

VARIACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y LA DIRECTIVA 2006/123/CE EN EL MARCO DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

FRANCISCO JIMÉNEZ GARCÍA*

- I. INTRODUCCIÓN: EL RECONOCIMIENTO MUTUO COMO CRITERIO DE CONFIANZA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS «OTROS» ESTADOS MIEMBROS.
- II. LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA COMO NEXO DE MOVILIDAD ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS CONCURRENTES: DEL *ESTÁTICO* Y *CENTRÍPETO* DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO A LOS MÁS DINÁMICOS DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO COMUNITARIO.
- III. LA APLICACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA UNIÓN EUROPEA: ADMINISTRACIÓN INDIRECTA, EUROPEIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y COOPERACIÓN/COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA.
- IV. EL EQUILIBRIO ENTRE EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO/CONFIANZA RECÍPROCA Y LA DEFENSA DE INTERESES DE ORDEN PÚBLICO EN LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: EL TEST DE LA EQUIVALENCIA Y LA PROPORCIONALIDAD COMO CLAVE DE SOLUCIÓN.
 1. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y LAS CAUTELAS RECONOCIDAS AL ESTADO DE DESTINO. EL EFECTO DIRECTO DEL ARTÍCULO 49 TCE.
 2. LOS CRITERIOS RELATIVOS AL INTERÉS GENERAL, EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA Y PROPORCIONALIDAD EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO EN EL QUE SE PRESTA EL SERVICIO: LA NECESARIA FORMACIÓN EN «DERECHO EUROPEO COMPARADO» DE LOS FUNCIONARIOS NACIONALES.
 3. LA PREFERENCIA DEL CONTROL PARTICULAR *A POSTERIORI* FRENTE A LAS ACTUACIONES AUTOMÁTICAS Y PREVENTIVAS.
 4. LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS.
- V. LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: ¿SOLUCIÓN TRANSACCIONAL ENTRE LA AMENAZA DE LA «DESLOCALIZACIÓN SOCIAL» Y LA NECESIDAD DE UN VERDADERO MERCADO LIBRE DE SERVICIOS?
- VI. CONCLUSIONES.

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

I. INTRODUCCIÓN: EL RECONOCIMIENTO MUTUO COMO CRITERIO DE CONFIANZA EN LA ADMINISTRACIÓN DE LOS «OTROS» ESTADOS MIEMBROS

La libre prestación de servicios y el principio de reconocimiento mutuo van inextricablemente unidos. La construcción de un mercado interior como columna vertebral de la Unión Europea se ha diseñado, entre otros patrones, con el trazado marcado sigilosa y constantemente por el principio de reconocimiento mutuo que, como principio general, presupone la confianza recíproca entre los Estados miembros, con la consiguiente excepcionalidad del doble control, en la ejecución de un Derecho comunitario que aúna proyectos de integración normativa y políticos con las consabidas reticencias soberanas de Estados con procedimientos administrativos, modelos sociales y de protección conformadores de su identidad nacional que el artículo 6.3 TUE preserva y les garantiza. La tensión entre el derecho a la libre prestación reconocida en el TCE y los controles administrativos de los Estados se ha de resolver en un complicado equilibrio que ha de garantizar, por un lado, la efectividad y competitividad real de una de las libertades fundamentales relativas al mercado interior de tal forma que la misma no se reduzca a límites ilusorios en virtud de la discrecionalidad de las administraciones nacionales de los Estados miembros y, por otro, la consecución de un elevado grado de integración jurídica comunitaria y un alto nivel de protección de los objetivos de interés general, en particular, la protección de los consumidores, del modelo social europeo, del medio ambiente, así como de la seguridad pública y la salud pública. La excepcionalidad del doble control presupone que el régimen de autorización administrativa previa de que se trate ha de basarse en elementos objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de suerte que quede bien delimitado el ejercicio de la facultad de apreciación de estas instancias con exclusión de toda arbitrariedad, así como en un sistema procedimental accesible que asegure a los interesados la tramitación de sus solicitudes en un plazo razonable, con neutralidad e imparcialidad¹.

¹ Vid. al efecto, Sentencia del TJCE del 12 de julio de 2001, *Smits y Peerboms*, asunto C-157/99 (*Rec.*, p.I-5473), apartado 90.

II. LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA COMO NEXO DE MOVILIDAD ENTRE SISTEMAS JURÍDICOS CONCURRENTES: DEL *ESTÁTICO Y CENTRÍPETO* DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO A LOS MÁS DINÁMICOS DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y DERECHO COMUNITARIO

La cooperación entre las autoridades administrativa de los Estados constituye un instrumento esencial para que las Administraciones nacionales y los individuos así como los distintos agentes del tráfico jurídico privado puedan hacer realidad los compromisos adquiridos por los Estados soberanos acerca del disfrute y ejercicio de ciertos derechos o prestaciones en ellos reconocidos. La cooperación supone facilitar el movimiento y el reconocimiento de situaciones jurídicas que las fronteras físicas y jurídicas inherentes a la soberanía de los Estados dificultan, imposibilitan o sencillamente hacen inoperantes o, incluso, inexistentes. Por esta razón, la cooperación administrativa resulta consustancial al Derecho internacional público, aun cuando le otorgue una dimensión centrípeta en el sentido de que mediante la misma el Derecho internacional reconoce los efectos de la libertad de circulación de las personas físicas y jurídicas que se producen fuera de los ámbitos en los que ejercen su soberanía o jurisdicción, identificando y regulando los procedimientos administrativos que ha de cumplimentar los titulares o beneficiarios de los derechos para hacerlos efectivos.

La movilidad de los agentes privados en el escenario internacional constituye, por otro lado, la razón de ser del Derecho internacional privado a quien corresponde designar el Estado cuyas autoridades van a ser competentes para resolver una cuestión o disputa jurídica y determinar la ley aplicable, funcionando como «Derecho de la competencia entre ordenamientos jurídicos»². Tal determinación ha de contar con el examen de

² Las referidas conclusiones corresponden a los catedráticos de Derecho internacional privado, VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J. «Estado de origen vs. Estado de destino», *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, 251, noviembre 2004. Como señalan los autores, el Derecho internacional privado responde a una doble lógica: de derecho privado en cuanto que su objeto inmediato son las relaciones entre particulares y una lógica internacional en cuanto que el legislador nacional, al regular las relaciones privadas internacionales, debe ser consciente de que no está solo sino que concurre con otros legisladores, cada uno de ellos con su propio derecho sustantivo, con su propia organización jurisdiccional y con el monopolio de implementación coactiva dentro de su respectivo territorio.

las ventajas o inconvenientes que, por ejemplo, presenta la elección del principio de Estado de origen o de Estado de destino. A tal efecto, como han resaltado los profesores Virgós Soriano y Garcimartín Alférez, la lógica del Estado de origen radica en su racionalidad económica, pues el principio del país de origen implica en términos generales que el «riesgo de la internacionalidad» se imputa al comprador: el comprador de bienes y servicios es la parte que queda sometida al derecho extranjero, mientras que el vendedor de esos bienes o el prestador de esos servicios queda sometido a su propio derecho. La justificación económica de esta regla es, básicamente, reducir los costes de información globales o conjuntos. El argumento se puede explicar en dos proposiciones. Primera: el prestador característico va a demandar más información jurídica que su contraparte. Segunda: si se aplica el derecho de la parte que tiene mayor demanda se reducen los costes globales y se facilita el funcionamiento del sistema de precios. El razonamiento anterior presupone que no hay «fallos de mercado» ni asimetrías ni externalidades, esto es, presupone situaciones de simetría informativa y comercial entre todas las partes afectadas. Para corregir estos fallos cabe dos posibilidades: la inversión de la regla conflictual a favor del Estado de destino; o bien la fijación de un nivel de armonización material mínimo³.

No resulta ajena a esta filosofía jurídica la reciente Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior (en adelante, Directiva de servicios)⁴. En tal sentido, en su Exposición de Motivos se reconoce como un objetivo fundamental la creación de un mercado interior competitivo que obligue a los Estados miembros a suprimir las barreras para la libre circulación transfronteriza de servicios y que, al mismo tiempo, ofrezca a los consumidores mayor transparencia e información de tal forma que les proporcione más posibilidades de elección y unos servicios a precios más bajos.

No obstante, la regulación comunitaria no significa necesariamente la desaparición del elemento internacional, por lo que resultará obligada la remisión al Derecho internacional privado para la resolución de numerosos problemas que las libertades del mercado interior provocan⁵. La propia

³ Cfr. VIRGÓS SORIANO, M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F. J., *loc. cit.*

⁴ DO n.º L. 376 de 27 de diciembre de 2006.

⁵ Vid. GKOUTZINIS, A., «Free movement of services in te EC Treaty and the Law of contractual obligations relating to banking and Financial services», *Common Market Law Review*, 2004-1, pp.119-175.

Directiva de servicios indica que su regulación no afectará a las normas de Derecho internacional privado, en particular, las que se refieren a las disposiciones aplicables a las obligaciones contractuales y extracontractuales, incluidas las que garantizan que los consumidores se beneficiarán de la protección que les conceden las normas de protección del consumidor establecidas en la legislación pertinente vigente en su Estado miembro⁶.

⁶ Vid. arts.3.3 y 17.15 de la Directiva. A tal efecto resulta oportuno citar el Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo de 22 de diciembre relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil («*Reglamento Bruselas I*») (DO n.º L 12 de 16 de enero de 2001) que si bien mantiene como principio fundamental la jurisdicción del Estado miembro donde el demandado tiene establecido su domicilio cualquiera que sea su nacionalidad, incluye criterios de retorno de la competencia a otros Estado miembros como es el caso del Estado de destino, en particular, en ámbitos de competencias especiales (materias contractuales, obligaciones de alimentos, los delitos), en materia de seguros, contratados de consumo, contratos de trabajos individuales y competencias exclusivas (derechos reales inmobiliarios y contratos de arrendamientos de bienes inmuebles; validez, nulidad o disolución de sociedades o personas jurídicas o las decisiones de sus órganos, validez de las inscripciones en los registros públicos, inscripción o validez de patentes, marcas, diseños y modelos o derechos análogos etc. Asimismo y en cuanto al Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales adoptado en Roma el 19 de junio de 1980, resulta de interés la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (*Reglamento Roma I*) (COM/2005/0650 final - COD 2005/0261) y la propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de febrero de 2006 relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales (*Reglamento Roma II*) [COM(2006) 83 final]. Además de reconocerse la libertad de elección en ambos, el primero de ellos reconoce como regla general la aplicación de la ley de la residencia habitual de la parte que proporciona la prestación característica (Estado de origen) con excepciones acordes con el Reglamento Bruselas I (contratos de consumo, contratos individuales de trabajos, contratos celebrados por un intermediario, leyes de policía etc). El segundo prevé como regla general la regla *loci commissi delicti*, ley del lugar donde se produjo o pudiera producirse el daño, previéndose una cláusula de excepción general que permite al juez adaptar la norma a un caso concreto para aplicar la ley del país cuyos vínculos sean manifiestamente más estrechos con la obligación (criterio de proximidad). También resulta de interés el Dictamen 1/03 del TJCE de 7 de febrero de 2006 sobre el nuevo Convenio de Lugano en el que se precisa que la existencia de normativa comunitaria que establece un sistema global y coherente de reglas de competencia, como es el caso del denominado «*Reglamento Bruselas I*», convierte en competencia exclusiva de la Comunidad cualquier acuerdo internacional con terceros que instituya asimismo un sistema global de normas de conflicto de jurisdicción, incluso, en el supuesto de que tal acuerdo incorpore cláusulas de desconexión que garanticen la aplicación de las disposiciones pertinentes del Derecho comunitario entre los Estados miembros de la Unión Europea. Sobre este Dictamen vid. el comentario de BORRÁS, A., «Competencia exclusiva de la Comunidad Europea para la revisión del Con-

