

¿Quo Vadis, Bolkestein? ¿Armonización o mera desregulación de la prestación de servicios?

Tomás de la Quadra-Salcedo Janini

Profesor Doctor de Derecho Constitucional.
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

El artículo analiza, en primer lugar, la aparente incompetencia comunitaria para dictar la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior tal y como ha sido finalmente aprobada, puesto que la misma no supone una armonización efectiva de las normativas nacionales sobre prestación de servicios sino el puro sometimiento de tales normativas al principio de proporcionalidad. El argumento fundamental es que de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE una disposición comunitaria que no tenga como resultado la efectiva supresión de los obstáculos a las libertades fundamentales comunitarias o la efectiva supresión de las distorsiones de la competencia sensibles generadas por la pluralidad regulatoria no se puede legitimar en las competencias comunitarias de armonización. El artículo analiza, en segundo lugar, la fundamental consecuencia jurídico-política que tendrá la efectiva aplicación de la Directiva Bolkestein: el sometimiento de las disposiciones nacionales que reglamentan la prestación de servicios con o sin establecimiento sin obstaculizar las libertades comunitarias a un nuevo parámetro de control: el principio de proporcionalidad. Principio al que no quedan sometidas tales disposiciones nacionales en la actualidad como consecuencia de la laxitud del escrutinio al que son sometidas por los tribunales nacionales tomando como parámetro los derechos fundamentales económicos contenidos en las Constituciones nacionales. El nuevo parámetro establecido en la Directiva para juzgar las normas estatales sobre prestación de servicios, el test de proporcionalidad, es, en la práctica, más intenso que el parámetro nacional utilizado hasta ahora para juzgar esas mismas normas, el test de razonabilidad.

Palabras Clave: Directiva Bolkestein, libertades comunitarias, distorsión de la competencia, competencias comunitarias, armonización, desregulación, Tribunal de Justicia.

Keywords: Bolkestein Directive, fundamental freedoms, distortions of competition, european competences, harmonization, deregulation, Court of Justice.

ABSTRACT

The article analyses firstly the lack of competence of the European Community in endorsing the Services Directive (Bolkestein Directive) as it has eventually been approved, since the aforementioned Directive does not imply an effective harmonization of national rules and regulations regarding the provision of services, but instead it subjugates them to the proportionality principle. The main argument is that, in agreement with ECJ jurisprudence, a European regulation which does not result in the effective removal of obstacles to the exercise of fundamental freedoms or appreciable distortions of competition resulting from the existence of plural national regulations, cant not be legitimized by the European competences of harmonization.

Secondly, the article analyses the main legal and political consequence that the Bolkestein Directive will entail: the subjugation of national services regulations that do not result in the creation of obstacles to fundamental freedoms to a new parameter of control, the proportionality principle. National regulations are not at present subject to this principle as a result of the laxness of the scrutiny of national courts which use fundamental economic rights included in their national constitutions as a guiding parameter. This new parameter of control of national regulations set up in the Services Directive, the proportionality test, is in effect, more intense than the national parameter currently used to determine if national service regulations oppose constitutional economic rights - the reasonability test.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. LA COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD PARA ARMONIZAR LAS CONDICIONES DE ACCESO Y EJERCICIO A ACTIVIDADES NO ASALARIADAS-1. *El proteccionismo económico como elemento esencial de caracterización de las restricciones u obstaculizaciones a las libertades de circulación*-1.1. El proteccionismo económico como elemento esencial de caracterización de las restricciones a la libre prestación de servicios-1.2. El proteccionismo económico como elemento esencial de caracterización de las restricciones a la libertad de establecimiento-2. *La exclusión de proteccionismo en el caso de las medidas que obstaculizan las cuatro libertades pero se justifican en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo. La posibilidad de supresión de tales obstaculizaciones a través de medidas de integración positiva: la armonización de las disposiciones nacionales por la Comunidad*-3. *La exclusión de proteccionismo en el caso de las medidas que no obstaculizan las cuatro libertades como consecuencia de tener efectos indistintos. La posibilidad de supresión de las distorsiones de la competencia generadas por tales medidas a través de medidas de integración positiva: la armonización de las disposiciones nacionales por la Comunidad*
- III. LA APARENTE FINALIDAD DE LA DIRECTIVA BOLKESTEIN-1. *El contenido de la Directiva Bolkestein*-2. *La falta de adecuación del contenido de la Directiva a la finalidad exigida por las bases jurídicas citadas*
- IV. EL EFECTO FUNDAMENTAL DE LA DIRECTIVA BOLKESTEIN; EL SOMETIMIENTO DE DETERMINADAS REGULACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS ORDENADORAS DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU CONSECUENCIA: LA DESREGULACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva 2006/123/CE del Parlamento europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior, más conocida como Directiva Bolkestein por el comisario holandés que la impulsó, Frits Bolkestein, ha sido finalmente adoptada y publicada en el DOCE el pasado 27 de diciembre de 2006¹.

Algunos de los aspectos más polémicos del proyecto original de Directiva, que incluso se señalaron como los causantes de la negativa del pueblo francés a ratificar la Constitución Europea, han desaparecido a lo largo del proceso de tramitación de la misma. Así ha ocurrido, por ejemplo, en buena medida, con el principio del país de origen que suponía que el prestatario de un servicio únicamente estaba sometido a la Ley del país en el cual estaba establecido y no a aquella del país en el que prestaba el servicio. De acuerdo con el texto definitivamente adoptado el célebre «fontanero polaco» ya no tendrá la capacidad de prestar sus servicios por toda la Comunidad sometido únicamente al régimen laboral polaco².

Sin embargo, el nuevo texto sigue planteando algunas cuestiones polémicas de importancia, entre las que destacan quizás dos: la relativa a la propia competencia de la Comunidad para dictar la Directiva tal como está y la relativa a los efectos desreguladores que la misma comporta³.

A analizar la competencia de la Comunidad para dictar la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior dedicaremos los primeros epígrafes de las próximas páginas, para en un segundo momento, obviada la que consideramos que es la incompetencia comunitaria para dictarla –como consecuencia de considerar que la Directiva no supone el establecimiento

¹ La Directiva ha establecido un plazo de transposición de 3 años.

² El proyecto original de «Directiva Bolkenstein» suscitó una fuerte oposición. Durante su debate, en particular en el Parlamento Europeo, se pusieron de manifiesto dos tendencias fundamentales: por un lado, quienes apoyaban el texto de la Comisión y, concretamente, el recurso al principio del país de origen para fomentar la liberalización del sector; en el otro extremo del espectro, estaban los que se oponían a ello por suponer la voladura del modelo social europeo. El otro gran tema de polémica se refirió al ámbito de aplicación de la Directiva. A este respecto, la distinción entre servicios de interés general (que deben ser excluidos) y servicios de interés económico general (contemplados por la propuesta de la Comisión) se estableció en el centro del debate político.

³ No se analizarán aspectos relevantes de la Directiva como es el objetivo de que las empresas de servicios puedan establecerse más fácilmente en otro Estado miembro. A este fin, prevé, en particular, la simplificación de las gestiones administrativas, cuyo número sería menor y de tramitación más sencilla. Principal innovación es la posibilidad de que el prestador se dirija a «una ventanilla única» en vez de a diversas administraciones del Estado de acogida.

de un régimen jurídico armonizado en todo el territorio comunitario-, analizar brevemente uno de los resultados que tendría la aplicación de la Directiva: el sometimiento de determinadas regulaciones de los Estados miembros ordenadoras de la actividad económica al principio de proporcionalidad y su consecuencia práctica, la desregulación del mercado como consecuencia del sometimiento de tales regulaciones nacionales a un parámetro más intenso, un test de proporcionalidad, que el parámetro al que se vendrían sometiendo aquellas por el ordenamiento nacional, un test de razonabilidad⁴.

II. LA COMPETENCIA DE LA COMUNIDAD PARA ARMONIZAR LAS CONDICIONES DE ACCESO Y EJERCICIO A ACTIVIDADES NO ASALARIADAS

La propia Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior afirma basarse en el artículo 47, apartado 2, primera y tercera frases, y en el artículo 55 del Tratado CE.

De acuerdo con el artículo 47, apartado 2, primera frase, incluido en el capítulo 2 del título III sobre derecho de establecimiento, a fin de facilitar el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio «el Consejo, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 251 adoptará directivas para la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al acceso y ejercicio de las actividades no asalariadas»⁵.

De acuerdo con el artículo 55, incluido en el capítulo 3 del título III sobre servicios, «las disposiciones de los artículos 45 a 48, ambos inclusive, serán aplicables a las materias reguladas por el presente capítulo».

La doctrina ha interpretado que con la armonización de las condiciones de acceso y ejercicio a actividades no asalariadas se pretende acabar con aquellas trabas al derecho de establecimiento y a la libre prestación de servicios que se derivan no tanto de un comportamiento discriminatorio por parte de los Estados miembros, sino de la disparidad de las legislaciones nacionales en estas materias⁶.

A la hora de interpretar lo que puede hacer exactamente la Comunidad con fundamento en los artículos 47 y 55 del TCE es de utilidad la interpretación

⁴ Los efectos desreguladores de la Directiva se producen como consecuencia de que la misma somete a determinadas disposiciones nacionales que reglamentan la actividad económica a un control más intenso que el tradicional control al que se someten tales disposiciones en los ordenamientos nacionales.

⁵ El artículo 47, apartado 2, tercera frase, establece que el Consejo decidirá por mayoría cualificada.

⁶ DIEZ HOCHLEITNER, J. y MARTINEZ CAPDEVILA, C. Derecho de la Unión Europea, Textos y comentarios. McGraw-Hill, 2001, pg. 121.

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

jurisprudencial realizada del alcance de un artículo fuertemente emparentado con aquéllos por su finalidad, el artículo 95 TCE.

