establece la cooperación administrativa entre el Estado de destino y el Estado de origen a instancia de éste último precisándose las actuaciones del primero. En este sentido se afirma que en caso de desplazamiento temporal de un prestador a otro Estado miembro para prestar un servicio sin tener establecimiento en él, las autoridades competentes de dicho Estado miembro participarán en la supervisión del prestador con arreglo a los apartados 3 y 4.

A tal efecto, a petición del Estado miembro de establecimiento, las autoridades competentes del Estado miembro en que preste el servicio procederán a las comprobaciones, inspecciones e investigaciones que sean necesarias para garantizar la eficacia de la supervisión del Estado miembro de establecimiento. Al hacerlo actuarán dentro de los límites de las competencias que tenga asignadas en su Estado miembro. Las autoridades competentes podrán decidir las medidas más adecuadas para cada caso con el fin de responder a la petición del Estado miembro de establecimiento. Por propia iniciativa, las autoridades competentes del Estado miembro en que se presta el servicio podrán proceder a comprobaciones, inspecciones e investigaciones *in situ* si no son discriminatorias ni están motivadas por el hecho de que el prestador tenga su establecimiento en otro Estado miembro y si son proporcionadas. Realmente esta última precisión acerca de las competencias supervisoras del Estado de destino a iniciativa propia plantea algunos dudas sobre si amplía el control de inspección e investigación que le confiere el artículo 31.1 o si, por el contrario, se refiere exclusivamente a las labores de control iniciadas a instancia del Estado de origen. La segunda de las opciones aparece como la más lógica en virtud de la ubicación de tal disposición así como en atención a lo dispuesto en la Exposición de Motivos de la Directiva que en su párrafo 109 precisa que «en caso de que el prestador se desplace temporalmente a un Estado miembro distinto del Estado miembro de establecimiento, procede prever una asistencia recíproca entre ambos Estados miembros para que el Estado miembro en el que se presta el servicio pueda proceder a comprobaciones, inspecciones e investigaciones a petición del Estado miembro de establecimiento o pueda hacer este tipo de comprobaciones por propia iniciativa, si se trata únicamente de establecer los hechos».

Se trata de un control más virtual e hipotético que real, pues es difícil de concebir que las administraciones nacionales del Estado de origen estén pendientes y supervisen los servicios prestados fuera de su territorio por empresas establecidas legalmente en su país. Además de la incompetencia e imposibilidad de actuación extraterritorial en tal supervisión, está claro que en este caso la solicitud de cooperación se efectuará a petición del Estado donde se realiza la prestación del servicio y no al revés. Como indicara el Comité Económico y Social en el referido dictamen a la propuesta Bolkestein respecto a la cooperación administrativa prevista, «el principio del país de origen no puede ser operativo si la cooperación entre las autoridades de los Estados miembros no está muy bien organizada, incluidos los niveles regional y local. Las actuales redes de supervisión y cooperación sobre base

electrónica están insuficientemente interconectadas. «*La supervisión profesional del país de origen prevista –como se contempla en los artículos 36 y 37 de la propuesta de Directiva mediante la cooperación del país de origen con el país de acogida– no promete por sí sola eficacia alguna*»²¹. Como tendremos ocasión de analizar, tales vaticinios desafortunadamente se mantienen respecto a las previsiones de la actual Directiva de servicios.

3. Supervisión por parte del Estado miembro en el que se preste el servicio en caso de desplazamiento del prestador: de la creación de un «gran banco de datos de autorizaciones administrativas» al colapso informativo de la cooperación administrativa por exceso de discrecionalidad. El mecanismo de urgencia de la asistencia recíproca en caso de excepciones individuales

La regulación prevista en este apartado trata principalmente sobre la actuación administrativa del Estado de destino en cuanto que hace referencia a las medidas que podrá adoptar de conformidad con el principio de libre prestación de servicios del artículo 16 y las excepciones adicionales previstas en el artículo 17, sin olvidar que los ámbitos ya reglamentados o armonizados por Derecho comunitario especial, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3, prevalecerán sobre lo dispuesto por la presente Directiva²². En este sentido y en virtud de la estructura de la Directiva, en primer lugar se tratará de precisar las actividades de servicios sobre las que podrá actuar el Estado en el que se presta el servicio y, en segundo lugar, concretar el contenido material de las medidas que puede imponer el Estado de destino en cuanto al acceso a la prestación de un servicio y el control de éste. Es sobre esta segunda cuestión sobre la que versan los artículos destinados a la supervisión del Estado de acogida y la subsiguiente cooperación administrativa.

