

Un nuevo Derecho Administrativo para el mercado interior europeo*

Tomás-Ramón Fernández

Catedrático de Derecho Administrativo (UCM)

RESUMEN	ABSTRACT
<p>La Directiva 2006/123, del Parlamento y del Consejo, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior, ha supuesto un avance trascendental en la configuración jurídica de la actividad económica, logrando un equilibrio entre la salvaguarda de los servicios públicos y la garantía de un mercado interior competitivo y combativo con las barreras nacionales. Las técnicas empleadas por la citada Directiva para lograr este resultado son el objeto del presente trabajo.</p> <p>Palabras clave: servicios, mercado interior, reconocimiento mutuo, Tribunal de Justicia</p> <p>Keywords: services, internal market, mutual recognition, Court of Justice.</p>	<p>Directive 2006/123, of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, is a remarkable step forward in the legal definition of economic activities, striking a balance between the protection of public services and the consolidation of a competitive internal market that fights national internal barriers. The techniques employed by the said Directive in order to achieve these goals is the subject of this paper.</p>

* Se recoge aquí sin variación alguna el texto de la lección pronunciada por el autor ante el Claustro de la Universidad de Jaén con motivo de su investidura como doctor honoris causa.

I

Los medios de comunicación, cuyas primeras páginas dan cuenta con todo detalle de los reproches con que se obsequian a diario los miembros de una clase gobernante que, en general, carece de toda grandeza, no han encontrado todavía un hueco para informar a los españoles de la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea del día 27 de diciembre último de la Directiva 2006/123, del Parlamento y del Consejo, del anterior día 12, relativa a los servicios en el mercado interior.

Y, sin embargo, se trata de un acontecimiento de extraordinaria importancia, muy por encima de las mezquindades cotidianas que nos rodean, porque esa Directiva, cuya tramitación ha sido particularmente laboriosa y ha consumido tres largos años, es la llave que abre una nueva y definitiva etapa en el proceso de construcción de ese mercado interior único en el que las personas, los servicios, las mercancías y los capitales puedan circular desde Finisterre al Mar Negro con entera libertad, objetivo mayor de cuya consecución depende en muy buena medida el futuro de la vieja Europa.

En los veinte años transcurridos desde la entrada en vigor del Acta Única Europea que fijó ese gran objetivo se han dado, sin duda, pasos muy importantes en esa dirección. Se han desmontado, en efecto, los viejos monopolios fiscales y se han puesto en marcha procesos de liberalización de sectores enteros de actividad (la televisión, los teléfonos y las telecomunicaciones en general, la electricidad, el gas, los ferrocarriles, el correo incluso) tradicionalmente configurados como servicios públicos y reservados, en consecuencia, por la Ley a las Administraciones Públicas o a los operadores por ellas elegidos a título de concesionarios, cuya continuación en esta situación ya no se justificaba en las circunstancias actuales ni por razones técnicas, ni por razones económicas.

Se ha hecho, además, sin sacrificar lo que había de positivo, más aún de irrenunciable, en la cultura del servicio público, que sigue estando preservado por las nuevas categorías acuñadas con ese fin. El concepto de servicio universal y la idea de las obligaciones de servicio público están, en efecto, plenamente asimiladas ya y tienen en la nueva legislación sectorial el lugar que las corresponde para asegurar a todas las personas el acceso a las prestaciones básicas. Los servicios de interés general, que el Tratado de la Comunidad Europea contempló hasta Amsterdam como una simple excepción a las reglas de la competencia, tienen hoy reconocido en el artículo 16 de la versión consolidada del Tratado, es decir, en su mismo pórtico, su papel en «la promoción de la cohesión social y territorial» como parte que son de «los valores comunes de la Unión».

No ha sido fácil conseguir la síntesis, pero se ha logrado y los procesos de liberalización sectorial emprendidos en estos años están ya debidamente encauzados, aunque se encuentren en distintas fases de desarrollo, cosa lógica, ya que no se iniciaron al mismo tiempo, ni tropezaron con idénticas dificultades.