Ciertamente, el Tratado CE atribuye a la Comunidad competencias de armonización de las disposiciones de los Estados miembros en diversos preceptos. Los artículos 47 y 55 del TCE constituirían una norma de armonización más específica que la establecida en los artículos 94 y 95 TCE y, por tanto, aquéllos serían de aplicación preferente a éstos. Así, los artículos 94 y 95 serían preceptos generales atributivos de competencias armonizadoras que únicamente operarían en defecto de preceptos atributivos más específicos⁷. A su vez, el artículo 95 del Tratado CE constituye una norma especial respecto de la recogida en el artículo 94 que prevé la atribución de una competencia general para la aproximación de las legislaciones estatales⁸.

Sea como fuere, a la hora de interpretar el alcance de los artículos 47 y 55 puede ser de utilidad la interpretación realizada en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia del alcance del artículo 95 TCE. La razón fundamental es que todos los preceptos que atribuyen competencias de armonización a la Comunidad tienen en buena medida un mismo propósito o finalidad: promover el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

Precisamente, el artículo 95 del Tratado CE atribuye a la Comunidad la competencia para adoptar aquellas medidas de aproximación de las disposiciones nacionales «que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior».

De acuerdo con una consolidada jurisprudencia del Tribunal de Justicia una medida tiene efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior, sólo si:

- a) la medida contribuye de hecho a eliminar obstáculos al comercio entre los Estados miembros;
- b) o la medida suprime distorsiones sensibles de la competencia⁹.

⁷ El concepto de mercado interior recogido en el artículo 95 TCE sería menos amplio que el concepto de mercado común contenido en el 94 TCE. Se acudiría a la competencia del artículo 94 para armonizar en los ámbitos en que no es posible acudir a la del artículo 95. Tales ámbitos son los contenidos en el 95.2 y siempre claro que no exista una competencia de armonización más específica. Son cláusulas más específicas las contenidas en los artículos 40 (circulación de trabajadores), 44.2 (sociedades), 46.2, 47.2 (establecimiento), 55 (servicios), 93 (fiscalidad indirecta), 132 (ayudas a la exportación), 137.2, 138 y ss. (política social), 155 (redes transeuropeas) y 174 (medio ambiente) del Tratado CE.

⁸ Ello supone que aunque el establecimiento del mercado interior comporte la supresión de los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, el artículo 95 TCE, en este punto, ha limitado su juego al ámbito de las medidas que buscan garantizar la libre circulación de mercancías como consecuencia de que las otras libertades cuentan con cláusulas específicas para la armonización de las legislaciones nacionales.

⁹ STJCE de 5 de octubre de 2000. Asunto sobre publicidad de tabaco, C-376/98, Rec. 2000, pg. I-8419, apartados 84 y 95 y STJCE de 10 de diciembre de 2002. Asunto sobre fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, C-491/01, Rec. 2002, apar-

Así, en ejercicio de la competencia atribuida en el artículo 95 del TCE, la Comunidad Europea tendría, en primer lugar, la capacidad de adoptar medidas de armonización de las disposiciones nacionales si con ello elimina los obstáculos a la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales entre los Estados miembros (a). Conceptos todos ellos que es posible reconducir al concepto más general de eliminación de los obstáculos al comercio entre los Estados miembros o al comercio intracomunitario.

El alcance de la competencia atribuida en el artículo 95 a la Comunidad para armonizar las disposiciones nacionales en este punto depende, por tanto, en buena medida, de la interpretación que se haga del concepto de «obstaculizar el comercio intracomunitario».

En ejercicio de la competencia atribuida en el artículo 95 del TCE, la Comunidad Europea tendría, en segundo lugar, la capacidad de adoptar medidas de armonización de las disposiciones nacionales si con ello elimina las distorsiones sensibles de la competencia (b).

La competencia de armonización de las disposiciones nacionales atribuida a la Comunidad en el artículo 95 para lograr el establecimiento y funcionamiento del mercado interior no sólo se justificaría en la necesidad de que las medidas comunitarias de armonización que se establezcan eliminen aquellos obstáculos al comercio intracomunitario justificados en la promoción de un objetivo legítimo y que por tanto no han podido ser eliminados vía prohibición de los artículos que establecen las cuatro libertades (a), sino que en segundo lugar se justificaría en la necesidad de suprimir las distorsiones sensibles de la competencia (b).

La interpretación jurisprudencial realizada del alcance de la competencia de armonización atribuida a la Comunidad en el artículo 95 es perfectamente aplicable a la interpretación del alcance de aquellas competencias de armonización atribuidas a la Comunidad en los artículos 47 y 55 del TCE para el ámbito de las libertades de establecimiento y prestación de servicios.

En estos dos supuestos la Comunidad tendría la competencia para armonizar las disposiciones de los Estados miembros tanto si la medida de armonización contribuye de hecho a eliminar los obstáculos a la libertad de establecimiento o a la libre prestación de servicios entre los Estados miembros que subsistan a las prohibiciones establecidas en los artículos 43 y 49 del TCE; como si la medida de armonización suprime distorsiones sensibles de la competencia en tales ámbitos.

Así, cuando los artículos 47.2 y 55 atribuyen a la Comunidad la competencia de armonización «a fin de facilitar el acceso a las actividades no asalariadas

tado 43. El Abogado General Fenelly en esta línea había afirmado en sus conclusiones que las competencias armonizadoras «son conferidas, bien para facilitar el ejercicio de las cuatro libertades, bien para igualar las condiciones de la competencia económica» apartado 83 de la Conclusiones del Abogado General Fenelly de 15 de junio de 2000 en el asunto sobre publicidad de tabaco, C-376/98.

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

y su ejercicio», le están atribuyendo una competencia para suprimir las restricciones u obstaculizaciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios generadas por las regulaciones de los Estados miembros, pero también le están atribuyendo una competencia para suprimir las distorsiones sensibles de la competencia que se generan por la existencia de una pluralidad de regulaciones estatales en materia de servicios y establecimiento; regulaciones que no restringen u obstaculizan, sin embargo, la libertad de establecimiento o la libre prestación de servicios.

Antes de analizar si la Directiva Bolkestein promueve efectivamente cualquiera de estos dos objetivos: la supresión de los obstáculos a la libertad de establecimiento o a la libre prestación de servicios o la supresión de las distorsiones sensibles de la competencia, se hace necesario analizar con más detenimiento cuándo se da un obstáculo y cuándo una distorsión de la competencia.

1. El proteccionismo económico como elemento esencial de caracterización de las restricciones u obstaculizaciones a las libertades de circulación

El Tribunal de Justicia parece haber, finalmente, acogido, en buena medida, el razonamiento establecido en su día en la célebre Sentencia *Keck y Mithouard*¹⁰ en el ámbito de la libre circulación de mercancías a la hora de interpretar los requisitos que tiene que tener una medida estatal para considerarse que vulnera el artículo 49 TCE que prohíbe los obstáculos a la libre prestación de servicios o el artículo 43 TCE que prohíbe los obstáculos a la libertad de establecimiento¹¹.

Así se pone de manifiesto en relación con la libre prestación de servicios en la Sentencia *Mobistar*, de 8 de septiembre de 2005¹², donde se planteó una cuestión prejudicial en el marco de unos litigios entablados por operadores de telefonía móvil establecidos en Bélgica que solicitan la anulación de los impuestos establecidos por determinados municipios sobre antenas, postes y torres de difusión por considerarlos contrarios al artículo 49 TCE.

¹⁰ STJCE de 24 de noviembre de 1993, asuntos acumulados C-267 y 268/91, Rec. 1993, pg. 5335.

¹¹ Recordemos que el Tribunal de Justicia afirmó en la Sentencia *Keck* que procedía «declarar, en contra de lo que hasta ahora se ha venido juzgando, que la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas modalidades de venta no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia *Dassonville*, siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros». STJCE de 24 de noviembre de 1993, asuntos acumulados C-267 y 268/91, Rec. 1993, pg. 5335.

¹² STJCE de 8 de septiembre de 2005, asuntos acumulados C-544/03 y C-545/03, Rec. 2005.

Y así se pone de manifiesto, aunque, quizás, menos claramente, en relación con la libertad de establecimiento en la Sentencia *CaixaBank France*, de 5 de octubre de 2004¹³, donde se planteó una cuestión prejudicial planteada en el marco de un litigio principal en el que se suscitaba si la prohibición a las entidades de crédito de que remuneren las cuentas corrientes, establecida por la legislación francesa, se opone al artículo 43TCE.

1.1. *El proteccionismo económico como elemento esencial de caracterización de las restricciones a la libre prestación de servicios*

En la Sentencia *Mobistar*, de 8 de septiembre de 2005, el Tribunal de Justicia ha señalado que conforme a su jurisprudencia «el artículo 59 (actual art. 49) del Tratado no sólo exige eliminar toda discriminación por razón de la nacionalidad en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro, sino suprimir también cualquier restricción, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de otros Estados miembros, cuando pueda prohibir u obstaculizar en mayor medida las actividades del prestador establecido en otro Estado miembro, en el que presta legalmente servicios análogos»¹⁴.

Para el Tribunal de Justicia, «el referido artículo 59 (actual art. 49) se opone a la aplicación de toda normativa nacional que dificulte más la prestación de servicios entre Estados miembros que la puramente interna en un Estado miembro. En cambio, el artículo 59 (actual art. 49) del Tratado no se refiere a medidas cuyo único efecto consiste en generar costes suplementarios para la prestación en cuestión y que afectan del mismo modo a la prestación de servicios entre Estados miembros y a la interna en un Estado miembro»¹⁵.

La doctrina reproducida supone, en buena medida, la aplicación, en el ámbito de la libre prestación de servicios, de la doctrina establecida en su día en la Sentencia *Keck*, de 24 de noviembre de 1993, en el ámbito de la libre circulación de mercancías.