III. LA APLICACIÓN ADMINISTRATIVA EN LA UNIÓN EUROPEA: ADMINISTRACIÓN INDIRECTA, EUROPEIZACIÓN ADMINISTRATIVA Y COOPERACIÓN/COORDINACIÓN ADMINISTRATIVA

Como ha sido puesto de manifiesto, la aplicación directa del Derecho comunitario es, desde un punto de vista cuantitativo, excepcional al carecer la administración comunitaria de una organización desconcentrada que asuma la relación directa con el administrado en la ejecución de las normas comunitarias⁷. Por ello la administración indirecta a través de los órganos nacionales constituye el mecanismo natural de ejecución del Derecho comunitario en virtud del principio de autonomía institucional y procedimental amparados por el reconocimiento y respeto de la identidad nacional de los Estados miembros proclamada en el artículo 6.3 TUE. Autonomía que, como también es sabido, se encuentra sujeta a importantes limitaciones derivadas, entre otros, del principio de cooperación leal que impone la obligación general a los Estados miembros de adoptar y adecuar todas las medidas apropiadas para garantizar el alcance y la eficacia del Derecho comunitario. A tal efecto, la aplicación administrativa nacional del Derecho comunitario se encuentra condicionada por los *principios de equivalencia y de efectividad* en el sentido de que la aplicación del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro no resulte menos favorable que la adoptada a nivel interno y que no haga imposible en el práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento comunitario⁸. De ahí que desde las instituciones comunitarias se haya hecho especial relevancia sobre la aplicación efectiva del Derecho comunitario por parte de los Estados fomentando la cooperación y coordinación

venio de Lugano de 1988 sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución de sentencias en materia civil y mercantil», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 10, mayo 2006.

⁷ Cfr. GALERA RODRIGO, S. *La Aplicación Administrativa del Derecho Comunitario. Administración Mixta: Tercera Vía de Aplicación*, Civitas, Madrid, 1998, p. 25; MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D. J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 497-498; ALONSO GARCÍA, R., *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, Thomson/Civitas, Madrid, 2007, p. 223.

⁸ Vid. Sentencias del TJCE en los asuntos C-255/00, *Gründing Italiana*, de 24 de septiembre de 2002, apartado 33 y C-129/00, *Comisión c. Italia*, de 9 de diciembre de 2003 apartado 25.

entre las administraciones nacionales y europea, en particular, con los programas de formación de empleados nacionales, incluso se haya alentado hacia la conformación de una administración única europea⁹.

De hecho, la simplificación administrativa y el sistema de ventanilla única previstas en la Directiva de servicios, se tratan de realizaciones que deberán concretarse conforme al Derecho administrativo de los Estados miembros en atención a los declarados principios de no discriminación, necesidad/justificación y proporcionalidad que provocarán la realización de una evaluación recíproca por parte de los Estados miembros y de la Comisión acerca de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los ordenamientos nacionales para el acceso y el ejercicio de una actividad de servicios. En la Exposición de Motivos de la Directiva se plasma este doble objetivo al indicar que no tiene por objeto la armonización de los procedimientos administrativos nacionales sino suprimir los regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que esta comporta, sin interferir, además, en el reparto de competencias regionales o locales en los Estados miembros, incluidos los gobiernos autónomos regionales y locales y el uso de lenguas oficiales¹⁰.

Si bien la administración indirecta sigue siendo la norma general, este dogma en cierta medida ha resultado superado a través de una progresiva e ingente construcción administrativa en el sistema institucional de la Unión Europea en el que junto a sus instituciones han aflorado múltiples órganos y agencias como nuevos organismos ejecutivos generando un entramado administrativo de especial relevancia¹¹. Junto a este desarrollo

⁹ Vid. al respecto Resolución del Consejo de 6 de Junio de 1994 sobre el desarrollo de la cooperación administrativa para la aplicación y el cumplimiento de la legislación comunitaria en el mercado interior (*DO* n.º C 179 de 1 de julio de 1994; la Comunicación de la Comisión sobre la mejora del control de la aplicación del derecho comunitario, COM(2002) 725 final de 11 de diciembre; Comunicación de la Comisión de 7 de mayo de 2003 al Consejo y al Parlamento europeo sobre «reforzar la aplicación de las directivas de nuevo enfoque» (COM (2003) 240 final; Dictamen del Comité Económico y Social sobre el tema «Mejorar la aplicación de la legislación comunitaria» de 28 de septiembre de 2005 (*DO* n.º C 24, de 31 de enero de 2006).

¹⁰ Par. 60 de la Exposición de Motivos. Vid. a este respecto el Dictamen del Comité de Regiones sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior (*DO* n.º C 43 de 18 de febrero de 2005).

¹¹ Vid. al respecto FUENTETAJA PASTOR, J. A., *La Administración Europea. La Ejecución Europea del Derecho y las Políticas de la Unión*, Civitas, Madrid 2007.

institucional, la expansión competencial de la Unión y su correlativo desarrollo normativo enmarcados en el sistema de interacción de los «principios constitucionales» de primacía y efecto directo del Derecho comunitario, han dado lugar a lo que se ha denominado la «europeización» de los derechos administrativos de los Estados miembros, sin que ello haya supuesto la creación de una política propia de la Unión. En este sentido, el Derecho comunitario ha generado nuevas relaciones entre las administraciones nacionales de los Estados miembros que van desde la proyección de los efectos jurídicos de decisiones administrativas más allá de sus fronteras, dando lugar a la transnacionalización de procedimientos nacionales, a la creación de un *corpus jurídico* administrativo europeo vinculante para las administraciones nacionales¹², hasta la articulación de procedimientos de cooperación administrativa que se mueven en dos direcciones, cooperación entre las diferentes administraciones de los Estados miembros y cooperación de los Estados con la Comisión como garante ejecutivo principal de la legalidad comunitaria, sin olvidar la coordinación administrativa europea que como ha indicado J.A. Fuentetaja Pastor, opera sobre la actuación de los Estados miembros, en particular en ámbitos poco integrados, si bien los actos que se dictan al amparo de la misma se producen en el seno de un procedimiento administrativo parcialmente regulado por la norma europea que prevé la intervención coordinadora de la Comisión europea¹³. Es más, podemos afirmar que gran parte de la normativa comunitaria sobre mercado interior conjuga los tres elementos: «homologación» de las autoridades y procedimientos administrativos nacionales en aras a los intereses comunitarios (indicación de competencias y regulación de procedimientos de actuación), la estricta cooperación administrativa en

¹² En tal sentido resulta de sumo interés los trabajos de HILF, M., «The application of rules of national administrative law in the implementation of Community Law», *Yearbook of European Law*, 1983, vol. 3, pp. 79-98; SCHWARZE, J., *Droit Administratif Européen*, Bruylant Bruxelles/Luxembourg 1994 y «The Europeanization of national administrative law» en *Administrative Law under European Influence. On the Convergence of the Administrative Laws of the EU Member States*, J. Schwarze (ed.) Sweet & Maxwell, 1996, pp. 789-840; GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S., *Derecho Administrativo Europeo*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2000; KNILL, C., *The Europeanisation of National Administrations. Patterns of Institutional Change and Persistence*, CUP, Cambridge 2001.

¹³ Vid. FUENTETAJA PASTOR, J. A., *La Administración Europea...*, *op. cit.*, pp. 386-389. Entre otros instrumentos normativos, cita el Reglamento 883/2004/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 29 de abril sobre la coordinación de los sistemas de Seguridad Social (DO n.º L 166 de 30 de abril de 2004), Reglamento adoptado sobre la base jurídica del art. 308 TCE.

ambas direcciones y la coordinación administrativa europea tutelada por la Comisión Europea asistida por los correspondientes comité creados por la normativa en cuestión. La circulación efectiva inherente a las libertades que el Derecho comunitario reconoce, ha traído como consecuencia, tal y como ha apuntado la profesora S. Galera Rodrigo, una alteración significativa de la intervención estatal sobre los sectores económicos. Esta alteración puede concretarse bien en una prohibición, bien en la adecuación de las medidas interventoras a las exigencias comunitarias. En ambos casos se constata la pérdida de autonomía estatal tanto para la determinación de los objetivos a los que tiende la intervención como en la fijación de los concretos instrumentos de intervención, siempre que las medidas estatales tengan algún efecto sobre las libertades económicas comunitarias¹⁴.

Tal entidad ha adquirido la cooperación administrativa en el ámbito comunitario que el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007, tomando el testigo de la fallida Constitución para Europa, dedica por primera vez su Título XXIII, artículo 176 D, 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 común. 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 en apoyar programas de formación. Ahora bien, se establece una doble salvaguarda inherente a la dialéctica soberanía estatal/integración comunitaria. 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 los reglamentos adoptados al efecto mediante el procedimiento legislativo ordinario establecerán las medidas necesarias a este fin, con exclusión de toda armonización de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros. En aras de la integración comunitaria y de forma similar a las cláusulas de desconexión en la práctica convencional de la Comunidad, 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

¹⁴ GALERA RODRIGO, S., *La Aplicación Administrativa del Derecho Comunitario*, op. cit. p. 134. Sobre las consecuencias de esta «transnacionalización de los procedimientos nacionales» en el ámbito de la tutela judicial efectiva, vid. de la misma autora, *Sistema Europeo de Justicia Administrativa*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 201-220.

prerrogativas y deberes de la Comisión. 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 Unión¹⁵.

IV. EL EQUILIBRIO ENTRE EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO/CONFIANZA RECÍPROCA Y LA DEFENSA DE INTERESES DE ORDEN PÚBLICO EN LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS: EL TEST DE LA EQUIVALENCIA Y LA PROPORCIONALIDAD COMO CLAVE DE SOLUCIÓN

1. LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS, EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y LAS CAUTELAS RECONOCIDAS AL ESTADO DE DESTINO. EL EFECTO DIRECTO DEL ARTÍCULO 49 TCE

Las libertades económicas del mercado interior, dentro de las que se inscribe la de servicios, han fundamentado y, a la vez se han articulado y desarrollado, en torno al principio comunitario de reconocimiento mutuo fijado tempranamente por la jurisprudencia del TJCE en su célebre Sentencia *Cassis de Dijon* (asunto C-120/78) y que supone el reconocimiento, en ausencia de norma comunitaria en contra, del principio de Estado de origen. No se trata de una mera regla de atribución de competencia y de prerrogativas de control, sino que implica un mayor compromiso por parte de los Estados miembros en el desarrollo global de un proyecto común. A tal efecto se ha indicado por parte de los órganos jurisdiccionales de la Unión Europea que «los Estados miembros deben mostrarse una confianza mutua en lo que respecta a los controles efectuados en sus respectivos territorios [...] Un Estado miembro no puede sentirse autorizado para adoptar unilateralmente medidas correctoras o de defensa para prevenirse contra un posible incumplimiento, por parte de otro Estado miembro, de las normas del Derecho comunitario»¹⁶.