A tal efecto, el artículo 31 diferencia dos ámbitos de actuación: el acceso al servicio y el control sobre el servicio. En primer lugar, de conformidad con el Derecho comunitario, *el Estado miembro en el que se presta el servicio podrá tomar todas las medidas necesarias para garantizar que el prestador respeta los requisitos aplicables al acceso a una actividad o a su ejercicio*. En realidad, se trata de una actuación administrativa tendente a asegurar que el ordenamiento na-

²¹ Vid. apartado 3.5.6 del Dictamen del CESE (DO n° C 211 de 8 de agosto de 2005).

²² Conforme al art. 3 «si surge un conflicto entre una disposición de la presente Directiva y una disposición de otro acto comunitario relativos 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 normas primarán y se aplicarán a esos sectores o profesiones concretas». Entre dichos actos figuran, la Directiva 96/71/Ce sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios; el Reglamento (CEE) n° 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad; 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 relativos al ejercicio de la radiodifusión televisiva; Directiva 2005/36/CE relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales.

cional del Estado miembro de destino resulta compatible con el principio de libre prestación de servicios proclamado en la presente Directiva. En este sentido, se debe comprobar que cualquier requisito de acceso exigido al prestador de servicios de otro Estado miembro debe atenerse a los *principios de no discriminación directa o indirecta, necesidad por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente* (a los que habría añadir como criterio de orden público, conforme al artículo 16.3 de la Directiva, *las condiciones de empleo, incluidas las establecidas por convenios colectivos*) y *proporcionalidad* con el objetivo que se persigue sin ir más allá de lo necesario para conseguirlo.

Además y en estrecha relación con los principios de necesidad y proporcionalidad, se impone *un criterio de efectividad temporal* en el sentido de que se ha de demostrar que el objetivo de las restricciones o autorizaciones exigidas no se puede alcanzar con mayor efectividad *a posteriori* sino *a priori*. *Se impone una actuación sancionadora o de control a posteriori frente a actuaciones preventivas que se estiman excepcionales*. Conforme se indica en el párrafo 54 de la Exposición de Motivos de la Directiva de servicios, la posibilidad de acceder a una actividad de servicios solo debe quedar supeditada a la obtención de una autorización por parte de las autoridades competentes cuando dicho acto cumpla los criterios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad. En concreto, esto significa que la autorización solo es admisible en aquellos casos en que no resultaría eficaz hacer un control *a posteriori*, habida cuenta de la imposibilidad de comprobar *a posteriori* los defectos de los servicios en cuestión y habida cuenta de los riesgos y peligros que se derivarían de la inexistencia de un control *a priori*. Consideraciones que se concretan en los artículos 9.1.c) y 15.3. c) de la Directiva²³.

Todo ello nos conduce de forma inexorable al procedimiento de evaluación recíproca prevista en el artículo 15 de la Directiva que implica que los Estados miembros, durante el plazo de adaptación del Derecho interno, tendrán que efectuar un cribado previo de su legislación para determinar si cualesquiera de los requisitos previsto en su ordenamiento interno resultan compatibles con la Directiva. A más tardar antes de que finalice el período de transición, los Estados miembros deben elaborar un informe sobre los resultados de dicho cribado, informes que se presentará al resto de los Estados miembros y a todos los interesados. A continuación, los Estados miembros dispondrán de seis meses para presentar sus observaciones sobre dichos informes y a más tardar un año después de la fecha de incorporación de la

²³ El artículo 9.1 c) de la Directiva establece respecto a la libertad de establecimiento precisa que los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio cuando «el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque en control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz», mientras que en el artículo 15.3 c) señala que los Estados miembros evaluarán que los requisitos de acceso a una actividad de servicios y el libre ejercicio de la actividad cumplen la condición de proporcionalidad, esto es, 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».

presente Directiva al Derecho interno, la Comisión debe elaborar un informe de síntesis acompañado, en su caso, de las oportunas propuestas de nuevas iniciativas. De ser necesario, la Comisión, en cooperación con los Estados miembros, puede asistirles a fin de elaborar un método común.