Doctrina que se sintetizaría en la idea de que únicamente obstaculizan la libre circulación de mercancías, o en este caso la libre prestación de servicios, aquellas medidas estatales que tengan como efecto restringir más onerosamente la circulación de las mercancías o la prestación de los servicios provenientes de los demás Estados miembros que la circulación de las mercancías o la prestación de los servicios provenientes del propio Estado que dicta la medida.

Es necesario, por lo tanto, que se dé lo que podemos considerar que es un elemento «proteccionista» para poder considerar que una medida estatal es contraria a aquellos preceptos del Tratado CE que prohíben los obstáculos

¹³ STJCE de 5 de octubre de 2004, asunto C-442/02, Rec. 2004.

¹⁴ Apartado 29, la cursiva es nuestra.

¹⁵ Apartado 30.

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

injustificados a la libre circulación de mercancías (art. 28) o a la libre prestación de servicios (art. 49)¹⁶.

La jurisprudencia comunitaria habría implícitamente admitido, así, la necesidad de diferenciar entre lo que serían «obstáculos al comercio en general» y lo que serían «obstáculos al comercio intracomunitario», pues sólo los segundos –caracterizados por la mayor restricción que provocan sobre la circulación de las mercancías o los servicios provenientes de los demás Estados miembros que sobre la circulación de las mercancías o los servicios proveniente del propio Estado regulador– estarían prohibidos por los artículos 28 y 49 del TCE.

En efecto, toda regulación pública nacional es susceptible de restringir, en mayor o menor medida, los intercambios económicos en el mercado como consecuencia de obligar a los operadores económicos a tener que adecuarse a ella. Así una regulación que establezca, por ejemplo, el lugar o el momento en el que se puede comercializar un producto o prestar un servicio se puede considerar que impone un «obstáculo al comercio en general», obstáculo que no se produciría de no existir tal regulación y ser los intercambios totalmente libres.

Sin embargo, además de esta restricción general de los intercambios que genera toda reglamentación pública, determinadas regulaciones públicas territoriales pueden tener como efecto específico restringir más onerosamente la comercialización de aquellos productos o servicios provenientes de fuera que la comercialización de los productos o servicios provenientes de dentro de ese territorio. Este concreto efecto restrictivo es el que, en el ejemplo propuesto, se pretende prohibir al garantizarse la libre circulación de mercancías la libre prestación de servicios entre los Estados miembros, pues lo que se quiere evitar por aquellos preceptos que establecen las cuatro libertades comunitarias, son los «obstáculos al comercio intracomunitario» y no «los obstáculos al comercio en general»¹⁷.

¹⁶ Recordemos que es posible que una medida estatal que tenga como efecto restringir más onerosamente la circulación de las mercancías o los servicios provenientes de los demás Estados miembros que la de los provenientes del propio Estado regulador pueda no ser, pese a ello, finalmente considerada prohibida por el Tratado CE como consecuencia de poderse considerar justificada en la promoción de un objetivo legítimo (salud, protección del consumidor, protección del medio ambiente, orden público...). En estos supuestos es posible excluir que la medida estatal, en principio obstaculizadora del comercio intracomunitario, haya tenido una motivación proteccionista aunque sus efectos sean efectivamente más restrictivos sobre la libre circulación de mercancías o servicios provenientes de fuera que sobre la libre circulación de mercancías o servicios provenientes de dentro del Estado que regula. Ver *infra*

¹⁷ La jurisprudencia comunitaria no fue, sin embargo, muy clara con anterioridad a 1993 pues durante algunos años mantuvo que la prohibición de obstáculos a la libre circulación de mercancías establecida en el actual artículo 28 TCE también se aplicaba a aquellas medidas estatales que injustificadamente restringían de forma general los intercambios de bienes. Ello le llevo, por ejemplo, a sostener la necesidad de controlar la conformidad de las regulaciones estatales que establecían los horarios comerciales con el artículo 28 del Tratado CE a pesar de que tales regulaciones, ciertamente restrictivas

La doctrina sintetizada es la efectivamente aplicada por el Tribunal de Justicia para resolver el asunto *Mobistar*.

En efecto, señala el Tribunal de Justicia que «respecto a la cuestión de si la recaudación por las autoridades municipales de los impuestos como los controvertidos (impuestos establecidos por determinados municipios sobre antenas, postes y torres de difusión) en los asuntos principales constituye un obstáculo incompatible con el mencionado artículo 59 (actual 49), procede señalar que *estos impuestos se aplican indistintamente a todos los propietarios de instalaciones de telefonía móvil en el territorio del municipio en cuestión y que tales medidas no afectan de modo más gravoso, ni de hecho ni de Derecho, a los operadores extranjeros que a los nacionales*»¹⁸.

Para el Tribunal de Justicia «las medidas tributarias controvertidas tampoco dificultan más la prestación de servicios transfronteriza que la interna. *La creación de un impuesto sobre torres, postes y antenas puede encarecer, efectivamente, las tarifas de comunicación por telefonía móvil desde el extranjero a Bélgica, y a la inversa. Sin embargo, los servicios de telefonía interna se hallan expuestos, en la misma medida, al riesgo de que se repercuta el impuesto sobre las tarifas*»¹⁹.

La anterior argumentación lleva al Tribunal a responder que «el artículo 59 del Tratado (actual art. 49) debe interpretarse en el sentido de que no se opone a que una normativa de una autoridad nacional o de una corporación local establezca un impuesto sobre las infraestructuras de comunicaciones móviles y personales que se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros y que afecte del mismo modo a la prestación de servicios interna en un Estado miembro y a la prestación de servicios entre Estados miembros»²⁰.

La consecuencia fundamental es que las regulaciones que se apliquen indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros y que afecten del mismo modo a la prestación de servicios interna en un Estado miembro y a la prestación de servicios entre Estados miembros no es necesario que se justifiquen en la promoción de un objetivo legítimo, pues directamente se excluye que pueda ser considerada un obstáculo a la libre prestación de servicios.

No es, por tanto, necesario proceder a un control de la proporcionalidad

del comercio en general, afectan indistintamente la comercialización de todos los productos independientemente de su origen. Sólo desde 1993 la jurisprudencia viene manteniendo que para que una medida sea susceptible de caer en la prohibición del artículo 28 debe tener efectos restrictivos más onerosos sobre la comercialización de los productos foráneos que sobre la de los productos locales. V. QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Unidad económica y descentralización política. Libre circulación de mercancías y control judicial en EE UU y en la Unión Europea*. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004.

¹⁸ Apartado 32. Cursiva nuestra.

¹⁹ Apartado 33. Cursiva nuestra.

²⁰ Apartado 35.

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

de la medida estatal cuando la misma produce los mismos efectos sobre los prestadores de servicios internos y los de fuera.

Evidentemente, la imposición de un impuesto sobre la prestación de un servicio puede hacer menos interesantes las actividades de prestación del mismo, pero es una traba que tiene los mismos efectos sobre todos los prestadores de servicios, los nacionales y los de los demás Estados miembros y por eso no es una medida susceptible de obstaculizar la libre prestación de servicios.

1.2. *El proteccionismo económico como elemento esencial de caracterización de las restricciones a la libertad de establecimiento*

En relación con la libertad de establecimiento el Tribunal de Justicia parece ir igualmente en la línea de acoger, en buena medida, el razonamiento establecido en la Sentencia *Keck* para el ámbito de la libre circulación de mercancías a la hora de interpretar los requisitos que tiene que tener una medida estatal para considerarse que vulnera la libertad de establecimiento reconocida en el artículo 43 TCE.

La aplicación analógica de la doctrina *Keck* al supuesto de libertad de establecimiento venía siendo exigida desde hace tiempo por varios Abogados Generales. Así el Abogado General Tizziano, en sus conclusiones de 25 de marzo de 2004 en el asunto *CaixaBank*, afirmaba que le «resultaba difícil calificar de restricciones contrarias al Tratado unas normas nacionales que regulan el ejercicio de una actividad económica *sin condicionar directamente el acceso* a la misma y *sin establecer discriminación alguna* ni de hecho ni de Derecho, entre los operadores nacionales y los operadores extranjeros, *simplemente porque reducen la conveniencia económica* del ejercicio de dicha actividad»²¹.

Para el Abogado General Tizziano aquella interpretación que considera sometido al artículo 43 una medida reguladora de una actividad simplemente porque reduce la conveniencia económica del ejercicio de dicha actividad «permitiría a los operadores económicos –tanto nacionales como extranjeros– utilizar abusivamente el artículo 43CE para oponerse a cualquier medida nacional que, por el mero hecho de regular las modalidades de ejercicio de una actividad económica, pueda reducir, en última instancia, los márgenes de beneficio y, por ello, la conveniencia de ejercer dicha actividad económica. Pero ello equivaldría a utilizar el Tratado para alcanzar un fin que no le es propio: no ya el de instaurar un mercado interior en el que las condiciones sean similares a las de un mercado único y en el que los operadores puedan circular libremente, sino el de instaurar un mercado sin normas. O mejor: *un mercado en el que las normas están, en principio, prohibidas, salvo que sean necesarias y proporcionadas para cumplir con exigencias imperativas de interés general*»²².

²¹ Apartado 58. Cursiva nuestra

²² Apartado 62. Cursiva nuestra

Para TIZZIANO «por lo que se refiere a la libertad de establecimiento, las normas nacionales de un Estado miembro que regulan el ejercicio de actividades económicas constituyen restricciones contrarias al Tratado siempre que produzcan el efecto de colocar al operador que ejercita tal libertad en una posición de hecho o de Derecho desfavorable con respecto a un operador establecido en dicho Estado o, en cualquier caso, siempre que, como consecuencia de su objeto o de sus efectos, condicionen directamente el acceso del operador al mercado»²³.