¹⁵ Cfr. Conferencia de los Representantes de los Gobiernos de los Estados Miembros, CIG 14/07 de 3 de diciembre de 2007. El Título y el artículo referidos pasarán a ser el Título XXIV y artículo 197 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea. Además, la cooperación administrativa se constituye en una de las competencias denominadas de apoyo, coordinación o complementarias (art.2 E del Tratado de Lisboa, artículo 6 en el Tratado de Funcionamiento de la UE).

¹⁶ Sentencia de 23 de mayo de 1996, *Hedley Lomas* (asunto C-5/94, *Rec.* p. I-2553), apartados 19 y 20. Asunto recordado por en las Conclusiones del Abogado General, L.A. Geelhoed, en el asunto C-212/03, *Comisión c. Francia*, apartado 39.

Desde la perspectiva doctrinal se ha reiterado que este principio ha operado como uno de los motores de la integración comunitaria por lo que «la remise en cause du principe du pays d'origine au profit du principe du pays d'accueil ruinerait la construction européenne. En revanche, le principe du pays d'origine peut mourir d'une belle mort si les États membres de l'Union européenne se retrouvent en mesure d'harmoniser leurs droits respectifs»¹⁷. Pero no sólo este principio ha resultado esencial para la realización del mercado interior, sino que también está adquiriendo especial protagonismo en la construcción y desarrollo del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, incluyendo el Tercer Pilar relativo a la Cooperación Judicial y Policial en materia Penal¹⁸. Respecto a una de las principales concreciones de este Pilar, la Decisión marco 2002/584/JAI relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre los Estados miembros (euro-orden), la Gran Sala del Tribunal de Luxemburgo ya ha reconocido en su Sentencia de 3 de mayo de 2007 que tal decisión se fundamenta en el principio de reconocimiento mutuo de las órdenes de detención dictadas en los diferentes Estados miembros de conformidad con el *Derecho del Estado emisor de que se trate*¹⁹. No obstante, la ampliación

¹⁷ Vid. GARABIOL-FURET, M.-D., «Plaidoyer pour le principe du pays d'origine», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 495, février 2006, p. 87. Del mismo autor vid. «La Directive Bolkestein, bouc émissaire d'une Europe incertaine», *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, n.º 488, mai 2005, pp. 295-302. Sobre este principio, vid. GRAHAM, R., «Mutual recognition and country of origin in the case Law of the European Court of Justice», en *Freedom of Services in the European Union. Labour and Social Security Law: the Bolkestein Initiative*, R. Blanpain (ed.), Kluwer Law International, 2006, pp. 37-50; PADOA CHIOPPA, F. (ed.), *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, Basingstoke, Pgrave McMillan, 2005; ANDENAS, M. y ROTH, W.-H. (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford University Press, 2004; HATZOPOULOS, V., *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Atenas/Bruselas, Sakkoulas/Bruylant, 1999; GARDENES SANTIAGO, M., *La Aplicación de la Regla del Reconocimiento Mutuo y su Incidencia en el Comercio de Mercancías y Servicios en el Ámbito Comunitario e Internacional*, Madrid, Eurolex, 1999; MARTÍNEZ LAGE, S., «El reconocimiento mutuo en el Derecho comunitario», *Gaceta Jurídica de la CE*, n.º B-96, 1994, pp. 1 y ss; LÓPEZ ESCUDERO, M., «La aplicación de reconocimiento mutuo en el Derecho Comunitario», *Gaceta Jurídica de la CE*, n.º D-19, 1993, pp. 117 y ss.

¹⁸ Sobre esta cuestión, vid. LÓPEZ ESCUDERO, M., «El reconocimiento mutuo de sanciones pecuniarias en la Unión Europea», en particular el epígrafe relativo a la «Utilización del reconocimiento mutuo en la cooperación judicial penal», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 10, mayo 2006.

¹⁹ Sentencia de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld VZW*, asunto C-303/05, apartados 28-29. Por su parte y previa declaración acerca de la evidente «vocación comunitaria»

de tales fundamentos a los Pilares intergubernamentales ajenos a todo control parlamentario y a un control jurisdiccional pleno y efectivo, plantea serios problemas desde una doble perspectiva: la referida a los derechos fundamentales de las personas afectadas, en particular, en el ámbito de la tutela judicial efectiva (asuntos *Yusuf/Kadi*, *Ayadi/Hassan*, *Modjahedines del Pueblo de Irán* y *Segi/Gestoras*), y la relativa al papel de los Tribunales constitucionales de los Estados miembros en este acelerado proceso de comunitarización, normativo y pretoriano, del Tercer Pilar²⁰.

El principio de reconocimiento mutuo en su vertiente de principio de Estado de origen es asumido en términos generales por la normativa comunitaria relativa a la prestación de servicios. Entre otras, las Directivas relativas al seguro distintos del seguro de vida²¹, las Directivas sobre la TV sin fronteras²²; la Directiva 2000/12/CE del Parlamento Europeo y del

ria» del Tercer Pilar demostrada en el asunto *Pupino*, el Abogado General en este asunto, Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, había concluido que «en este contexto, sustentado en la mutua confianza, el respaldo a la cooperación no se deriva de la conjunción de voluntades de origen diverso, sino de una norma común —la Decisión marco—, donde se perfilan los comportamientos que incitan a colaborar. Así, resultan trasnochados los planteamientos en cuya virtud se exige una comprobación individual en aras de la reciprocidad o se otorga a la doble incriminación un valor absoluto, pues, entre los eventuales partícipes, la conducta que origina la petición es igualmente reprochable y un encargo en sentido inverso también sería atendido. Con este espíritu, toda consideración de oportunidad se antoja imperpetinente, reduciéndose el control al estrictamente jurídico; en otras palabras, las autoridades políticas han de dejar el protagonismo a las judiciales y la apreciación particular para cada supuesto ha de ceder ante otra de índole general, pues esa norma compartida asume la jurisdicción de los tribunales nacionales para perseguir los delitos que relaciona. En suma, ya no hay Estados soberanos que puedan cooperar en casos individuales, sino miembros de la Unión Europea obligados a auxiliarse, siempre que se hayan perpetrado delitos de interés común», apartado 45 de sus Conclusiones presentadas el 12 de septiembre de 2006.

²⁰ Sobre estas consideraciones vid. VALSAMIS, M., «The constitutional implications of mutual recognition in criminal matters in the EU», *CMLR* 2006-5, pp. 1277-1311; CASTILLO GARCÍA, J.F. «La comunitarización del Tercer pilar: un paso necesario para la consolidación del espacio penal europeo», *Revista General de Derecho Europeo*, n.º 11, octubre 2006; SARMIENTO, D., «Un paso más en la constitucionalización del tercer pilar de la Unión Europea. La sentencia *María Pupino* y el efecto directo de la decisiones marco», en *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 10, 2005, pp. 24-30.

²¹ Tercera Directiva 92/49/CEE del Consejo de 18 de junio de 1992 por la que se coordinan las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro distinto del seguro de vida (*DO* n.º L 228 de 11 de agosto de 1992).

²² 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 miem-

Consejo, de 20 de marzo de 2000, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a su ejercicio²³; 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*)²⁴; la Directiva 2005/736/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 7 de septiembre de 2005 relativa al reconocimiento de cualificaciones profesionales²⁵. No obstante, parte de esta normativa prevé mecanismos que vienen a relativizar tal principio reconociendo cautelas supervisoras al Estado de destino o de acogida. Así en primer lugar, la Directiva sobre el acceso de las entidades de crédito, el planteamiento elegido es el de una armonización suficiente para lograr un reconocimiento mutuo de las autorizaciones y sistemas de control prudencial así como permitir la concesión de una autorización única y la aplicación del principio del control por el Estado miembro de origen bajo un sistema de notificaciones y un régimen de responsabilidades que permite al Estado de destino tener un conocimiento relativamente veraz del servicio prestado²⁶.

Por su parte, la Directiva sobre reconocimiento de cualificaciones profesionales incorpora la *técnica de la declaración previa en caso de desplazamiento por primera vez del prestador de servicios* ante las autoridades relativas al ejercicio de actividades de radiodifusión televisiva (*DO n.º L 202 de 30 de julio de 1997*).

²³ *DO n.º L 126 de 25 de mayo de 2000*.

²⁴ *DO n.º L 178 de 17 de julio de 2000*.

²⁵ *DO n.º L 255 de 30 de septiembre de 2005*. Vid. también Decisión de la Comisión de 19 de marzo de 2007 por la que se crea el Grupo de Coordinadores para el reconocimiento de las cualificaciones profesionales (*DO n.º L 79 de 20 de marzo de 2007*).

²⁶ En este sentido 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 solicitarse documentos, así como el 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 autoridad 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.

des del Estado miembro de destino. A tal efecto, 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 año²⁷.

En otros supuestos, la libre prestación de servicios auspiciada por el Derecho comunitario se ha visto contrarrestada por el reconocimiento del principio de control del Estado de destino o, en su caso, por la reglamentación exhaustiva de una cooperación administrativa entre las autoridades competentes. En cuanto al primer supuesto, destaca la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 16 de diciembre de 1996 sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios²⁸. De acuerdo con la terminología jurisdiccional, esta norma impide que, mediante una aplicación a sus trabajadores de las condiciones de trabajo y empleo vigentes en el Estado miembro de origen, las empresas establecidas en otros Estados miembros puedan ejercer una *competencia desleal* hacia las empresas del Estado miembro de acogida, en el marco de una prestación de servicios transnacional, cuando el nivel de protección social es más elevado en el Estado miembro de acogida²⁹. Mientras que el segundo fenómeno encuentra su plasmación más evidente en el

²⁷ 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 referían los documentos 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 nacionales.

²⁸ DO n.º L18 de 21 de enero de 1997.

²⁹ Cfr. TJCE, Sentencia *Laval un Partneri Ltd* de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05, apartado 75.

Reglamento (CE) núm.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 consumidores³⁰, complementado con la Decisión de la Comisión Europea de 22 de diciembre de 2006 por lo que respecta a la asistencia mutua³¹. En su lucha contra las infracciones intracomunitarias, tal normativa no sólo prevé el establecimiento de una red de autoridades públicas encargadas de la aplicación de la legislación en la Comunidad, sino que reglamenta el mínimo de competencias de que han de disponer estas autoridades en materia de control e investigación³² y articula un sistema integrado de cooperación y asistencia administrativa que prevé, además del intercambio de funcionarios, la posibilidad de que funcionarios del Estado de destino puedan actuar en el Estado de origen previa autorización de éste último.