En todo caso y conforme al núcleo duro del principio de libre prestación de servicios proclamado en el artículo 16, el Estado de destino no podrá exigir en ningún caso: que el prestador esté establecido en el territorio nacional; de que 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; de que 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; la aplicación de un régimen contractual particular entre el prestador y el destinatario que impida o limite la prestación de servicios con carácter independiente; la obligación de que el prestador posea un documento de identidad específico para el ejercicio de una actividad de servicios expedido por las autoridades competentes; 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; así como las restricciones de la libre circulación de servicios contempladas en el art. 19 y relativas a los derechos de los destinatarios de los servicios.

En segundo lugar, como ya hemos indicado, *el Estado de destino de la prestación procederá a realizar las comprobaciones, inspecciones e investigaciones necesarias para supervisar el servicio prestado*. Actuaciones que no estarán motivadas por el prestador, sino por el servicio de que se trate. Aquí se va a imponer necesariamente la cooperación administrativa. Por un lado, porque vía control del servicio no se puede imponer medidas que no se requieren para el acceso del prestador a una actividad o servicio, bien por estar expresamente prohibidas, bien por ser contrarias a lo dispuesto en la presente Directiva. Como se dispone en el párrafo 110 de la Exposición de Motivos, no debe ser posible para los Estados miembros eludir las normas establecidas en la presente Directiva, incluida la disposición sobre la libre prestación de servicios, mediante comprobaciones, inspecciones e investigaciones discriminatorias o desproporcionadas. Por otro, porque ¿cómo controlar un servicio sin controlar a la vez al prestador cuyos datos esenciales desconoce la administración en que se presta el servicio y que pretende efectuar la supervisión del mismo?

Sobre esta problemática, cobra especial significación el Capítulo V relativo a la «calidad de los servicios» que exige que se ponga a disposición de los destinatarios ciertos datos del prestador y del servicio. Tal previsión constituye un sucedáneo de la técnica de la «declaración previa en caso de desplazamiento por primera vez del prestador a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida» anteriormente comentada y cuya incorporación al articulado de la «Directiva Bolkestein» fue inicialmente propuesta por el Parlamento Europeo para contrarrestar el efecto

del principio de Estado de origen²⁴. Concretamente, el artículo 22 establece que los Estados miembros *harán lo necesario* para que los prestadores ponga a disposición del destinatario de forma clara e inequívoca y con la suficiente antelación información exhaustiva sobre su estatuto jurídico y las condiciones y condicionantes de la prestación del servicio, incluyendo circunstancias sobre mecanismos extrajudiciales de resolución de litigios²⁵. Los Estados *harán lo necesario* para que esta información, a elección del prestador, sea comunicada a iniciativa propia del prestador o sea de fácil acceso para el destinatario en el lugar de prestación del servicio o de celebración del contrato, bien por vía electrónica o figure en documento informativo del prestador. Se trata, pues, de una obligación de resultado a cargo del prestador al que se le reconoce un amplio margen de libertad en cuanto a la elección de los medios.

Respecto a una cuestión concreta y de especial relevancia, como es el tema de los seguros y garantías de responsabilidad profesional, el artículo 23 estipula que los Estados miembros *podrán hacer lo necesario* para que los prestadores cuyos

²⁴ El Parlamento Europeo presentó la enmienda 30 incorporando un nuevo artículo 16 bis que incorporaba la declaración preventiva en caso de desplazamiento del prestador conforme a la cual los Estados miembros podrían exigir que cuando el prestador de servicios se desplazara por primera vez de un Estado miembro a otro con objeto de prestar servicios informara de ello con antelación, mediante una declaración por escrito, a la autoridad competente del Estado miembro de acogida. Esta información incluiría información detallada sobre garantías de seguros o medios similares de protección personal o colectiva y se renovará anualmente en caso de que la prestación tenga cierta continuidad. Además se prevé que los Estados de acogida podrán requerir información o certificados sobre la nacionalidad, legalidad del establecimiento en un Estado miembro, diplomas de cualificación profesional etc. *Vid.* Doc. A6-0409/2005.