Es cierto que la afirmación final de Tizziano supone considerar que los preceptos que garantizan la libre prestación de servicios no sólo establecen la exigencia de igualdad de condiciones *tanto de hecho como de Derecho* por lo que se refiere *al acceso* a una actividad económica, así como a su *ejercicio* por los prestadores nacionales y extranjeros sino que además supone añadir una exigencia adicional: la de que las regulaciones estatales no *condicionen directamente el acceso al mercado*.

La exigencia de que la medida estatal no condicione directamente acceso al mercado supone, sin embargo, un discutible «añadido» a la doctrina *Keck*.

La exigencia de que la medida no condicione el acceso al mercado, propugnada por Tizziano, y que ha sido acogida efectivamente en numerosos *obiter dicta* del Tribunal de Justicia, es contradictoria con la idea esencial en la que se fundamenta la Sentencia *Keck*: una medida constituye un obstáculo si tiene efectos diferenciados más onerosos sobre los productos importados que sobre los nacionales.

El criterio del acceso al mercado se fundamenta en que determinadas normas que no tienen efectos restrictivos más onerosos sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional, sin embargo, encarecen y entorpecen el acceso al mercado nacional de los bienes producidos en otros Estados miembros lo que justificaría que fuesen consideradas contrarias al Tratado CE si no se demuestra que promueven un objetivo legítimo. Así, determinadas regulaciones estatales aunque no tengan como efecto favorecer a la producción nacional frente a la importada pueden hacer poco atractiva para las empresas de otros Estados miembros la apertura y penetración en nuevos mercados.

La doctrina del acceso al mercado, extendida no sólo al ámbito de la libre circulación de mercancías sino al del resto de libertades comunitarias, supondría considerar que las libertades del Tratado CE cumplen la función

²³ Apartado 76. La comprobación de la legitimidad de una medida debe seguir la siguiente secuencia lógica. En primer lugar, es necesario preguntarse si es *discriminatoria desde un punto de vista jurídico* o si tiene *por objeto el régimen de acceso* a la concreta actividad. Si no es así, habrá que determinar si, no obstante, coloca al operador extranjero en una *posición de hecho desfavorable* con respecto a los competidores tradicionalmente establecidos y que operan en el mercado estatal o, por último, si constituye, de todos modos, teniendo en cuenta sus *efectos*, un *obstáculo directo al acceso* al mercado del concreto servicio. Apartado 78.

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

de preservar la libertad de comercio en general. Sin embargo, consideramos, en la línea de lo establecido en *Keck*, que las libertades comunitarias cumplen, en realidad, una función mucho más «modesta»: la supresión del proteccionismo económico.

Evidentemente, cuando un operador económico foráneo sufre pérdidas económicas como consecuencia de la aprobación, por parte del Estado importador, de una regulación restrictiva de los intercambios económicos en general no tendrá ningún consuelo al saber que sus competidores estatales sufren las mismas pérdidas que él (era uno de los argumentos del Abogado General Jacobs en sus conclusiones del asunto *Leclerc-Siplec* (C-412/93) para sostener que debía ser la restricción del acceso al mercado el criterio determinante para interpretar el artículo 28 y no la diferencia de efectos). Sin embargo, no ha sido para consolar al operador económico foráneo cuando sufre pérdidas para lo que se ha establecido el artículo 28 o cualquiera de las otras libertades económicas. Para ello, para consolar a los operadores económicos que sufren pérdidas como consecuencia de la aprobación de una regulación limitadora de la libertad por un poder público se reconocen en los Estados descentralizados los derechos fundamentales económicos.

Las 4 libertades fundamentales reconocidas en el Tratado CE tienen, sin embargo, un objetivo mucho más limitado que los derechos económicos, tienen como propósito someter al escrutinio del juez comunitario aquellas regulaciones estatales que restringen más onerosamente a los operadores económicos de fuera que a los operadores económicos nacionales y no garantizar que cualquier intervención del poder público en la economía sea sometida a control jurisdiccional para controlar su legitimidad²⁴.

Sea como fuere, a pesar de que el Tribunal de Justicia afirme tener en cuenta que las regulaciones nacionales no supongan un obstáculo directo al acceso al mercado, en la práctica el control efectivo de las regulaciones nacionales se sigue haciendo mediante la comprobación del criterio de los efectos diferenciados, por lo que la afirmación del criterio del acceso al

²⁴ La idea del acceso al mercado ya había sido sugerida algunos años antes de que se fallara *Keck* por WHITE, E. L., «In Search of the Limits to Article 30 of the ECC Treaty». 26 *Common Market Law Review*. 1989. Su construcción había sido asumida por la Comisión, aunque fue explícitamente rechazada por el Tribunal de Justicia, en el asunto *Torfaen Borough* (1989). La construcción de WHITE trataba de establecer una línea intermedia entre la interpretación que considera que cualquier restricción de los intercambios de bienes supone un obstáculo al comercio intracomunitario y la interpretación que considera que sólo las medidas que establezcan restricciones más onerosas sobre las importaciones que sobre la comercialización de la producción nacional pueden producir un obstáculo al comercio intracomunitario. La doctrina del acceso al mercado supondría considerar que el artículo 28 del Tratado cumple en el ordenamiento comunitario la función que cumple en el ordenamiento norteamericano la Cláusula del debido proceso: la preservación de la libertad de comercio. Sin embargo, sostenemos que el artículo 28 debe cumplir, y así se desprendería de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde *Keck*, una función más parecida a la que cumple la Cláusula de Comercio durmiente en el ordenamiento norteamericano. Sobre el criterio del acceso al mercado y su crítica ver QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Unidad económica*, op. cit., pgs. 621-641.

mercado queda como un mero *obiter dicta* mientras no sirva como *ratio decidendi* para resolver un concreto asunto, por ejemplo, declarando la desconformidad de una concreta regulación nacional con tal criterio del acceso al mercado.

En el asunto *CaixaBank* se resolvía una cuestión prejudicial planteada en el marco de un litigio principal en el que se suscitaba si el artículo 43TCE se oponía a la normativa de un Estado miembro que prohíbe a las entidades de crédito que remuneren las cuentas corrientes.

Para el Tribunal de Justicia «la prohibición de remunerar las cuentas corrientes establecida en la normativa francesa constituye para las sociedades de Estados miembros distintos de la República Francesa un obstáculo importante para el ejercicio de sus actividades por medio de una filial en este último Estado, que afecta a su acceso al mercado. En consecuencia, dicha prohibición constituye una restricción a efectos del artículo 43TCE»²⁵.

El Tribunal de Justicia parece fundamentar la obstaculización de la libertad de establecimiento en el criticable argumento de que afecta al acceso al mercado. Sin embargo, al desarrollar su argumentación se demuestra que en realidad la razón fundamental para considerar la regulación francesa contraria a la libertad de establecimiento es que la regulación francesa no afecta del mismo modo, de hecho, a los operadores de banca nacionales y a los procedentes de otros Estados miembros.

En este sentido, argumenta el Tribunal de Justicia que «dicha prohibición obstaculiza la captación de fondos del público por parte de las entidades de crédito, filiales de sociedades extranjeras, al privarlas de la posibilidad de competir de forma más eficaz, mediante la remuneración de las cuentas corrientes, con las entidades de crédito tradicionalmente implantadas en el Estado miembro de establecimiento, dotadas de una extensa red de agencias y que disponen por tanto de mayores facilidades que dichas filiales para captar fondos del público»²⁶.

²⁵ Apartado 20.

²⁶ Apartado 13.

En relación con la libre prestación de servicios se ha planteado un caso similar en el asunto *Cipolla*. Se trataba de juzgar si la prohibición a los abogados de apartarse contractualmente de los honorarios mínimos fijados por un baremo, prevista en la normativa italiana, puede dificultar el acceso de los abogados establecidos en un Estado miembro distinto de la República Italiana al mercado italiano de servicios jurídicos y, por ende, restringir su actividad de prestar servicios en este último Estado. El Tribunal de Justicia respondió afirmativamente y consideró que tal prohibición constituía una restricción a efectos del artículo 49 TCE y era necesario justificarla. Para el Tribunal de Justicia «dicha prohibición priva a los abogados establecidos en un Estado miembro distinto de la República Italiana de la posibilidad de competir más eficazmente, pidiendo unos honorarios más reducidos que los fijados por el baremo, con los abogados instalados de forma estable en el Estado miembro de que se trate y que disponen por tanto de mayores facilidades que los abogados establecidos en el extranjero para captar clientela STJCE de 5 de diciembre de 2006 *Cipolla*, asuntos acumulados C-94 y 202/04, Rec 2006.

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

Señala el Tribunal de Justicia que «en efecto, cuando unas entidades de crédito, filiales de una sociedad extranjera, intentan introducirse en el mercado de un Estado miembro, competir por medio del tipo de interés con que se remuneran las cuentas corrientes constituye uno de los métodos más eficaces para ello. Por consiguiente, una prohibición de esta índole hace más difícil el acceso al mercado de estas entidades»²⁷.

En realidad el argumento subyacente no es la dificultad del acceso al mercado en general sino que la regulación no afecta del mismo modo, de hecho, a los nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros. En efecto, impedir tal forma de promoción, la remuneración de cuentas corrientes, puede evitar la penetración en el mercado francés de aquellas entidades de crédito procedentes de los demás Estados miembros que, normalmente, no disponen de una extensa red de agencias para competir. La regulación es indistinta pero tiene efectos diferenciados sobre las entidades foráneas y sobre los nacionales precisamente como consecuencia de la estructura del mercado de entidades de crédito donde normalmente las entidades nacionales tienen una extensa red y las extranjeras no, constituyendo entonces la remuneración un método eficaz para que las extranjeras, que no pueden competir con una red, compitan en el mercado del crédito con sus pocos establecimientos.