Los avances han sido, pues, muy importantes, pero la implantación en todo el ancho ámbito de una Comunidad económica integrada por veintisiete países distintos de un mercado único y auténticamente libre va mucho más allá y requiere por ello más, mucho más que eso. Exige revisar todas y cada una de las piezas menores que componen el complejo engranaje de todas y cada una de las economías nacionales; obliga a «cribar», como expresivamente dice la Directiva recién aprobada, las innumerables disposiciones de todo tipo de las que, fuera ya del ámbito de los antiguos servicios públicos a los que la Directiva no se refiere, resultan obstáculos para la libertad de establecimiento de los prestadores y para la libre circulación de los servicios con el fin de comprobar cuáles de esos obstáculos pueden considerarse justificados y, en consecuencia, mantenerse y cuáles, por el contrario, deben ser eliminados; reclama, en fin, la puesta a punto de sistemas de información adecuados que aseguren el conocimiento de las normas aplicables por los operadores económicos, ya que el primero y más importante de todos los obstáculos a la libertad es la ignorancia y la dificultad para salir de ella.

Ésta es la ingente tarea a la que la Directiva 2006/123 nos convoca. Su complejidad difícilmente puede encarecerse. Eso es lo que explica que hayan sido necesarios tres años de forcejeos para lograr su aprobación. Y es que los obstáculos a eliminar son extraordinariamente numerosos y detrás de cada uno de ellos hay siempre refugiado un interés particular y enquistada una rutina burocrática.

II

No le falta razón a la Directiva, en efecto, cuando insiste en destacar que los obstáculos que se propone eliminar para que la libertad pueda dar sus frutos en términos de calidad y de precio de los servicios tienen su origen con frecuencia «en un exceso de trámites administrativos» (considerando 3), ni cuando afirma que «una de las principales dificultades a que se enfrentan en especial las PYME en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio reside en la complejidad, la extensión y la inseguridad jurídica de los procedimientos administrativos», en la existencia de «trámites innecesarios o excesivamente complejos o costosos, la duplicación de operaciones, las formalidades burocráticas en la presentación de documentos, el poder arbitrario de las autoridades competentes, los plazos indeterminados o excesivamente largos», prácticas todas ellas que tienen indiscutiblemente «efectos disuasorios especialmente importantes y requieren una modernización coordinada» (considerando 43).

Consciente de todo ello la Directiva impone «un objetivo, común a todos los Estados miembros, de simplificación administrativa» y les obliga a asegurarse de que los procedimientos y trámites aplicables a las actividades de servicios sean solamente los «indispensables para conseguir un objetivo de interés general», así como de que «no existan solapamientos entre ellos, ni en el contenido, ni en la finalidad» (considerando 46).

Particular importancia tiene a estos efectos la previsión de un sistema de

«ventanilla única», cuyo funcionamiento efectivo habrán de garantizar todos los Estados miembros con el fin de que los prestadores de servicios puedan realizar a través de ella todos los trámites necesarios para poder iniciar sus actividades. Esas «ventanillas únicas» que a partir de ahora habrán de establecerse podrán estar constituidas no sólo por las autoridades administrativas competentes, sino también por las Cámaras de Comercio o de oficios, por los Colegios profesionales o por los organismos privados a los que cada Estado pueda encomendar esa función (considerando 48 y artículo 6).

La puesta en marcha de procedimientos por vía electrónica para acceder a una información actualizada y para realizar a distancia los trámites en cada caso necesarios son también objeto de disposiciones precisas en el cuerpo de la norma. El núcleo de ésta, sin embargo, y lo que justifica por encima de todo cuanta atención podamos prestarla a partir de este momento es la definición de un marco general para los regímenes de autorización.

A continuación expondré muy brevemente en qué consiste, lo que les permitirá apreciar sin más la verdadera revolución que su establecimiento supone.

III

Es lógico en el terreno de los principios que las intervenciones administrativas en la libertad de las personas se reduzcan a lo estrictamente indispensable y que cuando la protección de los intereses públicos exija inexcusablemente imponer alguna se elija siempre la que resulte menos restrictiva. Hay en nuestro ordenamiento jurídico vigente una vieja norma, de rango inferior por cierto, que expresa esta idea mejor que ninguna otra de mayor porte. Me refiero, claro está, al artículo 6 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 17 de junio de 1955 que, tras subrayar en su primer apartado que «el contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen», afirma lapidariamente en el segundo que «si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual».