²⁵ Entre los datos que se han de facilitar conforme al artículo 22 se menciona: el nombre, estatuto y forma jurídica del prestador, dirección del establecimiento, inscripción en el registro mercantil u otro registro público análogo, autoridad que concede la autorización para la prestación de servicio, la existencia de cláusulas contractuales utilizadas por el prestador sobre la legislación aplicable al contrato y/o sobre los órganos judiciales competentes, el seguro o garantías mencionados en el artículo 23, en particular las señas del asegurador o del garante y la cobertura geográfica; cuando el precio no lo fije previamente el prestador para un determinado tipo de servicio, el precio de servicio o, si no se puede indicar el precio exacto, el método para calcular el precio de forma que el destinatario pueda comprobarlo, o un presupuesto suficientemente detallado, en el caso de profesiones reguladas, referencia a las normas profesionales aplicables en el Estado miembro de establecimiento y los medios para acceder a ellas; información relativa a sus actividades multidisciplinares y asociaciones que estén directamente vinculadas con el servicio en cuestión y sobre las medidas adoptadas para evitar conflictos de intereses; los posibles códigos de conducta a que esté sometido el prestador así como la dirección en que dichos códigos se puedan consultar por vía electrónica y en qué idiomas están disponibles; cuando el prestador esté sometido a un código de conducta o sea miembro de una asociación u organización profesional que prevea el recurso a medios extra judiciales de resolución de litigios, la información correspondiente. Por su parte, el artículo 27 relativo a la resolución de los litigios prevé que los Estados miembros tomarán las medidas generales necesarias para que los prestadores faciliten datos de contacto, en particular una dirección postal y un número de fax o una dirección de correo electrónico y un número de teléfono a los que todos los destinatarios, incluidos los que residen en otro Estado miembro, puedan dirigir directamente las reclamaciones o las peticiones de información sobre el servicio prestado.

servicios presenten un riesgo directo y concreto para la salud o la seguridad del destinatario o un tercero o para la seguridad financiera del destinatario, suscriban un seguro de responsabilidad profesional adecuado en relación con la naturaleza y el alcance del riesgo u ofrezcan garantía o acuerdo similar que sea *equivalente o comparable en lo esencial* en cuanto a su finalidad. A tal efecto hay que precisar que al prestador que tenga establecimiento en el territorio del Estado de destino, no se les exigirá seguro de responsabilidad profesional o garantía en caso de que dicho prestador ya esté cubierto por una garantía equivalente o comparable en lo esencial en cuanto a su finalidad y a la cobertura que ofrece en términos de riesgo asegurado, suma asegurada o límite de la garantía y posibles exclusiones de la cobertura en otro Estado miembro en el que ya esté establecido. Si la equivalencia sólo es parcial, los Estados miembros podrán pedir una garantía complementaria para cubrir los elementos que aun no estén cubiertos (artículo 14).

Acerca de las garantías aseguradoras que han de presentar los prestadores de servicios, destaca la Sentencia de 26 de enero de 2006 del TJCE en el asunto C-514/03, *Comisión c. España*, en la que se resolvía sobre si la obligación, prevista en la normativa española, de depositar por parte de las empresas de seguridad privada (excluida de la aplicación de la Directiva) una garantía en la Caja General de Depósitos, era compatible con la libre prestación de servicios. Para el Tribunal de Luxemburgo, si bien la constitución de una garantía restringe en menor medida la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios que el requisito de poseer un capital social mínimo a fin de regarantizar la protección de los acreedores, sin embargo declara incompatible tal previsión por dos razones. Por un lado, porque la normativa española enjuiciada exige el depósito de la fianza en un organismo español, la Caja General de Depósitos, sin tener en cuenta las garantías constituidas, en su caso, en el Estado miembro de origen. Por otra parte, porque «en el estado actual de desarrollo de los mecanismos de cobro transfronterizo de créditos y de ejecución de sentencias extranjeras dentro de la Unión, tal nivel de exigencia resulta desmedido. La obligación de depositar una fianza va más allá de lo necesario para garantizar una protección adecuada de los acreedores»²⁶.

Las expresiones «*harán lo necesario*» o «*podrán hacer lo necesario*» otorga a los Estados un amplio margen de discreción que corresponderá precisar a las autoridades del Estado de prestación del servicio en atención a los criterios estructurales e informadores de la libre prestación de servicios en el ordenamiento comunitario. Así pues, la principal diferencia con la técnica de la «declaración preventiva» anteriormente aludida es que de facilitar obligatoriamente los datos a las autoridades estatales competentes –lo que en cierta medida desvirtuaba el principio de reconocimiento mutuo– se pasa a la supervisión por parte de las administraciones nacionales de que el prestador facilitará la información a los destinatarios. Los Estados pasan de depositarios de tal información a garantes discrecionales de que tal información será facilitada por el prestador lo que unido al carácter descentralizador de la Directiva imposibilita que sobre la materia se imponga un régimen euro-

²⁶ Vid. apartados 42 y 43 de la Sentencia.

peo único. Por otra parte, la flexibilidad de los términos empleados contrarresta con la contundencia que es empleada en otras normativas comunitarias referentes también a la libre prestación de servicios y la transmisión de la información²⁷.