Tal y como ha recordado el Abogado General Poiares «el trato menos favorable de las situaciones transnacionales puede adoptar diversas formas. Frecuentemente, se manifiesta como un freno al acceso al mercado nacional, *bien sea porque protege las posiciones adquiridas en dicho mercado, bien porque dificulta la participación en el mercado de los prestadores de servicios transfronterizos*»²⁸. En estos supuestos la razón para considerar vulneradas las libertades comunitarias no sería que se impide el acceso al mercado de los productos u operadores económicos en general sino que se impide de una manera que, en la práctica, supone la protección de los productos u operadores nacionales frente a los foráneos.

Parece aceptar, por tanto, el Tribunal de Justicia que son los efectos diferenciados de hecho de la medida sobre los operadores de fuera lo que determina que la medida francesa que es indistintamente aplicable se constituya en una restricción a la libertad de establecimiento.

En el sentido de acoger el criterio de los efectos diferenciados para interpretar las libertades comunitarias parece pronunciarse el Abogado General Poiares Maduro cuando afirma que «se puede aplicar un marco de análisis idéntico a las cuatro libertades»²⁹. Para Poiares la jurisprudencia comunitaria

²⁷ Apartado 14.

²⁸ Conclusiones del Abogado General Poiares Maduro de 1 de febrero de 2006 presentadas en el asunto *Cipolla y otros* (asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04, resueltos por STJCE de 5 de diciembre de 2006). Apartado 59. Cursiva nuestra.

²⁹ En sus conclusiones de 1 de febrero de 2006 al asunto *Cipolla y otros* (asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04, resueltos por STJCE de 5 de diciembre de 2006). Afirma el Abogado General que «en relación con la libre circulación de mercancías, el Tribunal

ria coincidiría en la apreciación de que «constituye una restricción a las libertades de circulación toda política nacional que dé lugar a tratar las situaciones transnacionales de manera menos favorable que las situaciones puramente nacionales. Con esta salvedad, los Estados miembros tienen libertad para regular la actividad económica en su territorio, dado que la aplicación de las libertades de circulación no debe desembocar necesariamente en una armonización normativa»³⁰.

Del análisis realizado se desprende que, a pesar de la aparente aceptación jurisprudencial del criterio del acceso al mercado, es, en realidad, necesaria la existencia de un elemento proteccionista de los operadores económicos nacionales para que una medida estatal pueda ser considerada un obstáculo al comercio intracomunitario. Ello supone que no toda medida de un Estado miembro que afecte a la libre circulación de personas o bienes en sentido general debe ser considerada un obstáculo al comercio intracomunitario susceptible de encontrarse prohibido por aquellos artículos del Tratado CE que establecen las denominadas cuatro libertades comunitarias, pues únicamente lo será si tiene efectos diferenciados más onerosos sobre las personas o bienes provenientes de fuera que sobre las personas o bienes provenientes del Estado regulador.

No obstante, a pesar de constatar en un caso concreto la diferencia de efectos señalada, es aún posible que un obstáculo al comercio intracomuni-

de Justicia declaró en la sentencia *Deutscher Apothekerverband* que el Derecho comunitario se opone a una medida interna que perjudique en mayor medida a las farmacias situadas fuera de Alemania que a las establecidas en territorio alemán, privando con ello a las primeras de un medio importante de acceder al mercado alemán Sentencia de 11 de diciembre de 2003 (C-322/01, Rec. pg. I-14887), apartado 74. La sentencia *CaixaBank France*, relativa a la libertad de establecimiento, también hacía referencia al criterio del acceso al mercado, Sentencia de 5 de octubre de 2004 (C-442/02, Rec. pg. I-8961), apartado 12. En la sentencia *Alpine Investments* se aplicó un razonamiento similar al ámbito de los servicios, Sentencia de 10 de mayo de 1995 (C-384/93, Rec. pg. I-1141), apartado 21. Asimismo, el Tribunal de Justicia ha declarado en la sentencia *Manninen* que una normativa interna que trataba los rendimientos de capital de origen no finlandés de manera menos favorable que los dividendos distribuidos por sociedades establecidas en Finlandia constituía una restricción a la libre circulación de capitales, Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (C-319/02, Rec. pg. I-7477), apartado 23». Sin embargo, en el caso de la libre circulación de trabajadores el TJCE pareció separarse de aquella concepción que exige una afección de los trabajadores de fuera más onerosa que la de los trabajadores de dentro en una jurisprudencia muy discutible y que no ha tenido excesiva continuidad, ver la STJCE de 15 de diciembre de 1995, Asunto *Bosman* (C-415/93, Rec. 1995 pag I-4921) donde el Tribunal de Justicia habría sostenido que una concreta medida que impedía el acceso al mercado de los trabajadores en general constituía un obstáculo a la libre circulación de trabajadores independientemente de si la medida limitaba de la misma manera a los trabajadores del Estado que regula. En apartados 103 y 104.

³⁰ El Abogado General Poiars se remite al punto 28 de las conclusiones del Abogado General Tesauo en el asunto *Hünernund* y otros (STJCE de 15 de diciembre de 1993, C-292/92, Rec. pg. I-6787), y al punto 60 de las conclusiones del Abogado General Tizziano en el asunto *CaixaBank France* (STJCE de 5 de octubre de 2004, C-442/02, Rec. pg. I-8961).

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

tario no sea finalmente considerado prohibido por el Tratado CE, si el Estado miembro que lo establece es capaz de demostrar que la medida obstaculizadora esta justificada en la promoción proporcionada de un objetivo considerado legítimo.

2. La exclusión de proteccionismo en el caso de las medidas que obstaculizan las cuatro libertades pero se justifican en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo. La posibilidad de supresión de tales obstaculizaciones a través de medidas de integración positiva: la armonización de las disposiciones nacionales por la Comunidad

Incluso si una medida estatal tiene como efecto restringir más onerosamente la circulación de las mercancías, las personas, los servicios y los capitales provenientes de los demás Estados miembros que la de los provenientes del propio Estado regulador y constituye, por tanto, un obstáculo al comercio intracomunitario, no necesariamente se encontrará prohibida por el Tratado CE, pues es posible que una medida estatal que tenga tales efectos diferenciados pueda no ser, pese a ello, finalmente considerada prohibida por el Tratado CE como consecuencia de poderse considerar justificada en la promoción de un objetivo legítimo (salud, protección del consumidor, protección del medio ambiente, orden público...)³¹.

En estos supuestos es posible excluir que la medida estatal, en principio obstaculizadora del comercio intracomunitario, haya tenido una motivación proteccionista aunque sus efectos sean efectivamente más restrictivos sobre la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales provenientes de fuera que sobre la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales provenientes de dentro del Estado que regula.

El juez comunitario, a la hora de comprobar si una medida obstaculizadora del comercio intracomunitario está justificada en la promoción de un objetivo legítimo debe comprobar si aquélla promueve proporcionadamente éste. Ello supone la aplicación del principio de proporcionalidad a todas las medidas obstaculizadoras del comercio intracomunitario con la finalidad de comprobar si se encuentran justificadas.

Previamente a la aplicación propiamente dicha del principio de proporcionalidad a la medida estatal es necesario examinar la legitimidad de los intereses en presencia. Es, por tanto, necesario comprobar tanto la existencia de un interés restringido, la libre circulación de personas o bienes entre Estados miembros, como la existencia de un interés que es pretendido con la regulación estatal y que debe ser legítimo. Sólo una vez que se haya considerado que el interés u objetivo que se dice promover con la regulación

³¹ Recordemos que las denominadas exigencias imperativas sólo podrían justificar la legitimidad de las medidas indistintamente aplicables obstaculizadoras del comercio intracomunitario pero no la de las regulaciones discriminatorias que sólo pueden verse justificadas por una de las causas establecidas en el artículo 30 del Tratado CE.

es legítimo, debe entrar en juego el principio de proporcionalidad para considerar si el interés restringido por la regulación pública, la libre circulación de personas y bienes entre Estados miembros, lo ha sido proporcionalmente.

Para aplicar el principio de proporcionalidad se deben realizar, de acuerdo con la dogmática, tres controles o comprobaciones sucesivas con el fin de determinar la conformidad de una regulación pública con tal principio.

Tales comprobaciones a realizar por el órgano judicial son consecutivas, considerándose que si no se supera una de ellas, no es necesario realizar la siguiente pues la medida ya habría vulnerado el principio de proporcionalidad.

La primera comprobación sería la verificación de la *adecuación* de la medida; comprobación que busca determinar que una medida restrictiva de la libre circulación de personas o bienes no sea inadecuada o inútil para alcanzar el objetivo legítimo que dice perseguir.

La segunda comprobación sería la verificación de la *necesidad* de la intervención, verificación a través de la cual se busca determinar que no se imponga un sacrificio innecesario de la libre circulación de personas o bienes por existir alternativas menos gravosas susceptibles de satisfacer el objetivo legítimo pretendido *con igual efectividad*.

La tercera comprobación sería la verificación de la *proporcionalidad en sentido propio* que busca determinar que la medida no genere más perjuicios que beneficios al conjunto de intereses presentes. La aplicación de esta tercera comprobación se produce una vez superados los dos primeros tests o comprobaciones, por ser la medida adecuada para promover un fin legítimo y necesaria por no existir alternativas menos restrictivas que promuevan el fin legítimo con la misma efectividad, y busca determinar si, pese a todo, la medida tiene unos costes superiores a sus beneficios. Tal comprobación supone la ponderación de los intereses en presencia con el fin de determinar cuál prevalece en el caso concreto³².