El principio de reconocimiento mutuo viene, por lo demás, avalado por un importante desarrollo jurisprudencial que ha trazado los parámetros de su realización³³. De acuerdo con lo dispuesto por el TJCE en el asunto C-433/04, *Comisión c. Bélgica*, sentencia de 9 de noviembre de 2006, el artículo 49 CE no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción a la libre prestación de servicios, aunque se aplique indistintamente a los prestadores

³⁰ DO n.º L 364 de 9 diciembre de 2004.

³¹ DO n.º L 32 de 6 de febrero de 2007.

³² 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.

³³ Vid. al respecto, HATZOPOULOS, V. y THIEN UYEN DO, «The case law of the ECJ concerning the free provision of services:2000-2005», *Common Market Law Review* 2006-3, pp. 923-982; D'ACUNTO, S. «Commentaires. La jurisprudence communautaire en matière de liberté d'établissement et libre prestation des services», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2006-3, pp. 669-684.

de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades de los prestadores de servicios de los demás Estados miembros que, en sus respectivos Estados miembros de origen, presten legalmente servicios análogos³⁴.

Por otra parte, tal derecho a la libre prestación de servicios definido en estos términos posee, según jurisprudencia del TJCE iniciada con la Sentencia *Van Binsbergen* de 3 de diciembre de 1974 (asunto 33/74), efecto directo tanto en su dimensión vertical, frente a las autoridades estatales en un sentido global del término, como en su dimensión horizontal, esto es, en las relaciones jurídico privadas de los operadores y agentes comunitarios sin que dicha aplicación se limite al principio de no discriminación por razón de la nacionalidad concretado en dicho artículo. Como se recuerda en el asunto *Laval & Partneri Ltd* en cuanto a los convenios colectivos, el respeto del artículo 49 CE se impone igualmente a las normativas de naturaleza no pública que tengan por finalidad regular colectivamente las prestaciones de servicios. En efecto, la eliminación, entre los Estados miembros, de los obstáculos a la libre prestación de servicios correría peligro si la supresión de las barreras de origen estatal pudiera ser neutralizada con obstáculos derivados de actos realiza-

³⁴ Cfr. apartados 28 y 29 de la Sentencia referida. A este respecto se consideró contrario al artículo 49 CE, al atenderlo disuasorio de acceder a la libre prestación de servicios, el hecho de que la legislación belga exigiera que el comitente o el empresario deban retener a favor de la Administración belga una cantidad correspondiente al 15% del precio facturado por el prestador de servicios no registrado, pues tal medida equivalía a privar a este último de la posibilidad de disponer inmediatamente de una parte de sus ingresos, que tan solo se podrán recuperar al término de un procedimiento administrativo específico (cfr. apartado 30). Acerca del contenido y alcance de esta dimensión de la libre prestación de servicios vid. la siguiente jurisprudencia: las sentencias de 25 de julio de 1991, *Säger*, C-76/90, Rec. p. I-4221, apartado 12; de 29 de noviembre de 2001, *De Coster*, C-17/00, Rec. p. I-9445, apartado 33; de 7 de febrero de 2002, *Comisión c. Italia*, C-279/00, Rec. p. I-1425, apartado 31; de 13 de febrero de 2003, *Comisión c. Italia*, C-131/01, Rec. p. I-1659, apartado 26; de 11 de diciembre de 2003, *AMOK*, C-289/02, Rec. p. I-15059, apartado 36; de 18 de marzo de 2004, *Leichtle*, C-8/02, Rec. p. I-2641, apartado 32; de 19 de enero de 2006, *Comisión c. Alemania*, C-244/04, Rec. p. I-885, apartado 30, y de 15 de junio de 2006, C-225/04, *Comisión c. Francia*, apartado 37. Tal prohibición incluye además aquellas medidas que disuadan a los prestadores de servicios en la medida en que su aplicación genere gastos adicionales y supongan un aumento de las cargas administrativas y económicas (vid. asuntos *Portugaia Construcoes*, C-164/99, Sentencia de 24 de enero de 2002, apartado 18 y *Wolf & Muller*, C-60/03, de 12 de octubre de 2004, apartado 32).

dos en ejercicio de su autonomía jurídica por asociaciones u organismos que no están sometidos al Derecho público³⁵.

2. LOS CRITERIOS RELATIVOS AL INTERÉS GENERAL, EL PRINCIPIO DE EQUIVALENCIA Y PROPORCIONALIDAD EN LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO EN EL QUE SE PRESTA EL SERVICIO: LA NECESARIA FORMACIÓN EN «DERECHO EUROPEO COMPARADO» DE LOS FUNCIONARIOS NACIONALES

No obstante, esta concepción de la libre prestación de servicios articulada sobre el principio de Estado de origen en los ámbitos no armonizados por el Derecho comunitario, no es absoluta pues se reconoce la posibilidad de que el prestador quede sujeto a la normativa nacional del Estado de desplazamiento o se imponga, en su caso, una obligación de cooperación entras las autoridades nacionales de los Estados implicados que faciliten la supervisión del servicio por parte del Estado de destino³⁶. Tales limitaciones han llevado algún sector de la doctrina a interrogarse sobre si en realidad no se está aplicando de forma general un imperfecto principio de Estado de origen³⁷. Ahora bien, la aplicación de la normativa nacional del Estado de destino en un ámbito que no haya sido objeto de armoniza-

³⁵ Cfr. apartado 98 de la Sentencia *Laval un Partneri Ltd* de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05, con referencia a la siguiente jurisprudencia: sentencias de 12 de diciembre de 1974, *Walrave y Koch* (36/74, Rec. p. 1405), apartados 17, 18, 23 y 24; de 15 de diciembre de 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. p. I-4921, apartados 83 y 84; de 19 de febrero de 2002, *Wouters y otros* (C-309/99, Rec. p. I-1577), apartado 120.

³⁶ Respecto a la obligación de cooperación, en el asunto *Danner*, el Tribunal recordó en materia de fiscalidad sobre aportaciones a planes de pensiones voluntarios gestionados por entidades aseguradoras establecidas en otro Estado miembro que «procede recordar, ante todo, que la Directiva 77/799 puede ser invocada por un Estado miembro con el fin de conseguir de las autoridades competentes de otro Estado miembro todas las informaciones necesarias para la liquidación correcta de los impuestos sobre la renta (...) o todos los datos que considere necesarios para calcular la cuantía exacta del impuesto sobre la renta adeudado por un sujeto pasivo en función de la legislación que aplique (...). Por tanto, un Estado miembro sí puede verificar si uno de sus contribuyentes ha abonado efectivamente aportaciones a una entidad de otro Estado miembro. Además, nada impide a las autoridades tributarias de que se trate exigir al contribuyente que presente las pruebas que considere necesarias para apreciar si se cumplen en cada caso los requisitos para deducir las aportaciones que exige la normativa de que se trate y, por consiguiente, si procede practicar la deducción solicitada». Sentencia de 3 de octubre de 2002, asunto C-136/00, apartados 49-50.

³⁷ Vid. HATZOPOULOS, V. y THIEN UYEN DO, *loc.cit.* 979-982.

ción comunitaria y que se aplique indistintamente a cualquier persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de que se trate, puede estar justificada, pese a su efecto restrictivo de la libre prestación de servicios, si responde a razones imperiosas de interés general y siempre que dicho interés no quede salvaguardado por las normas a las que está sujeto el prestador en el Estado miembro en el que esté establecido. Además se exige que la referida normativa sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no vaya más allá de lo necesario para alcanzarlo³⁸.

Se impone, pues, el criterio de equivalencia/proporcionalidad que implica que el interés digno de protección no ha de quedar suficientemente garantizado por la legislación y actuación administrativa del Estado de origen. Tomando como referencia las exhaustivas Conclusiones sobre la protección de los trabajadores desplazados y la lucha contra el *dumping* social desarrolladas por el Abogado General, Sr. Paolo Mengozzi, en el asunto *Laval & Partneri Ltd*, la aplicación de tal criterio supone, por un lado, que las condiciones previstas en la normativa del Estado de desplazamiento ofrezca *ventajas reales* que contribuyan de manera significativa a la protección de los destinatarios y, por otra parte, que la protección que tales condiciones confieren no se obtengan mediante obligaciones idénticas o esencialmente comparables que ya se impongan al prestador de servicios en el Estado miembro en el que esté domiciliado³⁹.

³⁸ Vid. apartado 37 de la Sentencia del TJCE de 21 de septiembre de 2006 en el asunto *Comisión c. Austria*, C-168/04. Sobre esta cuestión vid. las ya clásicas Sentencias TJCE de 23 de noviembre de 1999, *Arblade y otros*, C-369/96 y C-376, apartados 34 y 35 y de 24 de enero de 2002, *Portugaia Construções*, C-164/99, apartado 19.

³⁹ Cfr. Conclusiones del Abogado General Sr. Paolo Mengozzi presentadas el 23 de mayo de 2007, punto 282. La cursiva es añadida. Por su parte y de conformidad con la jurisprudencia sentada en el asunto *Mazzoleni* relativa al salario mínimo el principio de equivalencia exige que la evaluación que han de efectuar las autoridades competentes del Estado miembro de acogida para determinar si su normativa nacional resulta necesaria y proporcionada para la protección de los destinatarios comprenda los siguientes elementos. Por un lado, que dichas autoridades tengan en cuenta, entre otros extremos, la duración de las prestaciones de servicios y la previsibilidad de las mismas, así como el hecho de que los empleados sean efectivamente desplazados al Estado miembro de acogida o sigan estando vinculados al centro de operaciones de su empresario en el Estado miembro de establecimiento de éste. Por otro lado, para comprobar si la protección de que disfrutaban los empleados en el Estado miembro de establecimiento es equivalente, las autoridades competentes del Estado miembro de acogida deben tomar en consideración, entre otros extremos, los relativos a la cuantía de la retribución y a la duración del trabajo a la que corresponde dicha cuantía, así como al

Este criterio de proporcionalidad y equivalencia ha generado ciertos recelos doctrinales. Algunos autores han sugerido que la sujeción de la normativa nacional comunitariamente armonizada «al control *in casu* de la proporcionalidad acarrearía una desregularización dentro del propio ámbito del derecho europeo que llevaría a privar de eficacia al texto comunitario. Esta situación conduciría a que ni los prestatarios de servicios ni los trabajadores pudieran fiarse de sus previsiones, y a que tampoco los Estados miembros pudieran confiar en la eficacia de sus leyes de transposición»⁴⁰. Por otra parte, supone una ímproba labor de investigación y de estudio de derecho comparado por parte de los funcionarios y personal de las administraciones nacionales competentes, en particular por los órganos jurisdiccionales, que a la hora de precisar tal equivalencia y proporcionalidad deberán conocer la legislación de los 27 Estados miembros de la Unión Europea, un conocimiento global en la medida que se ha de incluir toda aquella normativa que de forma directa o indirecta incida en el ámbito de protección afectado por la libre prestación del servicio de que se trate. Pero no sólo se requerirá una exhaustiva formación en derecho comparado, sino también una formación en idiomas que suponga en el ámbito administrativo lo que en a partir del siglo XI supuso la sabia «Escuela de traductores de Toledo». De ahí que cobre una significación particular el informe que los Estados en el ejercicio de la evaluación recíproca deberán transmitir a la Comisión antes de 28 de diciembre de 2009 sobre los resultados del cribado de su legislación en aras a garantizar la libre prestación de servicios previsto en los artículos 15 y 39 de la Directiva servicios así como la previsión del artículo 34 sobre que los Estados miembros, con la ayuda de la Comisión, adoptarán medidas complementarias para facilitar el intercambio de los funcionarios responsables de llevar a cabo la asistencia recíproca y para formar a dichos funcionarios, incluido en materias como las lenguas y la informática. Además se prevé que la Comisión evaluará la necesidad de establecer un programa plurianual con el fin de organizar los intercambios de funcionarios y la formación pertinentes.