Esto último nunca ha sido verdad, sin embargo, en el ámbito económico, ni antes de la Constitución vigente, lo que no podía extrañar demasiado, ni después de la promulgación de ésta y ello a pesar de que el artículo 38 de la misma «reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado» con el carácter de derecho fundamental. Los términos en que ese reconocimiento se formula, «de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación» según reza el precepto, han impedido, sin embargo, extraer de éste demasiados frutos, como es fácil comprobar con sólo pasar revista a la anodina jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre este asunto.

Antes y después de la Constitución, por lo tanto, la simple apelación a las exigencias de la economía nacional sin otras precisiones ha servido para justificar sin discusión posible el sometimiento de cualquier tipo de activi-

dad a la previa obtención de las autorizaciones, licencias o permisos más variados, que, naturalmente, no excluía la posibilidad de que cualquier otro Departamento ministerial reclamara otro tanto para la misma actividad, so pretexto de la singularidad de los intereses a él confiados.

Esa misma apelación genérica a las exigencias de la economía nacional o cualquier otra expresión igual de ambigua que ésta se ha considerado suficiente, como regla general, para justificar también el reconocimiento a la Administración en cada caso competente de la más amplia discrecionalidad para valorar esas exigencias, reales o supuestas, y para otorgar o denegar, a su arbitrio, la autorización requerida lo que, naturalmente, equivalía a dejar en sus manos la libertad en juego.

Incluso las Leyes más recientes que se autoproclaman liberalizadoras, como la del Sector Eléctrico de 27 de noviembre de 1997, subordinan el otorgamiento de las autorizaciones de transporte y distribución que regulan «a la incidencia de la instalación en el conjunto del sistema eléctrico», habilitando expresamente a la Administración para denegarlas cuando esa incidencia sea negativa a juicio de la autoridad correspondiente.

El caso, bien conocido de todos, de los grandes establecimientos comerciales, sujetos por la Ley de Ordenación del Comercio Minorista de 15 de enero de 1996 a una licencia comercial específica cuyo otorgamiento o denegación se hace depender de los efectos que su instalación «pudiera ejercer sobre la estructura comercial» de la zona afectada (artículo 6.2), no es único, por lo tanto, ni mucho menos. Tampoco es el más llamativo, título que habría que atribuir *ex aequo* a un buen número de Comunidades Autónomas (Baleares, Cantabria, Comunidad Valenciana, Murcia, Andalucía, etc.) que, a raíz de la publicación de la Ley de Ordenación de la Edificación, se lanzaron con entusiasmo digno de mejor causa a aprobar normas, reglamentarias primero y legales luego una vez que empezaron a aparecer Sentencias anulatorias de aquéllas, condicionando sin ningún pudor la acreditación dentro de sus territorios respectivos de las empresas, españolas o de cualquier Estado miembro de la Unión, dedicadas al control de calidad de la edificación al establecimiento dentro de aquéllos de sucursales dotadas de los medios humanos, materiales y técnicos necesarios para desarrollar su actividad.

Hoy como ayer el afán de unos de ser protegidos y el deseo de otros de tener a quien proteger para justificar así la retención de un poder que, de otro modo, terminarían perdiendo, deja sin protección los intereses de la mayoría. Esto es lo que explica la pervivencia y aun la multiplicación de la tupida maraña de controles autorizatorios cuya existencia desmiente en el terreno de la realidad las libertades básicas que el Tratado de la Comunidad Europea proclama, a pesar de que en este caso la proclamación de éstas sí ha sido seguida por una doctrina jurisprudencial concluyente del Tribunal Europeo de Justicia, que, libre de las mediatizaciones ambientales que lastran la tarea de las jurisdicciones constitucionales de los Estados miembros, no ha vacilado en extraer de ella todas sus consecuencias.

La Directiva 2006/123 no es novedosa en lo que a su contenido respecta. No ha tenido necesidad de serlo, porque el trabajo ya estaba hecho por el Tribunal Europeo, cuya jurisprudencia se limita a recoger. La única novedad, si puede decirse así, una novedad ciertamente formidable por su alcance, radica, justamente, en esto, es decir, en haber convertido esa jurisprudencia en una disposición general y en haber montado un sistema específico para asegurar el efectivo cumplimiento de ésta en todo el ámbito de la Unión.