³² Ciertamente, el uso de un intenso escrutinio que comprendiera la tercera comprobación que conforma el principio de proporcionalidad para juzgar la justificación de las regulaciones de los Estados miembros obstaculizadoras del comercio intracomunitario, plantea graves problemas con relación a la legitimación del órgano jurisdiccional encargado de realizar tal control, pues supone que, ante un conflicto entre dos intereses reconocidos en el Tratado CE, la unidad económica y la descentralización política, que son los que subyacen a la ponderación a realizar en el ámbito de las cuatro libertades, puede tal órgano jurisdiccional determinar cuál debe ser el interés preponderante. Propugnamos, por tanto, que el juez comunitario a la hora de controlar si las regulaciones de los Estados miembros que obstaculizan las cuatro libertades están justificadas en la promoción de un objetivo legítimo debe utilizar un principio de proporcionalidad «mutilado». Principio «mutilado» a través del cual se compruebe la adecuación de la regulación para promover un objetivo legítimo y la inexistencia de regulaciones menos restrictivas para promover igual de eficazmente tal objetivo pero sin comprobarse la proporcionalidad en sentido propio de la medida. V. QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *Unidad económica...*, op. cit.

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

Precisamente, con la finalidad de suprimir aquellos obstáculos al comercio intracomunitario que subsisten legítimamente a las prohibiciones establecidas en el Tratado CE como consecuencia de promover proporcionadamente un objetivo legítimo, éste ha previsto la atribución de una serie de competencias al legislador comunitario para promover el establecimiento del mercado interior mediante la armonización de aquellas medidas de los Estados miembros que obstaculicen la circulación de mercancías, personas, servicios o capitales.

Los obstáculos al comercio intracomunitario justificados en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo no se encontrarían prohibidos por el Tratado CE, pero serían susceptibles de ser suprimidos mediante una armonización de las disposiciones nacionales por el legislador comunitario a la búsqueda del establecimiento de un mercado interior.

Paradigma de competencia atribuida para promover el establecimiento del mercado interior mediante una actuación positiva armonizadora del legislador comunitario sería, como veíamos, el artículo 95 del Tratado CE que atribuye a la Comunidad la capacidad de adoptar medidas relativas a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que tengan por objeto el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior.

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha interpretado que la Comunidad Europea es competente para adoptar una medida de armonización de las disposiciones nacionales con arreglo al artículo 95 del TCE precisamente si tal medida tiene efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se produce si la medida contribuye de hecho a eliminar obstáculos al comercio entre los Estados miembros (recordemos que también se produce si la medida contribuye de hecho a eliminar las distorsiones de la competencia, pero ello lo analizamos en un epígrafe posterior)³³.

La interpretación realizada del alcance de la competencia de armonización atribuida en el artículo 95 TCE a la Comunidad es, en este punto, plenamente trasladable a la interpretación del alcance de las competencias de armonización atribuidas a la Comunidad en los artículos 47 y 55 TCE.

La denominada integración positiva supondría, por tanto, la intervención de la Comunidad para eliminar aquellos obstáculos estatales que escapan

³³ STJCE de 5 de octubre de 2000. Asunto sobre publicidad de tabaco, C-376/98, Rec. 2000, pg. I-8419, apartados 84 y 95 y STJCE de 10 de diciembre de 2002. Asunto sobre fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, C-491/01, Rec. 2002, apartado 43. Además la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha interpretado que la Comunidad Europea es competente para adoptar una medida de armonización de las disposiciones nacionales con arreglo al artículo 95 del TCE no si tal medida contribuye de hecho a eliminar obstáculos al comercio entre los Estados miembros, sino también si la medida suprime distorsiones sensibles de la competencia. Ver *infra*

del ámbito de las prohibiciones del Tratado CE como consecuencia de promover intereses legítimos (salud, protección del consumidor, protección del medio ambiente, orden público...). Intereses que en ausencia de protección a través de una regulación común y uniforme para toda la Comunidad no dejan de ser intereses protegibles por parte de los Estados miembros al ejercer sus competencias, aunque ello pueda implicar una obstaculización de la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales y la consiguiente fragmentación del mercado único como consecuencia de la diversidad regulatoria a la que puede dar lugar el hecho de que se proteja de 27 maneras diferentes tal interés³⁴.

3. La exclusión de proteccionismo en el caso de las medidas que no obstaculizan las cuatro libertades como consecuencia de tener efectos indistintos. La posibilidad de supresión de las distorsiones de la competencia generadas por tales medidas a través de medidas de integración positiva: la armonización de las disposiciones nacionales por la Comunidad

A aquellas medidas estatales que no tienen efectos diferenciados más onerosos sobre las personas o bienes provenientes de fuera que sobre las personas o bienes provenientes del Estado regulador, el Tratado CE no las somete a la necesidad de justificación de ningún tipo para considerarlas plenamente conformes con el Derecho Comunitario.

Así, por ejemplo, desde la Sentencia *Keck* aquellas regulaciones estatales que reglamenten las modalidades de venta y no tengan efectos diferenciados, como puede ser una regulación estableciendo el cierre dominical de los comercios, no requieren ser sometidas a control bajo el Derecho Comunitario para determinar si promueven proporcionadamente un fin legítimo, pues directamente se consideran medidas que no caen bajo la orbita del artículo 28 TCE por no obstaculizar el comercio intracomunitario.

Sin embargo, aunque estas medidas no se encuentran sometidas a la necesidad de justificar su conformidad con el Tratado CE, pues al no tener efectos diferenciados no son susceptibles de obstaculizar el comercio intracomunitario, son medidas que pueden tener eventualmente como efecto distorsionar la competencia dentro del mercado interior.

La mera existencia, actual o potencial según la jurisprudencia, de divergencias entre las regulaciones nacionales puede en supuestos concretos dificultar, como analizábamos en los anteriores epígrafes, la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales, lo que ha desembocado en la

³⁴ Obstaculización que evidentemente en estos casos caso no estará prohibida por los preceptos del Tratado CE que promueven la integración positiva. Obstaculización que no siempre podrá ser superada a través del principio de reconocimiento mutuo que para que sea operativo debe partir del presupuesto de que existe una equivalencia en relación al grado de protección de las diferentes regulaciones estatales independientemente de los medios utilizados.

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

prohibición de aquellas medidas que no puedan justificarse en una promoción proporcionada de un objetivo legítimo.

Pero la mera existencia de divergencias entre las regulaciones nacionales puede también provocar distorsiones sensibles de la competencia sin obstaculizar la libre circulación, dificultando de este modo el funcionamiento del mercado interior.

En este último supuesto, el Tratado CE no ha prohibido las medidas estatales que distorsionan la competencia, pero ha atribuido a la Comunidad la competencia para suprimir tal distorsión³⁵.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha interpretado que la Comunidad Europea es competente para adoptar una medida de armonización de las disposiciones nacionales con arreglo al artículo 95 del TCE si tal medida tiene efectivamente por objeto la mejora de las condiciones de establecimiento y funcionamiento del mercado interior; lo cual, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se produce no sólo si la medida contribuye de hecho a eliminar los obstáculos al comercio entre los Estados miembros, sino también si la medida suprime las distorsiones sensibles de la competencia³⁶.

La interpretación realizada del alcance de la competencia de armonización atribuida en el artículo 95 TCE a la Comunidad es, en este punto, plenamente trasladable a la interpretación del alcance de las competencias de armonización atribuidas a la Comunidad en los artículos 47 y 55 TCE que han atribuido a la Comunidad, «a fin de facilitar el acceso a las actividades no asalariadas y su ejercicio», la capacidad de armonizar las disposiciones de los Estados miembros.

Se produce una distorsión de la competencia cuando las distintas regulaciones nacionales difieren en los requisitos que imponen para el ejercicio de las actividades que contemplan, lo que puede repercutir directa o indirectamente en las condiciones de competencia de las empresas afectadas. Ello supone que una medida de un poder público nacional puede provocar una distorsión de la competencia sin, necesariamente, producir al mismo tiempo

³⁵ Señala el Abogado General Geelhoed que esta situación se presenta cuando la disparidad entre los requisitos con arreglo a los cuales los operadores pueden participar en el mercado común en los distintos Estados miembros es demasiado grande, como consecuencia de la discrepancia entre los requisitos nacionales a que está sometida por ejemplo la fabricación de determinados bienes. Precisamente en estos casos, una medida de armonización basada en el artículo 95 CE puede suprimir esta disparidad.

³⁶ STJCE de 5 de octubre de 2000. Asunto sobre publicidad de tabaco, C-376/98, Rec. 2000, pg. I-8419, apartados 84 y 95 y STJCE de 10 de diciembre de 2002. Asunto sobre fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco, C-491/01, Rec. 2002, apartado 43. El Abogado General Fenelly en esta línea había afirmado en sus conclusiones que las competencias armonizadoras «son conferidas, bien para facilitar el ejercicio de las cuatro libertades, bien para igualar las condiciones de la competencia económica» apartado 83 de la Conclusiones del Abogado General Fenelly de 15 de junio de 200 en el asunto sobre publicidad de tabaco, C-376/98.

una obstaculización de la libre circulación del comercio entre Estados miembros³⁷, pues se trata de medidas que regulan, por ejemplo, los requisitos o condiciones de fabricación sin afectar, sin embargo, a los requisitos o características que han de tener los productos mismos que se trasladan en el propio mercado común.

Así, por ejemplo, la disparidad de niveles de contaminación permitidos a las industrias en los diferentes Estados miembros puede crear una distorsión a la competencia sin, al mismo tiempo, suponer una obstaculización al comercio intracomunitario prohibida por el Tratado CE³⁸. En estos casos se restringen de manera análoga las posibilidades de competir dentro de un Estado miembro de todos los operadores económicos situados en ese Estado y lo que ocurre es que las diferencias existentes entre las regulaciones de los distintos Estados miembros pueden distorsionar la competencia que se produce entre las empresas que operan en un Estado respecto de las que operan en otro³⁹.