En este sentido presenta especial interés el asunto C-490/04, *Comisión c. Alemania*, en el que se discutía si la normativa alemana relativa a la obligación de traducción al alemán de ciertos documentos de los trabajado-

importe de las cotizaciones a la seguridad social y a la incidencia de la fiscalidad. Vid. asunto C-165/98, Sentencia de 15 de marzo de 2001, apartados 38-39.

⁴⁰ Vid. QUIÑONES ESCÁMEZ, A. «Otra lectura de la jurisprudencia del TJCE sobre desplazamiento de trabajadores (del asunto *Arblade* al *Portugaia*)», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm.12, mayo-agosto 2002, p. 448.

res desplazados —como el contrato de trabajo, las nóminas y los comprobantes del horario laboral y del pago de las retribuciones—, resultaba conforme o no a la libre prestación de servicios del artículo 49 TCE. Para la Comisión, tal imposición se erigía en una restricción injustificada además de excesiva y desproporcionada ya que la cooperación administrativa del artículo 4 de la Directiva 96/71 hacía banal la traducción. Por el contrario, Alemania y Francia invocaban la adecuada protección de los asalariados para justificar tal medida. En esta última dirección se pronunciaron el Abogado General, Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, quien apostaba por la elaboración de documentos plurilingües reconociendo que hasta el momento no se ha aprobado ningún instrumento normativo en ese sentido⁴¹, así como la Sentencia definitiva dictada el 18 de julio de 2007. En tal decisión se hacen dos importantes observaciones de carácter garantista. En primer lugar que, si bien es cierto que la exigencia de seguridad jurídica se opone a que el ejercicio de los derechos que los particulares deducen del Derecho comunitario esté supeditado a requisitos y límites fijados en normas administrativas nacionales, procede señalar las dificultades que en el marco del desplazamiento transnacional de trabajadores puedan surgir al comparar los regímenes nacionales afectados, a falta de armonización en la materia y sin una cooperación eficaz entre las administraciones de los Estados miembros. Por esta razón se destaca la importancia de la celebración de acuerdos administrativos para garantizar el reconocimiento mutuo de tales regímenes así como la necesaria cooperación y, más en general, del deber de cooperación leal entre Estados miembros en los ámbitos cubiertos por el Derecho comunitario. En cuanto a la traducción de los documentos pertinentes en la lengua del Estado miembro de acogida, el Tribunal estima conforme la normativa alemana al entender que con ella se pretende permitir a las autoridades competentes de dicho Estado que realicen, en el lugar de trabajo, los controles necesarios para garantizar el cumplimiento de las disposiciones nacionales en materia de protección de los trabajadores, en particular, las relativas al salario y al horario de trabajo. En la práctica, este tipo de controles *in situ* pasarían a ser excesivamente difíciles, e incluso imposibles, si tales documentos pudieran ser presentados en la lengua del Estado miembro del establecimiento del empresario, dado que los funcionarios del Estado miembro de acogida no conocen necesariamente esta lengua⁴².

⁴¹ Vid. puntos 84-87 de sus Conclusiones presentadas el 14 de diciembre de 2006.

⁴² Cfr. apartados 53 y 71 de la Sentencia. El artículo 5 la Directiva de servicios, que excluye de su aplicación el ámbito de aplicación de la Directiva 96/71, precisa que cuando los Estados miembros soliciten a un prestador o a un destinatario que presente un cer-

Una modalidad del principio de equivalencia aparece prevista en la Directiva de servicios a través de la conjugación de sus artículos 18 y 35 que regulan las excepciones individuales al principio de libre prestación de servicios y al principio de control del Estado de origen. 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 medias 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. Por esta razón, el artículo 18.3 prevé una cláusula de desconexión en el sentido de que tales excepciones se han de entender sin perjuicio de lo dispuesto en otros instrumentos comunitarios que garanticen la libertad de circulación de servicios o permitan excepciones a dicha libertad⁴³.

tificado, 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.

⁴³ Como es el caso de la Directiva 2000/31 de comercio electrónico que prevé la libre prestación de servicios sobre la base del Estado de origen con las excepciones anteriormente indicadas.

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 tomar 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 art.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 negativo pedirá al Estado que se abstenga de tomar las medidas previstas o que ponga fin urgentemente a tales medidas⁴⁴.

Si estimamos que se trata de medidas excepcionales y de extrema gravedad, tal procedimiento resulta contraproducente, 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.

3. LA PREFERENCIA DEL CONTROL PARTICULAR A *POSTERIORI* FRENTE A LAS ACTUACIONES AUTOMÁTICAS Y PREVENTIVAS

Pero es que además habría que añadir otros dos criterios vinculados al principio de necesidad y proporcionalidad como son el de la preferencia

⁴⁴ 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.

del examen particular frente a aplicaciones automáticas e incondicionales así como el de la actuación *a posteriori* frente a la imposición preventiva de condiciones. Además de la *efectividad real de la protección* se impone un criterio de *efectividad temporal de oportunidad*. Un procedimiento de autorización previa sólo es necesario si se considera que el control *a posteriori* es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido. Además no se considerará conforme con los principios fundamentales de la libre prestación de servicios si, por su duración y por los gastos desproporcionados que genera, puede disuadir a los operadores de llevar adelante su proyecto⁴⁵.

Respecto a la aplicación de estos criterios, resulta ilustrativa la citada Sentencia de 9 de noviembre de 2006 en el asunto *Comisión c. Bélgica* (C-433/04) cuando respecto a la retención del 15 % del precio facturado por el prestador de servicios a favor de la Administración belga, se indicaba que la necesidad de combatir el fraude fiscal no es suficiente para justificar que la obligación de retención y la responsabilidad solidaria se apliquen, con carácter general y preventivo, a todos los prestadores de servicios no establecidos ni registrados en Bélgica, cuando se da la circunstancia de que una parte de ellos no está, en principio, sujeta a los mencionados impuestos, impuestos a cuenta y tasas. Al aplicarse de manera automática e incondicional, las medidas controvertidas no permiten tener en cuenta la situación individual de los prestadores de servicios no establecidos ni registrados en Bélgica. En lo que atañe a la obligación de retención, continuaba la Sentencia, un medio menos restrictivo que privar a los prestadores de servicios de la posibilidad de disponer inmediatamente de una parte no desdeñable de sus ingresos habría sido prever un sistema, basado en el intercambio de información entre los comitentes y los empresarios, los prestadores de servicios y la Administración tributaria belga, que permitiera, por ejemplo, que los comitentes y empresarios se informaran de las eventuales deudas tributarias de las partes con las que contratan o que estableciera la obligación de informar a la Administración tributaria belga de todo contrato celebrado con personas no registradas o de todo pago efectuado a favor de las mismas⁴⁶. La Directiva de servicios ha hecho acopio

⁴⁵ Cfr. STJC de 22 de enero de 2002, *Canal Satélite Digital, S.L.*, C-390/99, *Rec.*, p. I-607, apartado 43.

⁴⁶ Cfr. apartados 37-39 de la Sentencia referida. En los asuntos acumulados *Placanica y otros* (C-338/04, C-359/04 y C-360/04), el Tribunal de Justicia en su sentencia de 6 de marzo de 2007 apunta que frente a la exclusión de hecho de un determinado número de

de esta jurisprudencia proclamando en su Exposición de Motivos que los requisitos de acceso a una actividad de servicios sólo resultan admisibles 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 Directiva⁴⁷.

4. LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y LOS NACIONALES DE TERCEROS ESTADOS

Finalmente y en estrecha relación con la anterior consideración sobre la excepcionalidad del control sistemático y preventivo, presenta especial interés la invocación de la normativa sobre extranjería del Estado de destino para limitar la libre prestación de servicios ejercida por nacionales

operadores extranjeros de las licitaciones para la adjudicación de las concesiones existentes en materia de juegos de azar, podrían ser soluciones más apropiadas tanto la revocación y la redistribución de las concesiones anteriores como la convocatoria de licitaciones para adjudicar un número adecuado de nuevas concesiones. Cfr. apartado 63 de la Sentencia. Respecto a la obligación de depositar una fianza, prevista en la normativa española, por parte de las empresas de seguridad privada, se ha indicado que 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 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». Vid. Sentencia de 26 de enero de 2006 del TJCE en el asunto C-514/03, *Comisión c. España*, apartados 42 y 43.

⁴⁷ El artículo 9.1 c) de la Directiva establece, respecto a la libertad de establecimiento, que los Estado 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 un 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».

de terceros Estados establecidos regularmente en el Estado de origen. Sobre este particular, la Sentencia de 21 de septiembre de 2006 en el asunto C-168/04, *Comisión c. Austria*, declaró que una normativa nacional que supedita el ejercicio de prestaciones de servicios en el territorio nacional, por parte de una empresa domiciliada en otro Estado miembro, a la concesión de una autorización administrativa constituye una restricción a dicha libertad en el sentido del artículo 49 CE. A este respecto, y contrariamente a lo que alegaba el Gobierno austriaco, «el procedimiento de confirmación de desplazamiento europeo tiene carácter de procedimiento de autorización. En efecto, en la medida en que la expedición de esa confirmación es indispensable para efectuar el desplazamiento y que la confirmación no se expide hasta que las autoridades nacionales competentes han controlado el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 18, apartado 13, de la AusIBG, no puede alegarse que se trata de un simple procedimiento declarativo. Este procedimiento es, además, tanto más capaz de dificultar, y aun imposibilitar, el ejercicio de la prestación de servicios empleando trabajadores desplazados nacionales de Estados terceros, cuanto que implica un plazo para la tramitación de la solicitud de dicha confirmación que puede alcanzar seis semanas»⁴⁸.