¿Cómo hará el Estado para asegurar el acceso a tal información cuando, como hemos señalado, tal información corresponde al Estado de origen y el prestador no está obligado a ponerla a disposición del Estado de acogida? Es más, como veremos más adelante en relación con el artículo 28.4, puede suceder que el Estado de origen carezca también de dicha información porque el prestador no se la haya facilitado. Una de las posibles soluciones haría sido la que aparecía en el texto aprobado en primera lectura por el Parlamento Europeo que exigía que estos datos se pusieran a disposición no sólo de los destinatarios, sino también de la inicialmente prevista euroventanilla y de las ventanillas únicas de los Estados miembros de destino²⁸. Con la actual Directiva, o bien se acude a la cooperación administrativa activando el dispositivo de asistencia recíproca del Estado miembro de establecimiento previsto en el artículo 29 anteriormente indicado, o bien habrá que esperar a que resulten operativas las medidas complementarias del artículo 34 que prevé que la Comisión, en cooperación con los Estados miembros establecerán un sistema electrónico de intercambio de información entre los Estados miembros teniendo en cuenta los sistemas de información existentes, además de facilitar el intercambio de las funcionarios responsables de llevar a cabo la asistencia recíproca y formarlos en materias como las lenguas y la informática. A la espera de tal desarrollo, se mantienen las críticas vertidas sobre la inoperancia de las técnicas de control previstas en la inicial Directiva Bolkestein²⁹.

A este respecto, la Directiva de servicios precisa que cuando los Estados miembros soliciten a un prestador o a un destinatario que presente un certificado, justificante o cualquier otro documento que demuestre el incumplimiento de un requisito aceptará cualquier documento de otro Estado miembro que tenga una función equivalente. Además, 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 o la seguridad. No obstante, esto no afectará al derecho de los Estados miembros a exigir traducciones no juradas de documentos en sus propias lenguas oficiales (artículo 5 relativo a la simplificación administrativa).

²⁷ Cfr. el artículo 5 de la Directiva 2000/31/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000 sobre comercio electrónico que respecto a la información que se ha de facilitar establece que «los Estados miembros garantizarán que el prestador de servicios permita a los destinatarios del servicio y a las autoridades competentes acceder con facilidad y de forma directa y permanente».

²⁸ Cfr. art.28, Doc. P6_TA(2006)0061.

²⁹ Desde una perspectiva laboral, *vid.* al respecto, R. SERRANO OLIVARES, «La propuesta de «Directiva Bolkestein»: ¿es razonable la alarma política y sindical suscitada», en *Iuslabor* nº. 2, 2005 (www.upf.edu/iuslabor/022005/art01.htm), así como las distintas colaboraciones en *Freedom of Services in the European Union. Labour and Social Security Law: the Bolkestein Initiative*, R. BLANPAIN (ed.). Kluwer Law international, 2006.

De nuevo acertaba el Comité Económico y Social Europeo cuando se declaraba «convencido de que los retrasos ocasionados por las barreras lingüísticas y las vías de comunicación más largas no podrán tener ningún impacto positivo para el consumidor afectado o perjudicado por un mal servicio. Es indispensable garantizar a los consumidores un medio sencillo y eficaz para presentar reclamaciones y hacer valer sus derechos cuando hayan recibido un mal servicio. Con arreglo a la propuesta de Directiva, los organismos competentes del país de acogida tampoco podrían actuar, puesto que no son informados regularmente sobre la denominación, el seguro de responsabilidad civil, etc. con que el prestador de servicios extranjero se pone en contacto con los consumidores en el Estado de acogida. Por lo tanto, deberán como mínimo preverse de manera adicional las comunicaciones obligatorias a las autoridades competentes del Estado de acogida y los procedimientos disciplinarios de estas últimas, y podría llevarse a la práctica a través del registro central propuesto»³⁰.