El legislador comunitario se sirvió de tal concepto de distorsión de la competencia para legitimar, por ejemplo, su capacidad de dictar la Directiva sobre el dióxido de titanio. Para el legislador comunitario las diferencias entre las legislaciones nacionales –en cuanto a los niveles autorizados de vertidos contaminantes realizados por determinadas industrias– pueden dar lugar a condiciones de competencia desiguales en el territorio comunitario y, de este modo, influir directamente en el funcionamiento del mercado común. La diferencia entre las legislaciones nacionales que establecen los niveles de vertidos autorizados no constituye, en principio, un obstáculo a la libre circulación de mercancías o a la libre prestación de servicios pues pese a poder constituir una restricción a los intercambios en general, en tanto en cuanto pueden encarecer los productos o la actividad, afecta indistintamente a todas las empresas que desarrollan su actividad dentro del Estado miembro que regula. Sin embargo, las diferencias en los costes de producción pueden provocar distorsiones de la competencia en el mercado común. Tal argumento le servía al legislador comunitario para legitimar la utilización de los artículos 94 y 95 como bases jurídicas para suprimir las distorsiones de la competencia provocadas por la existencia de regulaciones

³⁷ Recordemos que desde la sentencia *Keck* sólo obstaculizan la libre circulación de mercancías entre los Estados miembros aquellas regulaciones que imponen una restricción más onerosa sobre la comercialización de la producción importada que sobre la comercialización de la producción nacional.

³⁸ STJCE de 11 de junio de 1991. Asunto dióxido de titanio, C-300/89, Rec. 1991. pg. I-2867.

³⁹ Para el Abogado General Geelhoed «se trata de medidas que –si las adoptase el legislador nacional– no constituirían una restricción cuantitativa a la importación o a la exportación. Se trata en efecto de medidas que regulan requisitos de fabricación, distintos de las normas aplicables a los productos en el propio mercado común». Conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto sobre fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco presentadas el 10 de septiembre de 2002. C-491/01. Apartado 149.

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

estatales que establecen límites diferentes en relación a los vertidos que pueden generar las fábricas situadas dentro de su territorio respectivo⁴⁰.

Un segundo ejemplo de distorsión de la competencia sería aquel señalado por el Tribunal de Justicia en el asunto sobre publicidad de tabaco cuando considera que la prohibición del patrocinio de tabaco en determinados Estados miembros y su autorización en otros da lugar al traslado a estos últimos Estados de determinadas competiciones deportivas, provocando importantes repercusiones en las condiciones de competencia de las empresas vinculadas a la organización de estos acontecimientos⁴¹.

La prohibición francesa de remunerar cuentas corrientes, que se discutía en el asunto CaixaBank, tenía como efecto hacer más difícil para las empresas de crédito extranjeras competir en el mercado francés, donde las empresas de crédito nacionales tenían la ventaja de tener una red de sucursales.

La prohibición de patrocinio de tabaco en un concreto Estado miembro y no en otros, tiene como efecto hacer más difícil para las empresas situadas en el Estado prohibidor competir en el mercado europeo de organización de eventos deportivos con las empresas situadas en los demás Estados miembros.

En el primer caso, la regulación nacional tiene como efecto favorecer a los operadores nacionales, que son los que de hecho tienen una red de sucursales, frente a los foráneos. En el segundo caso, la divergencia de regulaciones nacionales tiene como efecto distorsionar la competencia en el mercado europeo.

En los supuestos de distorsión de la competencia como consecuencia de la existencia de una pluralidad regulatoria reiteramos que nos encontramos en un ámbito en el que falta una disposición prohibitiva general comparable a la recogida en los preceptos del Tratado CE que establecen las libertades de circulación para el caso de los obstáculos al comercio intracomunitario. Sin embargo, una medida comunitaria de armonización de las normas nacionales mediante la cual se pretenda eliminar las distorsiones sensibles a la competencia contribuye a realizar el mercado interior, por lo que forma

⁴⁰ En efecto, tal regulación nacional, que reiteramos que no obstaculiza el comercio intracomunitario, sí es, sin embargo, susceptible de distorsionar la competencia, algo que si bien no está prohibido por el Tratado –salvo que la distorsión se produzca mediante, por ejemplo, una ayuda de Estado que si que estaría prohibida– sí es determinante para fundamentar la competencia del legislador comunitario para armonizar la materia.

⁴¹ STJCE de 5 de octubre de 2000. Pensemos en la celebración de Grandes Premios de Fórmula 1 que podrían tener más dificultades en celebrarse en aquellos Estados que prohíban el patrocinio de tabaco lo que puede generar una distorsión de la competencia en tanto en cuanto las diferencias regulatorias pueden favorecer a las empresas organizadoras de competiciones deportivas situadas en aquellos Estados que permiten el patrocinio de tabaco en tales eventos.

parte del ámbito de aplicación del artículo 95 CE o de los artículos 47 y 55 TCE⁴².

Así, si bien es cierto que las regulaciones nacionales que distorsionan la competencia no están prohibidas por el Tratado CE –como sí lo estaban las regulaciones que obstaculizan el comercio intracomunitario salvo que se consiguiesen justificar en la promoción proporcionada de un objetivo legítimo–, sin embargo, por el hecho de ser regulaciones que ponen en riesgo el funcionamiento del mercado interior pueden ser armonizadas por la Comunidad⁴³.

La armonización jurídica que, por tanto, permite el Tratado CE pretende eliminar las desigualdades de trato de los ciudadanos que derivan de la falta de uniformidad regulatoria en el mercado europeo como consecuencia de la existencia de ordenamientos estatales divergentes entre sí en cuanto al tratamiento normativo de idénticos supuestos de hecho. No pueden darse igualdad de condiciones competitivas en el interior de un mercado si no hay una igualdad sustancial en el contenido del derecho «ordenador» del mismo. Únicamente existirá un mercado único si se asegura a los operadores económicos una posición jurídica sustancialmente uniforme en todo el espacio económico sobre el que se proyecta el Mercado Común, mediante la eliminación de aquellas disparidades jurídicas que, originadas por la vigencia territorial de los ordenamientos jurídicos estatales, falseen las condiciones de competencia en el interior del mismo⁴⁴.

En todo caso, en ausencia de una efectiva regulación común y uniforme dictada por la Comunidad con la finalidad de suprimir una distorsión de la competencia, los tratados comunitarios permiten que puedan subsistir medidas estatales que como consecuencia de la existencia de una pluralidad regulatoria tengan como efecto distorsionar la competencia.

⁴² Conclusiones del Abogado General Geelhoed en el asunto sobre fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco presentadas el 10 de septiembre de 2002. C-491/01. Apartado 154.

⁴³ Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha puesto límites a la capacidad regulatoria de la Comunidad para adoptar aquellas medidas armonizadoras que tengan por objeto la supresión de las distorsiones de la competencias pues ha considerado que una distorsión de la competencia sólo legitimará la adopción de una medida armonizadora fundamentada en el artículo 95 si se trata de una distorsión de la competencia «sensible».

El Tribunal de Justicia ha afirmado que si no existiese el requisito de que la distorsión de la competencia tenga que ser «sensible», la competencia del legislador comunitario prácticamente no tendría límites. STJCE de 5 de octubre de 2000. Asunto sobre publicidad de tabaco, C-376/98, Rec. 2000, pg. I-8419. Apartado 107. V. QUADRA-SALCEDO JANINI, T., *El sistema europeo de distribución de competencias*. Civitas. Madrid, 2006, pgs. 82 y ss.

⁴⁴ MARX, F., *Funktion und Grenzen der Rechtsangleichung nach Art. 100 EWG-Vertrag*, Köln-Berlin-Bonn-München, 1976, pgs. 139 y ss. en GONDRA ROMERO, J. M., «Integración económica e integración jurídica en el marco de la Comunidad Económica Europea (Una aproximación al proceso de integración del Derecho en el ámbito de la Comunidad Europea desde una perspectiva sistemático funcional)» en *Tratado de Derecho Comunitario Europeo*. Dir. por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., GONZÁLEZ CAMPOS, J. D. y MUÑOZ MACHADO, S., Edit. Civitas. Madrid, 1986, pgs. 294 y ss.

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

Analizado en los epígrafes anteriores el alcance de las competencias de armonización de la Comunidad atribuidas en los artículos 47 y 55 del TCE, se hace necesario analizar ahora si la Directiva Bolkestein se adecua a la interpretación realizada.

La Comunidad únicamente podrá regular con fundamento en tales artículos si su regulación tiene como finalidad:

-bien la supresión de los obstáculos a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios que hayan superado la prohibición establecida en los artículos 43 y 49 TCE como consecuencia de promover proporcionalmente un objetivo considerado legítimo,

-bien la supresión de las distorsiones sensibles de la competencia generadas por la existencia de una pluralidad de condiciones de acceso y ejercicio de la actividad de prestación de servicios con o sin establecimiento.

III. LA APARENTE FINALIDAD DE LA DIRECTIVA BOLKESTEIN

La finalidad explicitada en los considerandos 5 y 6 de la Directiva relativa a los servicios en el mercado interior es «eliminar los obstáculos que se oponen a la libertad de establecimiento de los prestadores en los Estados miembros y a la libre circulación de servicios entre los Estados miembros»⁴⁵.

Se destaca en la Directiva que la supresión de estos obstáculos no puede hacerse únicamente mediante la aplicación directa de los artículos 43 y 49 del Tratado, ya que, por un lado, resolver caso por caso mediante procedimientos de infracción contra los correspondientes Estados miembros sería, especialmente a raíz de las ampliaciones, una forma de actuar extremadamente complicada para las instituciones nacionales y comunitarias y, por otro, la eliminación de numerosos obstáculos requiere una coordinación previa de las legislaciones nacionales.