IV

El contenido de la Directiva es, pues, tan simple, como claro. Parte, como procede siempre que una libertad está en juego, del principio de proporcionalidad, a partir del cual afirma en su artículo 9 que «los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando dicho régimen, amén de no ser discriminatorio para el prestador, resulte indispensable por una razón imperiosa de interés general y no pueda conseguirse el objetivo perseguido mediante una medida menos restrictiva, en concreto –dice el precepto– porque un control *a posteriori* se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz».

Si estas condiciones se cumplen, será legítimo establecer un control preventivo de signo autorizatorio, pero el otorgamiento o denegación de la autorización «deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria», según dispone el artículo 10 que, inmediatamente a continuación, para que no haya dudas de ningún tipo precisa las características que han de reunir tales criterios: «no ser discriminatorios, estar justificados por una razón imperiosa de interés general, ser proporcionados a dicho objetivo de interés general, ser claros e inequívocos, ser objetivos, ser hechos públicos con antelación y ser transparentes y accesibles».

Por si esto fuera poco el artículo 14 contiene una lista de requisitos cuya exigencia se prohíbe formalmente, entre ellos el tan socorrido de la «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» (apartado 5).

A esta lista el artículo 15 añade otra relativa a los requisitos supeditados a evaluación, esto es, a una serie de requisitos cuya exigencia no se excluye con carácter general, sino que se hace depender de una evaluación a realizar en cada caso con el fin de comprobar que no son discriminatorios ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad, que son necesarios y están justificados por una razón imperiosa de interés general y que se ajustan al principio de proporcionalidad en sus tres posibles vertientes, esto

es, que son adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue, que no van más allá de lo necesario para conseguirlo y que no se pueden sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

Este marco general se completa por la Directiva con una serie de reglas complementarias, de entre las cuales destaca la prohibición de solapamientos o duplicaciones de requisitos y controles ya superados en otro Estado miembro o dentro del propio Estado (en otra Comunidad Autónoma en nuestro caso), la prohibición de limitar la duración de las autorizaciones que se concedan salvo casos excepcionales que el propio artículo 11 precisa, la necesidad de aplicar un procedimiento público de selección de candidatos cuando el número de autorizaciones disponibles sea limitado debido a la escasez de los recursos naturales o de las capacidades técnicas que se puedan utilizar (artículo 12) y la obligación de establecer procedimientos claros y de fácil acceso que no incluyan trámites que puedan tener carácter disuasorio ni ocasionen gastos que excedan del coste de los mismos (artículo 13).

Resta ya sólo decir que esta estricta disciplina es aplicable a todos los procedimientos en virtud de los cuales el prestador o el destinatario están obligados a hacer un trámite ante la autoridad competente para obtener un documento oficial o una decisión implícita sobre el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio. Todos ellos quedan comprendidos en lo que el artículo 4 de la Directiva define como «régimen de autorización», cualquiera que pueda ser la denominación que reciban o la forma que el trámite adopte. Como explica el considerando 39 de la Directiva, «la concesión de una autorización puede ser resultado no sólo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente».

No hay, pues, por este lado posibilidad alguna de eludir la disciplina en cuestión, ya que la Directiva ha definido su ámbito de aplicación en términos omnicomprendivos. Tampoco debe haberla por el lado de las excepciones, porque, si bien éstas están construidas a partir de un concepto jurídico indeterminado, la «razón imperiosa de interés general» a la que la Directiva hace repetidamente referencia, existe sobre él una abundante jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia, que acota el margen de apreciación que todo concepto de este tipo proporciona a la autoridad llamada a aplicarlo, lo que pone coto a los eventuales abusos.

A esa jurisprudencia se remite expresamente el artículo 4 de la Directiva, que incluye la lista de las que hasta ahora ha reconocido como tales el Tribunal: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero de la seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales,

la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y la política social y cultural.

La liberalización que la Directiva pone en marcha no se va a llevar por delante esos valores, que considera, en principio, excepciones legítimas, pero será el Tribunal de Justicia el que decidirá en cada caso sobre su efectiva concurrencia.

V

La extraordinaria importancia y la también extraordinaria dificultad del objetivo a alcanzar justifican las igualmente extraordinarias medidas que la Directiva adopta para asegurar su exacto cumplimiento.