No obstante lo anterior, se prevé una excepción a la libre prestación de servicios así como a los criterios del Estado de establecimiento en cuanto al control administrativo del prestador de servicios en el artículo 35 relativo a la «*asistencia recíproca en caso de excepciones individuales*». Como se indica en la Exposición de Motivos respecto al tema de las excepciones individuales, éstas sólo se pueden dar siguiendo determinadas *condiciones estrictas de fondo y de procedimiento*. En cuanto a los criterios de fondo, estos aparecen previstos en el artículo 18 cuando prevé que, no obstante lo dispuesto en el artículo 16, los Estados miembros con carácter excepcional podrán tomar medidas relativas a la seguridad de los servicios respecto de un prestador que tenga su establecimiento en otro Estado miembro si se reúne los siguientes requisitos: las disposiciones nacionales en virtud de las cuales se toman la medida no son objeto de armonización comunitaria en el ámbito de la seguridad de servicios; 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 (principio de equivalencia); el Estado de establecimiento no ha adoptado medidas o las medidas que ha adoptado son insuficientes en relación con las contempladas en el artículo 35; y, por último, que la medida sea proporcionada. Hemos de entender que estas medidas tienden a suprimir la libertad de prestación de servicios o que presentan un grado superior de restricción, pues no se ha de olvidar que el artículo 16 ya permite que se impongan requisitos adicionales a la libre prestación de servicios que estén justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente, incluso en materia de condiciones de empleo, incluidas las establecidas por convenios colectivos.

Visto que se requiere que el Estado de establecimiento no haya actuado o su actuación haya resultado insuficiente como requisito previo, el artículo 35 regula la dimensión procedimental que es la siguiente. El Estado que tenga intención de to-

³⁰ Vid. apartado 3.5.7 del Dictamen del CESE (DO n° C 211 de 8 de agosto de 2005).

mar la medida pedirá al Estado miembro de establecimiento que tome las medidas contra el prestador de que se trate y facilitará los datos pertinentes sobre el servicio en cuestión y las circunstancias del caso. Este comprobará que el prestador ejerce sus actividades de forma legal así como los hechos que dieron lugar a la petición y comunicará lo antes posible las medidas que haya tomado o previsto o, cuando proceda, por qué motivos no ha tomado medida alguna. Una vez recibida tal información, el Estado de la prestación del servicio notificará a la Comisión y al Estado miembro de establecimiento su intención de tomar medidas e indicará los motivos por los que considera que las medidas adoptadas o previstas por el Estado miembro son insuficientes; los motivos por los que se considera que las medidas que prevé adoptar cumplen las condiciones del artículo 18. Las medidas sólo se podrán tomar una vez transcurrido el plazo de 15 días laborables a partir de la notificación de la información por el Estado del Establecimiento aun cuando se prevé que la Comisión examinará lo antes posible si las medidas notificadas son compatibles con el Derecho comunitario y en caso positivo pedirá al Estado que se abstenga de tomar las medidas previstas o que ponga fin urgentemente a tales medidas³¹.

Si estimamos que se trata de medidas excepcionales y de extrema gravedad que requieren de actuaciones rápidas, tal procedimiento resulta como mínimo contra-productivo, por lo que, a mi entender, en la mayoría de los casos se aplicará la excepción prevista en el propio artículo 35 conforme a la cual en caso de urgencia el Estado miembro que prevea tomar una medida podrá establecer una excepción a todo lo anterior. En ese caso, las medidas se notificarán lo antes posible a la Comisión y al Estado miembro de establecimiento indicando los motivos por los que el Estado miembro considera que se trata de un caso urgente.

4. Los mecanismos generales y descentralizados de alerta y honorabilidad del prestador: descentralización frente a un registro único

Conforme al artículo 32, cuando un Estado miembro tenga conocimiento de actos o circunstancias específicos de carácter grave relativos a una actividad de servicios que pueda ocasionar perjuicios graves para la salud o la seguridad de las personas o el medio ambiente en su territorio o en el de otros Estados miembros, ese Estado miembro informará al Estado miembro de establecimiento, a los demás Estados miembros afectados y a la Comisión en el plazo más breve posible. Para tal fin, la Comisión promoverá la creación de una red europea de autoridades de los Estados miembros y participará con ella.