De lo anterior se desprende judicialmente que la República de Austria había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE. Por un lado, al supeditar el desplazamiento de trabajadores nacionales de Estados terceros a la obtención de la «confirmación de desplazamiento europeo» prevista en el artículo 18, apartados 12 a 16, de la AusIBG, cuya concesión requiere, en primer lugar, que los trabajadores interesados trabajen en dicha empresa desde al menos un año antes o estén vinculados a ella mediante un contrato de trabajo por tiempo indefinido y,

⁴⁸ Apartados 40-42. Además se indica en su apartado 57 que «Los datos facilitados con arreglo al procedimiento relativo a la declaración previa previsto por la AVRAG y recordados en el apartado 52 de la presente sentencia, así como los transmitidos en el marco del procedimiento de concesión del permiso de residencia permiten a las autoridades austriacas asegurarse de que los trabajadores interesados se encuentran en situación regular, especialmente en cuestiones de residencia, autorización de trabajo y cobertura social, en el Estado miembro en el que la empresa los tenga en plantilla, y garantizan a las mencionadas autoridades, de una manera menos restrictiva e igualmente eficaz que la que implican las exigencias controvertidas, que los trabajadores se encuentran en situación regular y que ejercen su actividad principal en el Estado miembro en el que tiene su domicilio la empresa de prestación de servicios». Véanse las Sentencias TJCE antes citadas *Vander Elst*, C-43/93 de 9 de agosto de 1994, apartado 15, y *Comisión/Luxemburgo*, C-445/03 de 21 de octubre de 2004, apartado 24.

en segundo lugar, que se acredite el cumplimiento de las condiciones de trabajo y salario austriacas. Por otro lado, al contemplar en el artículo 10, apartado 1, punto 3, de la FrG, una causa de denegación automática del permiso de entrada y de residencia, sin excepción, que no permite regularizar la situación de los trabajadores nacionales de un Estado tercero, lícitamente desplazados por una empresa establecida en otro Estado miembro, cuando dichos trabajadores han entrado en el territorio nacional sin visado⁴⁹.

Sobre esta cuestión, la Directiva de servicios viene a establecer un marco más restrictivo y conforme al sistema Schengen en la medida en que en su artículo 17.9 precisa que la libre prestación de servicios no se aplica en relación con los nacionales de terceros países que se desplazan a otro Estado miembro en el contexto de la prestación de un servicio, a la posibilidad de los Estados miembros de imponer la obligación de visado o de permiso de residencia a los nacionales de terceros países que no disfruten del régimen de equivalencia mutua previsto en el artículo 21 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, o a la de imponer a los nacionales de terceros países la obligación de presentarse a las autoridades competentes del Estado miembro en el que se presta el servicio en el momento de su entrada o posteriormente.

V. LA DIRECTIVA DE SERVICIOS: ¿SOLUCIÓN TRANSACCIONAL ENTRE LA AMENAZA DE LA «DESLOCALIZACIÓN SOCIAL» Y LA NECESIDAD DE UN VERDADERO MERCADO LIBRE DE SERVICIOS?

La amenaza de la «Directiva Bolkestein» sobre el desmontaje del modelo social europeo, el *dumping* social y la deslocalización empresarial no constituía una mera provocación⁵⁰. No sólo por el efecto del denominado «fontanero polaco» en el no francés a la Constitución Europea, sino porque tal propuesta encerraba en sí un planteamiento tan liberalizador del mercado que no sólo se situaba al margen de las conquistas sociales euro-

⁴⁹ Vid. apartado 68.

⁵⁰ Vid. R. BLANPAIN (Ed.), *Freedom of Services in the European Union. Labour and Social Security Law: the Bolkestein Initiative*, Kluwer Law Internacional, 2006; SERRANO OLIVARES, R., «La propuesta de «Directiva Bolkestein»: ¿es razonable la alarma política y sindical suscitada», en *Iuslabor* n.º 2, 2005; el informe presentado ante el Senado francés «Que penser de la directive «Bolkestein»?» en www.senat.fr.

peas, sino que pulverizaba el acervo jurisprudencial asentado sobre los equilibrios del mercado interior. No se ha de olvidar que la propuesta *Bolkestein* proclamaba el principio de Estado de origen como principio absoluto al prever que los Estados miembros harían lo necesario para que los prestadores quedaran sujetos *únicamente* a las disposiciones normativas nacionales de su Estado miembro de origen, tanto en lo que se refiere al acceso a la actividad de un servicio como a su ejercicio y, en particular, a las que rigen el comportamiento del prestador, la calidad o el contenido del servicio, la publicidad, los contratos y la responsabilidad del prestador⁵¹.

Acerca del *dumping* social en una Unión Europea ampliada, se ha destacado que «el traslado al ámbito social de la competencia interterritorial que provocará la falta de respuesta a la demanda de intervención social que plantea la ampliación acentuará el deterioro de las condiciones de trabajo, salariales y poder sindical... El papel que la periferia cumple en este caso es el de acelerar la imposición de un nuevo paradigma económico-social que se ha construido en contraposición al constitucionalismo social»⁵². Resulta evidente que a pesar de los progresos realizados, la UE no ha generado una verdadera política social sino que prefiere, conforme al artículo 136 TCE, encomendar tal objetivo al propio funcionamiento del mercado interior —presentado como favorecedor de la armonización de los sistemas sociales—, así como a los procedimientos de aproximación y coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que se atribuyen a la CE en virtud de políticas de mero complemento. Por otra parte, el compromiso sobre los derechos sociales proclamado en el sistema de la Carta Social Europea del Consejo de Europa ha quedado relegado en el ámbito de la Unión Europea a un segundo plano, postergado del artículo 6.2 del TUE y constreñido a las previsiones del Capítulo I del título XI del Tratado, situación no solventada ni restañada por las previsiones sociales de la no vinculante Carta Comunitaria de los Derechos Sociales

⁵¹ Cfr. Art.16 de la propuesta COM(2004) 2 final.

⁵² Vid. MAESTRO BUELGA, G., «El impacto de la ampliación de la U.E. sobre el “modelo social europeo”», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 23, enero-abril 2006, p. 43. Sobre el modelo social europeo vid. ICARD, Ph., «Les droits sociaux des tiers à la Communauté européenne: un impressionnisme juridique», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2007-1, pp. 73-125; VV.AA., *El Modelo Social Europeo frente a la Globalización*, Eurobask, 2005, VAUGHAN-Whitehead, D.C., *EU Enlargement versus Social Europe? The Uncertain Future of the European Social Model*, Cheltenham, UK. Northampton, MA, USA, 2003.

Fundamentales de los Trabajadores de 1989 y del Capítulo V, «Solidaridad», de la programática Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Acerca de esta cuestión, el TJCE recientemente ha virado su jurisprudencia que hasta entonces había hecho caso omiso de la Carta Social Europea como parámetro interpretativo⁵³. En el asunto *Laval & Partneri Ltd* resuelto por la Gran Sala del Tribunal el 18 de diciembre de 2007, se reconoce la vinculación de la Comunidad a la normativa social anteriormente indicada concluyendo, respecto a las medidas de conflictos colectivo, que constituyen «un derecho fundamental que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario, cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia»⁵⁴. En consecuencia y en consideración a los objetivos relativos al «desarrollo armonioso, equilibrado y sostenibles de las actividades económicas» y la consecución de «un alto nivel de empleo y de protección social» proclamados en el artículo 2 CE, se afirma que los derechos sociales pueden constituir una restricción justificada a las libertades económicas fundamentales garantizadas en el Tratado en aras a equiparar —por la vía del progreso, una protección social adecuada y el diálogo social—, los objetivos de la política social (art.136 TCE) con los éxitos de la política económica comunitaria. En concreto se declara que el derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a una eventual práctica de *dumping social* puede constituir una razón imperiosa de interés general que puede justifi-

⁵³ Cfr. JIMENA QUESADA, L., *Jurisprudencia del Comité Europeo de Derechos Sociales. (Sistema de Reclamaciones Colectivas)*, vol. 1:1998-2005), Tirant lo Blanch, Valencia 2007, p. 41.

⁵⁴ Cfr. apartado 91 de la Sentencia. Por su parte, el Abogado General Sr. Mengozzi había reivindicado, desde una interpretación sistemática y teleológica del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las tradiciones constitucionales referidas en el artículo 6.2 del TUE, la Carta Social Europea y la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales de los Trabajadores en el convencimiento de que «descartar en cualquier hipótesis la aplicabilidad de las libertades de circulación del tratado para garantizar la protección de los derechos fundamentales equivaldría en realidad a consagrar una jerarquía entre normas y principios de Derecho primario, que, si bien no carece necesariamente de pertinencia, no se admite en el estado actual del Derecho comunitario. Así pues lejos de quedar excluida en el caso de autos, la aplicación de las libertades fundamentales de circulación previstas por el Tratado debe, en definitiva, conciliarse con el ejercicio de un derecho fundamental» como es el de la acción colectiva por parte de los sindicatos nacionales respecto a prestadores de servicios de otro Estado miembro (puntos 84-85 de sus Conclusiones de 23 de mayo de 2007).

car, en principio, una restricción a la libertad de prestación de servicios del artículo 49 TCE⁵⁵.

Por estos motivos, la finalmente adoptada Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y el Consejo relativa a los servicios en el mercado interior y su apuesta por el principio de libre prestación de servicios en un mercado más reducido y garante de los servicios de interés público, ha sido saludada, no sin críticas, tanto por las instituciones comunitarias como por la doctrina como una solución transaccional entre el liberalismo del mejor postor y el mantenimiento del modelo social europeo⁵⁶. Se trata además de una normativa cuyas características esenciales, como ha indicado S. D'Acunto, son: su vocación horizontal o transversal, su naturaleza de instrumento marco así como codificador de la jurisprudencia y su complementariedad con las otras disposiciones de Derecho comunitario⁵⁷. No obstante y de acuerdo con la jurisprudencia anteriormente expuesta, el espíritu y la esencia del principio de reconocimiento mutuo y Estado de origen se mantiene a lo largo del articulado de la Directiva, aun cuando el núcleo duro de tal principio aparezca encarnado en el artículo 16.2 en virtud del cual los Estados miembros no podrán restringir la libre prestación de servicios mediante la imposición de los siguientes requisitos: 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 corres-

⁵⁵ Cfr. *ibid.* apartados 101-111.

⁵⁶ Vid. el Editorial «The Services directive proposal: striking a balance between the promotion of the internal market and preserving the European social model?», *Common Market Law Review*, 2006-2, pp. 307-311. Según este editorial, «the European Parliament amendments have turned the original directive proposal into a Swiss Emmentaler cheese –with more holes than substance». Sobre esta Directiva, vid. GARABIOL-FURET, M-D., *loc.cit.*; D'ACUNTO, S., «Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points» *Revue du Droit de l'Union Européenne* 2007-2, pp. 261-327, del mismo autor, «La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur», *Revue du Droit de l'Union Européenne*, 2004-2, pp. 201-248; DRIJBER, B. J., «The Country of Origin Principle in the proposed Directive on Services in the Internal Market», *European Consumer Law Journal*, núm. 1, 2005, pp. 16-22.

⁵⁷ Cfr. D'ACUNTO, S., «Directive Services (2006/123/CE): radiographie juridique en dix points», *loc.cit.* pp. 267-270.

pondientes 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 artículo 19 y relativas a los derechos de los destinatarios de los servicios⁵⁸.