Es, en efecto, inusual y contradictorio incluso con la propia naturaleza de las Directivas que se dé a las normas que contienen efecto inmediato sin esperar, por lo tanto, a que transcurran los plazos que en ellas se establecen para su incorporación al Derecho interno de cada Estado miembro. En este caso el plazo de incorporación no concluye hasta el 28 de diciembre de 2009, según establece el artículo 44 de la Directiva, sin perjuicio de lo cual el artículo 15 de la misma prohíbe formalmente que a partir del 28 de diciembre último, esto es, del día siguiente a la publicación de la norma en el Diario Oficial de la Unión, se introduzcan por los Estados miembros nuevos requisitos del tipo de los que el propio precepto considera supeditados a evaluación sin haberse asegurado previamente que tales requisitos no son discriminatorios, están justificados por una razón imperiosa de interés general y respetan el principio de proporcionalidad.

Desde esa fecha inicial todas las nuevas disposiciones, legales o reglamentarias, que incluyan esta clase de requisitos tienen que ser notificadas a la Comisión con el fin de que ésta compruebe en los tres meses siguientes si son compatibles con el Derecho Comunitario y pueda adoptar, si no lo son, una decisión solicitando al Estado miembro de que se trate que no las adopte o que las derogue. Se cierra así el paso desde el primer momento a la adición de nuevos obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios en todo el extenso territorio de la Unión.

Llama poderosamente la atención cuando se lee por vez primera este artículo 15.6 que se imponga en él a la Comisión la obligación de comunicar las disposiciones en cuestión a los demás Estados miembros, cosa que es también rigurosamente inhabitual. Esa inicial extrañeza desaparece sin embargo cuando se llega al artículo 39 y se comprueba que involucrar a todos los Estados miembros en la vigilancia del cumplimiento de la Directiva por cada uno de ellos es, justamente, el mecanismo extraordinario con el que el Parlamento Europeo y el Consejo han querido garantizar *ab initio* el buen fin de la compleja operación que han puesto en marcha.

El citado artículo 39 diseña, en efecto, un sistema, que justamente llama de

evaluación recíproca, según el cual viene obligado a presentar a la Comisión a más tardar el 28 de diciembre de 2009 un informe comprensivo de una información completa sobre los regímenes de autorización que mantiene, así como de los motivos en que se fundan, de los requisitos supeditados a evaluación que imponen y de su compatibilidad con las condiciones que la Directiva establece.

Estos informes han de ser remitidos por la Comisión a todos los Estados miembros para que los estudien y puedan formular sobre cada uno de ellos en los seis meses siguientes las observaciones que consideren pertinentes.

El conjunto de los informes y de las observaciones que así se reúnan tiene que remitirse luego por la Comisión a un Comité de Reglamentación en el que cada Estado tendrá su representante, Comité que podrá formular sus propias observaciones, a la vista de las cuales la Comisión elaborará y presentará al Parlamento y al Consejo un informe de síntesis antes del 28 de diciembre de 2010.

No va a resultar fácil, por lo tanto, a ningún Estado miembro ocultar, disimular, justificar, ni, menos aún, mantener las normas de signo proteccionista, de sus nacionales o de los agentes ya instalados en su territorio, que haya podido aprobar en el pasado y tenga en vigor, porque son muchos los ojos que van a escrutar esas normas y el problema, cuando surja, ya no se planteará, como es lo usual, en una relación bilateral Estado-Comisión, sino en un escenario multilateral en el que van a estar presentes todos los Estados miembros y en el que todos contarán de antemano con una información completa sobre el mismo.

VI

No me parece exagerado decir –y con esto termino– que el 27 de diciembre de 2006 va a quedar como un hito en la historia europea. En esa fecha, al menos, las instituciones de la Unión –Comisión, Parlamento y Consejo– han abierto de par en par las puertas al futuro. Corresponde ahora a los Estados miembros despejarlas y a todos nosotros, como ciudadanos europeos, acomodarnos al nuevo escenario, esto es, esforzarnos en buscar, unos en su calidad de prestadores y otros en su calidad de demandantes de servicios, el lugar que a cada uno más le convenga en ese nuevo y amplio mercado que se trata de construir, en el que por ser amplio y estar libre de obstáculos no puede faltar sitio para nadie. Si así lo hacemos, todos podremos salir beneficiados.