Por su parte, el artículo 33 prevé que los Estados miembros a solicitud de una autoridad competente de otro Estado miembro comunicarán, de conformidad con

³¹ Conforme al art. 36, «Medidas de aplicación», la Comisión adoptará conforme al art. 40.3 las medidas de aplicación destinadas a modificar elementos no esenciales del presente Capítulo completándolo mediante la fijación de los plazos a los que se refiere los artículos 18 y 35.

su legislación nacional, las medidas disciplinarias o administrativas o condenas penales y decisiones relativas a insolvencias o quiebras fraudulentas que las autoridades competencias nacionales hayan adoptado con respecto a un prestador y que guarden relación directa con la competencia o la fiabilidad profesional del mismo. El Estado miembro que comunique la información, informará de ello al prestador. La petición deberá estar suficientemente motivada en particular en lo que se refiere a las razones en que se basa dicha solicitud.

Las sanciones y medidas referidas sólo se comunicarán si se ha adoptado al respecto una decisión definitiva. No obstante, tal aseveración pierde toda su virtualidad pues inmediatamente se indica que «con respecto a las demás decisiones aplicables, el Estado miembro que comunique los datos deberá precisar si se trata de una decisión definitiva o si se ha interpuesto recurso contra la decisión y la fecha posible de la decisión relativa al recurso. Además deberá precisar las disposiciones nacionales con arreglo a las cuales se ha condenado o sancionado el prestador». Todo ello debe ser conforme a las normas sobre protección de datos personales y los derechos garantizados a las personas condenadas o sancionadas en los respectivos Estados miembros, incluso por colegios profesionales. Cualquier información que se publique al respecto estará a la disposición de los consumidores.

Finalmente la Directiva optó por la descentralización nacional en esta materia frente a la creación de un registro único comunitario. A tal efecto, el 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», proponía en su apartado 3.5.4, con bastante acierto, que «sería útil un registro central y autónomo para las infracciones y malas prácticas en las profesiones reglamentadas en la prestación de servicios transfronteriza, al que pueda tenerse acceso sin dilación. En dicho registro, las autoridades competentes deberían registrar las infracciones profesionales. El registro deberá permitir una comunicación lo más rápida y lo menos burocrática posible entre los organismos nacionales competentes. No obstante, también deberá garantizarse con éxito la supervisión y la disciplina de los operadores del mercado»³².

³² Vid. COM(2004) 2 final – 2004/0001 (COD). En este sentido, resulta oportuno traer a colación el artículo 10 del Reglamento 2006/2004 sobre la cooperación en materia de protección de los consumidores, en el que se precisa que «La Comisión mantendrá actualizada una base de datos electrónica en la que registrará y tratará la información recibida con arreglo a los artículos 7, 8 y 9. Dicha base de datos podrá ser consultada sólo por las autoridades competentes. En relación con su responsabilidad de notificar la información que se vaya a almacenar en la base de datos y el tratamiento de datos personales que ello conlleve, las autoridades competentes serán consideradas responsables del tratamiento de acuerdo con la letra d) del artículo 2 de la Directiva 95/46/CE. En relación con sus responsabilidades conforme al presente artículo, y al tratamiento de datos personales que conlleven, la Comisión será considerada responsable del tratamiento de conformidad con la letra d) del artículo 2 del Reglamento (CE) n° 45/2001».

5. Las obligaciones generales de la asistencia recíproca. ¿Un sistema abocado al recurso por incumplimiento?

Por último, aún cuando se trate de la primera disposición en materia de cooperación administrativa, se establecen las obligaciones generales que han de guiar el comportamiento de las administraciones competentes en materia de la asistencia recíproca prevista en la Directiva de servicios. Estas obligaciones generales parten del principio de que no existe un «derecho administrativo comunitario» ni una «política administrativa de la Unión» y que, por lo tanto, las administraciones nacionales pueden negarse a cooperar, resultar incompetentes para tal cooperación en virtud de su Derecho nacional o que, en virtud de ciertas circunstancias, tal cooperación resulte imposible, en particular, por la falta de cooperación de los prestadores de servicios. De nuevo, hemos de resaltar la terminología excesivamente discrecional en que se redactan las obligaciones relativas a la cooperación prevista.

Como viene siendo habitual en la normativa comunitaria, el artículo 28 establece, en primer lugar, que los Estados miembros designarán uno o más puntos de contacto y comunicarán su datos a los demás Estados miembros y a la Comisión quien publicará y actualizará periódicamente la lista de puntos de contacto nacionales³³. A continuación se precisa el contenido de las solicitudes y las peticiones para que se lleven a cabo controles, inspecciones e investigaciones señalando que estarán debidamente motivadas, en particular, especificando el motivo de la petición. La información intercambiada se utilizará únicamente con respeto al asunto para el que se solicitó.