El polémico principio de Estado de origen se transformó en el principio general de libre prestación de servicios del artículo 16 que viene a glosar los principios elaborados por la jurisprudencia comunitaria anteriormente examinada y cuya concreción se habrá de evaluar recíprocamente o, en su caso, determinar por el Tribunal de Justicia. A tal efecto se establece que los Estados no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios a requisitos que no respeten los principios: de *no discriminación* directa o indirecta por razón de la nacionalidad o, en el caso de las personas jurídicas, por razón del Estado miem-

⁵⁸ A los que hay que añadir los requisitos prohibidos del art. 14 respecto a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios, entre otros: aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defiendan razones imperiosas de interés general; intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes, con excepción de los colegios profesionales y de las asociaciones y organismos que actúen como autoridad competente; esta prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general; obligación de constituir un aval financiero, de participar en él o de suscribir un seguro con un prestador u organismo establecido en el territorio nacional. Ello no afectará a la posibilidad de los Estados miembros de exigir garantías de un seguro o financieras como tales, ni a los requisitos relativos a la participación en fondos colectivos de compensación, por ejemplo, para miembros de colegios u organizaciones profesionales; obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros existentes en el territorio nacional o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio.

bro en que estén establecidas; *necesidad*, en el sentido, de que el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente; *proporcionalidad* en cuanto que el requisito debe ser adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo. En cuanto a la prestación de una actividad de servicios, sólo podrán imponerse requisitos que obedezcan a los anteriores criterios y que estén *justificados por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente*. Tal consideración tampoco impedirá que el Estado miembro aplique de conformidad con el Derecho comunitario, sus disposiciones en materia de condiciones de empleo, incluidas las establecidas en convenios colectivos.

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 transposición, 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 presente Directiva al Derecho interno (28 de diciembre de 2009), 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.

Pero además, para conjurar todas las polémicas suscitadas en torno a la excesiva liberalización de determinados servicios de interés público se procedió a una importante depuración de los servicios afectados. Tal exclusión se produce en una triple vertiente. *La general, prevista en el artículo 2*, que afecta tanto a la libertad de establecimiento de los prestadores como a la libre prestación de servicios, y que excluye, entre otros, los servicios no económicos de interés general, los servicios financieros⁵⁹, los

⁵⁹ Como los bancarios, de crédito de seguros y reasuguros, de pensiones de empleo o individuales, de valores, de fondos de inversión, de pagos y asesoría sobre inversión, incluidos los servicios enumerados en el anexo I de la Directiva 2006/48/CE.

servicios y redes de comunicaciones electrónicas, los servicios en el ámbito del transporte, los servicios de las empresas de trabajo temporal, los servicios sanitarios tanto públicos como privados⁶⁰, los servicios audiovisuales, incluidos los cinematográficos y la radiodifusión; las actividades de juego, las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública de conformidad con el artículo 45 TCE; los servicios sociales⁶¹; los servicios de seguridad privados; los servicios prestados por notarios y agentes judiciales y la fiscalidad. La *deducida del principio de especialidad del artículo 3* conforme al cual si surge un conflicto entre una disposición de la presente Directiva y otra disposición de otro acto comunitario relativo a aspectos concretos relacionados con el acceso a la actividad de un servicio o su ejercicio en sectores concretos o en relación con profesiones concretas, estas normas primarán y se aplicarán a esos sectores o profesiones concretas, entre los que figuran, la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios⁶². Y finalmente, la *sectorial o adicional relativa exclusivamente a la libertad de servicios del artículo 17*, entre los que se citan los servicios de interés económico general⁶³. Así pues, el concepto de servicio afectado por

⁶⁰ Los servicios sanitarios, prestados o no en establecimientos sanitarios, independientemente de su organización y financiación a escala nacional, su carácter público o privado.

⁶¹ Los servicios sociales relativos a la vivienda social, la atención a los niños y el apoyo a familias y personas temporal o permanentemente necesitadas proporcionadas por el Estado, por prestadores encargados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas como tales por el Estado.

⁶² Además figuran el Reglamento (CEE) n.º 1408/71 relativo a la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplazan 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.

⁶³ Entre los servicios de interés económico general se mencionan: servicios postales a los que se refiere la Directiva 97/67/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 15 de diciembre; servicios del sector eléctrico a los que se refiere la Directiva 2003/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003; los servicios del sector del gas a los que se refiere la Directiva 2003/55/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2003; servicios de distribución y suministro de agua y los servicios de aguas residuales; el tratamiento de residuos. Además se excluyen las siguientes materias: las materias que abarca la Directiva 96/71/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre el desplazamiento de trabajadores efectuado en el marco de una prestación de servicios; las materias a las que se refiera la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la protección de la personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos; las materias a las que se refiere la Direc-

la Directiva se concreta en virtud de la Exposición de Motivos en los siguientes términos:

«El concepto de «servicio» incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución; entre ellas se cuentan las siguientes: servicios destinados a las empresas, como los servicios de asesoramiento sobre gestión, servicios de certificación y de ensayo, de mantenimiento, de mantenimiento de oficinas, servicios de publicidad o relacionados con la contratación de personal o los servicios de agentes comerciales. El concepto de servicio incluye también los servicios destinados tanto a las empresas como a los consumidores, como los servicios de asesoramiento jurídico o fiscal, los servicios relacionados con los inmuebles, como las agen-

tiva 77/249/CEE del Consejo de 22 de marzo de 1977 dirigida a facilitar el ejercicio efectivo de la libre prestación de servicios por los abogados; a las actividades de cobro de deudas por vía judicial; las materias del Reglamento 1408/71 sobre la aplicación de los regímenes de seguridad social a los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias, que se desplazan dentro de la Comunidad; en relación con los trámites administrativos relativos a la libre circulación de personas y su residencia; las materias reguladas por la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, en la que se establece los trámites administrativos de las autoridades competentes del Estado miembro en el que se presta el servicio que son de obligado cumplimiento por parte de los beneficiarios; en relación con los nacionales de terceros países que se desplazan a otro Estado miembro en el contexto de la prestación de un servicio, a la posibilidad de los Estados miembros de imponer la obligación de visado o de permiso de residencia a los nacionales de terceros países que no disfruten del régimen de equivalencia mutua previsto en el artículo 21 del Convenio de aplicación del Acuerdo de Schengen, de 14 de junio de 1985, relativo a la supresión gradual de los controles en las fronteras comunes, o a la de imponer a los nacionales de terceros países la obligación de presentarse a las autoridades competentes del Estado miembro en el que se presta el servicio en el momento de su entrada o posteriormente; por lo que se refiere al transporte de residuos, los asuntos cubiertos por el Reglamento (CEE) n.º 259/93 del Consejo, de 1 de febrero de 1993, relativo a la vigilancia y al control de los traslados de residuos en el interior, a la entrada y a la salida de la Comunidad Europea; los derechos de autor y derechos afines, los derechos contemplados en la Directiva 87/54/CEE del Consejo, de 16 de diciembre de 1986, sobre la protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores y en la Directiva 96/9/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 1996, sobre la protección jurídica de las bases de datos, y los derechos de propiedad industrial; los actos para los que se exija por ley la intervención de un notario; los asuntos cubiertos por la Directiva 2006/43/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de mayo de 2006, relativa a la auditoría legal de las cuentas anuales y de las cuentas consolidadas; a la matriculación de vehículos objeto de un arrendamiento financiero en otro Estado miembro; las disposiciones aplicables a las obligaciones contractuales y extracontractuales, incluida la forma de los contratos, determinadas de conformidad con las normas del Derecho internacional privado.

cias inmobiliarias, o con la construcción, incluidos los servicios de arquitectos, la distribución, la organización de ferias o el alquiler de vehículos y las agencias de viajes. Los servicios destinados a los consumidores quedan también incluidos, como los relacionados con el turismo, incluidos los guías turísticos, los servicios recreativos, los centros deportivos y los parques de atracciones, y, en la medida en que no estén excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva, los servicios a domicilio, como la ayuda a las personas de edad. Estas actividades pueden constituir al mismo tiempo servicios que requieren una proximidad entre prestador y destinatario, servicios que implican un desplazamiento del destinatario o del prestador y servicios que se pueden prestar a distancia, incluso a través de Internet».

Tales concesiones resultan compensadas por la simplificación administrativa del Capítulo II (simplificación de los procedimientos, ventanillas únicas, derecho de información y procedimientos por vía electrónica⁶⁴) y por la cooperación administrativa del Capítulo VI. En un sistema armonizado y simplificado de autorizaciones bajo los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad el control del acceso al servicio corresponde, en términos generales, al Estado de origen, mientras que el control del servicio queda reservado al Estado de destino o acogida, sin que deba 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 (art.31). Ahora bien para que tal equilibrio funcione se requiere establecer obligaciones claras y jurídicamente vinculantes para que los Estados miembros puedan cooperar de forma eficaz, en particular suministrando la información suficiente y necesaria para que el Estado supervisor pueda controlar al prestador supervisado residente o establecido en el Estado informador. A pesar de que tal propósito es enunciado en la Exposición de Motivos de la Directiva, el sistema de cooperación regulado adolece de una carácter excesivamente discrecional en la redacción de sus términos y condicionado —como no podía de ser de otro modo ante la ausencia de una «administración europea única» y la falta de competencia comunitaria sobre la armonización de los procedimientos administrativos nacionales— por la capacidad operativa limitada derivada de las legis-

⁶⁴ Tales disposiciones previstas en los artículos 6, 7 y 8 de la Directiva se consideran transpuestas en España mediante la Ley 11/2007 de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los Servicios Públicos (*BOE*, núm. 287, de 30 de noviembre de 2007).

laciones nacionales sobre la materia, planteamiento que conducirá o bien a las medidas individuales de excepción o bien a la actuación garante y jurisdiccional de la Comisión Europea. A tal efecto, se ha de recordar que el Estado de destino o acogida del servicio desconoce la identidad del prestador y las circunstancias atinentes a la prestación del servicio. Dado que finalmente fue rechazada la propuesta del Parlamento Europeo de incorporar la técnica preventiva de la declaración previa en caso de desplazamiento por primera vez del prestador a las autoridades competentes del Estado miembro de acogida⁶⁵, la única previsión informativa al respecto que se establece, conforme al artículo 22 relativo a la calidad de servicios, es 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 el estatuto jurídico del prestador y las condiciones y condicionantes de la prestación del servicio, incluyendo circunstancias sobre mecanismos extrajudiciales de resolución de litigios⁶⁶.

⁶⁵ Cfr. Enmienda 30, art. 16 bis, Doc. A6-0409/2005. Otra 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 destino, cfr. art. 28, Doc. P6_TA(2006)0061

⁶⁶ 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 multidisciplinarias 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 art. 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

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.

En el supuesto de que la administración nacional supervisora siga desconociendo los datos necesarios para la supervisión del servicio deberá acudir a la cooperación administrativa requiriendo a tal efecto la asistencia recíproca del Estado miembro de establecimiento que, conforme a su legislación, adoptará las medidas más adecuadas para dar cumplimiento a tal solicitud (art. 29.2). No obstante y de conformidad con el artículo 28.4, puede suceder que el Estado de origen carezca, asimismo, de tal información, pues se precisa que cuando se reciba una solicitud de asistencia de las autoridades competentes de otro Estado miembro, los Estados miembros *harán lo necesario* para que los prestadores comuniquen a las autoridades competentes nacionales cualquier información necesaria para el control de sus actividades de conformidad con sus legislaciones nacionales.