Cuando se reciba una solicitud de asistencia de las autoridades competentes de otro Estado miembro, el artículo 28.4 dispone que 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 su actividades de conformidad con sus legislaciones nacionales respectivas. Una vez obtenida la información solicitada, la facilitarán lo antes posible y por vía electrónica tanto a los Estados miembros solicitantes como a la Comisión. Asimismo se prevé que 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 la autoridades competentes equivalentes de los demás Estados miembros.

Si, no obstante, un Estado miembro tuviera dificultades para satisfacer una petición de información o de realización de controles, inspecciones o investigaciones avisará rápidamente al Estado miembro solicitante para buscar una solución. En todo caso, se prevé que los Estados miembros comunicarán a la Comisión información sobre los casos en que otros Estados miembros incumplen su obligación de asistencia recíproca. En caso necesario, la Comisión adoptará medidas apropiadas,

³³ El Parlamento Europea propuso sin éxito que la Comisión coordinará las ventanillas únicas mediante la creación de una ventanilla única europea (euroventanilla). Cfr. art.6, Doc. P6TA (2006)0061.

incluido el procedimiento establecido en el artículo 226 TCE (recurso por incumplimiento) para garantizar que los Estados miembros de que se trate cumplan con su obligación de asistencia recíproca.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis efectuado acerca de la cooperación administrativa prevista en la presente Directiva podemos resaltar las siguientes conclusiones.

El interés de la evaluación recíproca prevista en el artículo 15 de la Directiva que propiciará un *corpus jurídico administrativo o un gran texto refundido de los requisitos administrativos de acceso a las actividades de servicios* que, además de garantizar la libre circulación de prestadores de servicios, facilitar la labor de supervisión de las administraciones nacionales y de la Comisión, hará las delicias de los administrativistas. Se armonizan, pues, los procedimientos administrativos antes que la armonización sustantiva de las distintas políticas comunitarias afectadas por la Directiva bajo la égida del principio de Estado de origen o libre prestación de servicios.

En un sistema de autorizaciones armonizado bajo los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad, el Estado de destino no controla el acceso a la prestación, sino en todo caso el servicio para lo cual necesitará conocer e identificar al prestador cuyos datos personales, profesionales y relacionados con el servicio desconoce y que, en el mejor de los casos, dispondrá el Estado de origen. A tal efecto, se impone la cooperación administrativa que en virtud de los requisitos de fondo y de procedimiento que se establecen en la presente Directiva, sin olvidar el carácter discrecional imperante en la redacción de sus términos, puede resultar inoperante o a lo sumo contraproducente, en particular, cuando se trata de supuestos de especial urgencia o gravedad. Por ello la solución más adecuada será el trámite de urgencia previsto en el artículo 35 relativo a la asistencia recíproca en caso de excepciones individuales, correspondiendo a la Comisión evitar los posibles abusos. La desaparición formal del principio de Estado de origen, ha supuesto la opción por una cooperación administrativa alambicada y llena de fisuras que pone en entredicho su eficacia.

Finalmente, junto a una cooperación administrativa realmente eficaz y dinámica, resulta de especial interés el papel que a este respecto pueden desempeñar los agentes y organismos de protección de los intereses de los destinatarios de los servicios. No se ha de olvidar en este sentido que el mantenimiento de un modelo social y de protección europea depende en gran medida del activismo de las organizaciones sociales como se ha puesto de relieve en el asunto *Laval & Partneri*, respecto a las organizaciones sindicales³⁴, o del protagonismo que la normativa comunitaria ha reconocido a las entidades de protección de los intereses colectivos e intereses difusos de los con-

³⁴ Cfr. las conclusiones del Abogado General, Sr. Paolo Mengozzi, de 23 de mayo de 2007 en el asunto C. 341/05.

sumidores y usuarios constituidas en cualquier Estado miembro para el ejercicio de las acciones de cesación –y otras acciones colectivas de control abstracto de las condiciones generales de los contratos con consumidores y usuarios– que tengan como finalidad la inhibición de las conductas fraudulentas³⁵.

³⁵ Directiva 98/27/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de mayo de 1998 relativa a las acciones de cesación en materia de protección de los consumidores (*DO n° L166* de 11 de junio de 1998) y el ya mencionado Reglamento 2006/2004 sobre cooperación entre las autoridades nacionales de la aplicación de la legislación sobre protección de consumidores.