En los supuestos en que dicho control o supervisión resulte urgente, el procedimiento a seguir es el previsto en el artículo 35 relativo a la asistencia recíproca en caso de excepciones individuales y más concretamente, a la excepción prevista en el mismo que permite que el Estado de acogida adopte las medidas que estime oportunas al margen de dicha cooperación administrativa entre los Estados afectados, actuando la Comisión Europea como garante del respeto de la legalidad comunitaria, incluyendo la activación del procedimiento por incumplimiento del artículo 226 TCE, en virtud de lo dispuesto en el artículo 28.8 de la referida Directiva.

Por otro lado, la Directiva renuncia a centralizar la información relativa a los mecanismos de alerta (art. 32) y sobre la honorabilidad del prestador (art. 33) que queda en manos de las autoridades nacionales competentes sujetas a su propia legislación nacional. 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 destinatarias, incluidos los que residen en otro Estado miembro, puedan dirigir directamente las reclamaciones o las peticiones de información sobre el servicio prestado.

des 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»⁶⁷.

VI. CONCLUSIONES

El principio de reconocimiento mutuo sigue constituyendo el baluarte identitario de la realización no sólo de un verdadero mercado interior sino incluso del más incipiente espacio de libertad, seguridad y justicia intensamente proyectado por la Unión. Tal principio presupone una auténtica confianza recíproca entre los Estados miembros que va más allá de las meras autorizaciones y se adentra en las políticas sociales y de protección que en estos momentos de reformulaciones constituyentes se encuentra en una situación, al menos, un tanto delicada. No obstante y mientras los procesos de europeización y coordinación de los derechos y procedimientos administrativos nacionales continúan y se consolidan, tal principio de reconocimiento mutuo no puede ser entendido como un principio absoluto sobre el acceso y la actividad del servicio, entregado a la competitividad global de los prestadores que circulan libremente por la Unión Europea. El mantenimiento del denominado modelo social y de garantías europeo no sólo legitima sino que impele la actuación de los Estados de destino en el control y supervisión de tales actividades, aun cuando se imponga de nuevo los principios comunitarios de no discriminación, necesidad, equivalencia y proporcionalidad en el ejercicio de tal competencia supervisora.

La recientemente adoptada Directiva de servicios, tras dejar atrás su

⁶⁷ Cfr. 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.º 45/2001».

originaria y polémica seña de identidad «Bolkestein», se ha presentado ante la opinión pública europea como una solución transaccional entre diferentes modelos ideológicos relativos al funcionamiento del mercado. Además de exceptuar de su marco de aplicación una amplísima gama de servicios (entre ellos, los servicios más controvertidos como los de de interés económico general) y de otorgar un carácter preferente a cierta normativa de protección social que prevé la actuación del Estado de destino (en particular, la Directiva 96/71/CE sobre desplazamiento de trabajadores), la Directiva aprobada ha sacrificado el enunciado del principio de Estado de origen a favor del principio de libre prestación de servicios que concita y codifica el acervo jurisprudencial del TJCE acerca del mismo. No obstante, el éxito del mismo radicará en la puesta en práctica de las actuaciones administrativas previstas en la misma. Por un lado, la simplificación administrativa del Capítulo II y el procedimiento de evaluación recíproca del artículo 15. Por otro, el funcionamiento eficaz de un sistema de cooperación administrativa entre los Estados miembros con la Comisión como garante último. En un sistema armonizado y simplificado de autorizaciones bajo los principios de no discriminación, necesidad y proporcionalidad donde el control del acceso al servicio corresponde, en términos generales, al Estado de origen, mientras que el control del servicio queda reservado al Estado de destino o acogida, se requiere de un sistema de cooperación preciso y jurídicamente vinculante que asegure tal equilibrio, sistema que en la presente Directiva se muestra excesivamente discrecional y condicionado. Queda pues un largo recorrido cuyo inicio corresponde a los Estados miembros y a la Comisión mediante la ardua tarea de refundición legislativa que implica la evaluación recíproca prevista en la Directiva y cuyo final, como siempre, se encuentra en la sede judicial de Luxemburgo⁶⁸.

⁶⁸ Como afirma D'ACUNTO, «A en juger également par les références que le destin a voulu donner à la directive 2006/123/CE, comme symbolisant, même de manière numérique, le début d'une séquence future, le chemin, encore une fois, ne fait que commencer par le Marché intérieur des services», «Directive Services (2006/123/CE)...», *loc. cit.*, p. 327.

VARIACIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE RECONOCIMIENTO MUTUO Y LA DIRECTIVA 2006/123/CE EN EL MARCO DE LA LIBRE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

RESUMEN: Los principios de reconocimiento mutuo y Estado de origen, tal y como han sido moldeados y modulados por el Tribunal de Luxemburgo, siguen siendo la clave en la realización del mercado interior de servicios. La eliminación de las barreras que obstaculizan el desarrollo de las actividades de servicios entre Estados miembros es un medio esencial de reforzar la integración y de fomentar un progreso económico y social equilibrado y sostenible. Ahora bien, la supresión de estos obstáculos no puede hacerse únicamente mediante la aplicación directa del artículo 49 TCE, ya que, por un lado, resolver caso por caso mediante procedimientos de infracción sería, especialmente a raíz de las ampliaciones, una forma de actuar extremadamente complicada para las instituciones nacionales y comunitarias y, por otro lado, la eliminación de numerosos obstáculos requiere una coordinación previa de las legislaciones nacionales, coordinación que también es necesaria para instaurar un sistema de de cooperación administrativa. No obstante, tales principios no pueden ser entendidos en términos absolutos sobre el acceso y la actividad del servicio, entregados a la competitividad global de los prestadores de servicios que circulan libremente por la Unión Europea. El mantenimiento del modelo social europeo no sólo legitima sino que justifica la actuación del Estado de destino en el control y supervisión de tales actividades de conformidad con los (administrativos) principios comunitarios de no discriminación, necesidad, equivalencia y proporcionalidad. La Directiva 2006/123/CE sobre servicios responde a este reto y se ha presentado ante la opinión pública europea como una solución transaccional entre diferentes modelos ideológicos relativos el funcionamiento del mercado. Se ha sacrificado el enunciado del principio de Estado de origen (Propuesta Bolkestein) a favor del principio de libre prestación de servicios que concita y codifica el acervo jurisprudencial del TJCE acerca del mismo. No obstante, su esencia se mantiene y se refuerza mediante una necesaria simplificación administrativa y el establecimiento de una laxa cooperación administrativa.

PALABRAS CLAVE: Unión Europea. Libre prestación de servicios. Principio de reconocimiento mutuo. Principio de Estado de origen y excepciones. Cooperación administrativa. Modelo social europeo. Directiva 2006/123/CE sobre servicios.

VARIATIONS ON THE MUTUAL RECOGNITION AND THE DIRECTIVE 2006/123/EC IN THE FRAMEWORK OF THE PROVISION OF SERVICES

ABSTRACT: The principle of mutual recognition and country of origin, as they have been build and modulated by the Court of Luxembourg, continue to be a key factor in the accomplishment of the internal market of services. The elimination of barriers to the development of service activities between Member States is essential in order to strengthen integration and promote balanced and sustainable economic and social progress. Those barriers cannot be removed solely by relying on direct application of Article 49 of the

Treaty, since, on the one hand, addressing them on a case-by-case basis through infringement procedures would, especially following enlargement, be extremely complicated for national and Community institutions, and, on the other hand, the lifting of many barriers requires prior coordination of national legal schemes, including the setting up of administrative cooperation. Nevertheless, such principles cannot be understood in absolute terms in relation to the access and the activity of the service, devoted to the global competitiveness of the providers of services who circulate freely within the European Union. The maintenance of the European social model not only legitimizes but also justifies the action of the country of destination in the control and supervision of such activities in accordance with the administrative community principles of non-discrimination, necessity, equivalence and proportionality. Directive 2006/123/EC on services replies to this challenge and has appeared before public European opinion as a transactional solution between different ideological models relative to the functioning of the market. The terms of reference of the principle of country of origin (Bolkestein's proposal) have been sacrificed in favour of the principle of free provision of services that codifies the case-law of the Court of Justice on the matter. Nevertheless, its essence is maintained and is reinforced by means of a necessary administrative simplification and the establishment of a flexible administrative cooperation.

KEY WORDS: European Union. Freedom to provide services. Principle of mutual recognition. Principle of country of origin and related derogations. Administrative cooperation. European social model. Directive 2006/123/EC on services.

VARIATIONS DU PRINCIPE DE RECONNAISSANCE MUTUELLE ET DE LA DIRECTIVE 2006/123/CE DANS LE CADRE DE LA PRESTATION DE SERVICES

RÉSUMÉ: Les principes de reconnaissance mutuelle et du pays d'origine, tels qu'ils ont été construits par la Cour de Luxembourg, continuent d'être la clé dans la réalisation du marché intérieur de services. L'élimination des obstacles au développement des activités de services entre États membres est un moyen essentiel pour renforcer l'intégration entre les peuples européens et pour promouvoir le progrès économique et social équilibré et durable. Tout de suite, la suppression de ces obstacles ne peut se faire uniquement par l'application directe de l'article 49 du traité, étant donné que, d'une part, le traitement au cas par cas par des procédures d'infraction à l'encontre des États membres concernés serait, en particulier suite aux élargissements, extrêmement compliqué pour les institutions nationales et communautaires et que, d'autre part, la levée de nombreux obstacles nécessite une coordination préalable des systèmes juridiques nationaux, y compris la mise en place d'une coopération administrative. Cependant, des tels principes ne peuvent pas être compris dans termes absolues sur l'accès et l'activité du service, remis à la compétitivité globale des prêteurs de services qui circulent librement dans l'Union Européenne. Le maintien du modèle social européen légitime et de plus justifie le rôle de l'État de destination dans le contrôle et la supervision de telles activités en conformité avec les principes (administratifs) communautaires de non discrimination, de nécessité, d'équivalence et de proportion-

nalité. La Directive 2006/123/CE relative aux services répond à ce défi et a été présenté devant l'opinion publique européenne comme une solution transactionnelle entre différents modèles idéologiques relatifs le fonctionnement du marché. La conséquence en a été que l'énoncé du principe du pays d'origine (la proposition Bolkestein) a cédé en faveur du principe relatif à la libre prestation de services qui codifie la jurisprudence du TJCE dans la matière. Cependant, celui-là est renforcé par le biais d'une simplification administrative qui était nécessaire ainsi que par l'établissement d'une faible coopération administrative.

MOTS CLÉS: Union Européenne. Libre prestation de services. Principe de reconnaissance mutuelle. Principe du pays d'origine et dérogations y afférentes. Coopération administrative. Modèle social européen. Directive 2006/123/CE relative aux services.