La Directiva Bolkestein no es, sin embargo, una norma que únicamente suprima los obstáculos a la libertad de prestación de servicios o la libertad de establecimiento como parecería desprenderse de la mera lectura de sus considerandos, pues la Directiva va mucho más lejos al pretender someter a límites el establecimiento de condiciones al acceso y al ejercicio de las actividades de prestación de servicios con o sin establecimiento por parte de los Estados miembros, independientemente de si se trata de condiciones que sean potencialmente susceptibles de tener efectos diferenciados.

⁴⁵ Se señala en el considerando 5 que «dado que los obstáculos que entorpecen el mercado interior de los servicios afectan tanto a los operadores que desean establecerse en otros Estados miembros como a los que prestan un servicio en otro Estado miembro sin establecerse en él, procede permitir que el prestador desarrolle sus actividades de servicios dentro del mercado interior, ya sea estableciéndose en un Estado miembro, ya sea acogéndose a la libre circulación de servicios. Los prestadores deben disponer de la posibilidad de elegir entre estas dos libertades en función de su estrategia de desarrollo en cada Estado miembro».

La Directiva no tiene, por tanto, como finalidad única la supresión de los obstáculos justificados a la libertad de establecimiento o a la libre prestación de servicios, pero la Directiva no es tampoco una norma que tenga como finalidad adicional suprimir las distorsiones sensibles de la competencia, que sería la segunda finalidad que legitimaría el uso por parte de la Comunidad de sus competencias de armonización.

Se plantea, entonces, un problema fundamental de legitimación competencial, pues la Directiva no se puede justificar ni en la primera ni en la segunda finalidad que permitiría a la Comunidad regular en ejercicio de los artículos 47 y 55 TCE. Y no se puede justificar en tales artículos porque la Directiva, en realidad, no suprime la pluralidad regulatoria que sería la causa fundamental de una eventual distorsión de la competencia, sino que lo que la Directiva pretende es el sometimiento de las regulaciones de los Estados miembros que fijan las condiciones para la prestación de servicios con o sin establecimiento permanente al principio de proporcionalidad⁴⁶. Sin que el sometimiento de las regulaciones estatales a tal principio suponga, en la práctica, el establecimiento de un régimen jurídico armonizado en todo el territorio comunitario para el acceso o el ejercicio de los servicios.

En efecto, los artículos 47 y 55 TCE atribuyen a la Comunidad la competencia para suprimir las distorsiones sensibles de la competencia generadas por la pluralidad regulatoria mediante la armonización de las disposiciones nacionales, pero no le atribuyen la competencia para desregular el mercado sin armonizarlo.

1. El contenido de la Directiva Bolkestein

La Directiva del Parlamento europeo y del Consejo relativa a los servicios en el mercado interior regula en su Capítulo III lo que denomina la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y regula en su Capítulo IV lo que denomina la libertad de circulación de los servicios.

En el primer caso se trataría de la regulación de aquellas condiciones de establecimiento de las empresas de servicios; en el segundo de aquellas condiciones de prestación de los servicios sin que se dé propiamente tal establecimiento⁴⁷.

Dentro del Capítulo III sobre libertad de establecimiento de los prestadores

⁴⁶ Ciertamente la Directiva no afecta a todos los servicios. No se aplicará, en especial, a los servicios que, debido a su naturaleza, ya son objeto de reglamentaciones particulares. Los servicios y redes de comunicación electrónicos o los servicios financieros, por ejemplo, entran en esta categoría. Además, también están excluidos los servicios no económicos de interés general.

⁴⁷ El elemento clave de diferenciación entre una prestación de servicios mediante un establecimiento y la prestación de servicios sin establecimiento es si el agente está o no establecido en el Estado miembro en que presta el servicio de que se trate. El concepto de establecimiento implica el ejercicio efectivo de una actividad económica a través de un establecimiento fijo durante un período indefinido.

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

de servicio, se diferencia entre los supuestos en los que el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio mediante un establecimiento permanente está supeditado en los Estados miembros a una autorización (sección 1) y los supuestos en los que el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio mediante un establecimiento está supeditado en los Estados miembros al cumplimiento de determinados requisitos (sección 2).

El Capítulo IV sobre libertad de circulación de los servicios regula en su sección 1 los supuestos en los que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio sin un establecimiento permanente se supedita en los Estados miembros a determinados requisitos.

En lo que se refiere a los supuestos en los que el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio mediante un establecimiento está supeditado a una autorización (Capítulo III, sección I), la Directiva Bolkestein establece en su artículo 9.1 que los Estados miembros sólo podrán supeditar el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio a un régimen de autorización cuando se reúnan tres condiciones: a) el régimen de autorización no sea discriminatorio para el prestador de que se trata; b) la necesidad de un régimen de autorización esté justificada por una razón imperiosa de interés general; c) el objetivo perseguido no se puede conseguir mediante una medida menos restrictiva, en concreto porque un control a posteriori se produciría demasiado tarde para ser realmente eficaz.

El artículo 10 de la Directiva regula las *condiciones para la concesión de la autorización*. De acuerdo con el apartado 1 «los regímenes de autorización deberán basarse en criterios que delimiten el ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades competentes con el fin de que dicha facultad no se ejerza de forma arbitraria». La Directiva establece en el apartado 2 que «los criterios contemplados en el apartado 1 deberán reunir las características siguientes: a) no ser discriminatorios; b) estar justificados por una razón imperiosa de interés general; c) ser proporcionados a dicho objetivo de interés general; d) ser claros e inequívocos; e) ser objetivos; f) ser hechos públicos con antelación; g) ser transparentes y accesibles».

En lo que se refiere a los supuestos en los que acceso a una actividad o su ejercicio mediante un establecimiento se supedita al cumplimiento de determinados requisitos (Capítulo III, sección 2), la Directiva Bolkestein establece en su artículo 14 la prohibición de que los Estados miembros supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios al cumplimiento de una serie de requisitos que enumera⁴⁸.

⁴⁸ Tales requisitos enumerados en el artículo 14 son:

1) requisitos discriminatorios basados directa o indirectamente en la nacionalidad o, en lo que se refiere a las sociedades, el domicilio social, y, especialmente: a) requisito de nacionalidad para el prestador, su personal, las personas que posean capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión, b) requisito de residir en el territorio nacional para el prestador, su personal, las personas que posean capital social o los miembros de los órganos de gestión y supervisión;

2) prohibición de estar establecido en varios Estados miembros o de estar inscrito en los registros o colegios o asociaciones profesionales de varios Estados miembros;

Y en el apartado 2 del artículo 15 la Directiva establece que los Estados miembros examinarán si sus respectivos ordenamientos jurídicos supeditan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio mediante un establecimiento al cumplimiento de determinados requisitos no discriminatorios que enumera⁴⁹. Requisitos, estos últimos, que de acuerdo con el apartado 3 del artículo 15 deben necesariamente cumplir las condiciones siguientes: a) no discriminación: que los requisitos no sean discriminatorios, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a las sociedades, del domicilio social; b) necesidad: que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general; c) proporcionali-

3) limitaciones de la libertad del prestador para elegir entre un establecimiento principal o secundario y, especialmente, la obligación de que el prestador tenga su establecimiento principal en el territorio nacional, o limitaciones de la libertad de elección entre establecimiento en forma de agencia, de sucursal o de filial;

4) condiciones de reciprocidad con el Estado miembro en el que el prestador tenga ya su establecimiento, con excepción de las previstas en los instrumentos comunitarios en materia de energía;

5) aplicación, caso por caso, de una prueba económica consistente en supeditar la concesión de la autorización a que se demuestre la existencia de una necesidad económica o de una demanda en el mercado, a que se evalúen los efectos económicos, posibles o reales, de la actividad o a que se haga una apreciación de si la actividad se ajusta a los objetivos de programación económica fijados por la autoridad competente; esta prohibición no afectará a los requisitos de planificación que no sean de naturaleza económica, sino que defendan razones imperiosas de interés general;

6) intervención directa o indirecta de competidores, incluso dentro de órganos consultivos, en la concesión de autorizaciones o en la adopción de otras decisiones de las autoridades competentes, con excepción de los colegios profesionales y de las asociaciones y organismos que actúen como autoridad competente; esta prohibición no afectará a la consulta de organismos como las cámaras de comercio o los interlocutores sociales sobre asuntos distintos a las solicitudes de autorización individuales, ni a una consulta del público en general;

7) obligación de constituir un aval financiero, de participar en él o de suscribir un seguro con un prestador u organismo establecido en el territorio nacional. Ello no afectará a la posibilidad de los Estados miembros de exigir garantías de un seguro o financieras como tales, ni a los requisitos relativos a la participación en fondos colectivos de compensación, por ejemplo, para miembros de colegios u organizaciones profesionales;

8) obligación de haber estado inscrito con carácter previo durante un período determinado en los registros existentes en el territorio nacional o de haber ejercido previamente la actividad durante un período determinado en dicho territorio.

⁴⁹ Los requisitos que deben ser examinados por los Estados miembros son los siguientes: a) límites cuantitativos o territoriales y, concretamente, límites fijados en función de la población o de una distancia geográfica mínima entre prestadores; b) requisitos que obliguen al prestador a constituirse adoptando una forma jurídica particular; c) requisitos relativos a la posesión de capital de una sociedad; d) requisitos distintos de los relativos a las materias contempladas en la Directiva 2005/36/CE o de los previstos en otros instrumentos comunitarios y que sirven para reservar el acceso a la correspondiente actividad de servicios a una serie de prestadores concretos debido a la índole específica de la actividad; e) prohibición de disponer de varios establecimientos en un mismo territorio nacional; f) requisitos que obliguen a tener un número mínimo de empleados; g) tarifas obligatorias mínimas y/o máximas que el prestador debe respetar; h) obligación de que el prestador realice, junto con su servicio, otros servicios específicos.

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

dad: que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

En lo que se refiere a los supuestos en los que el acceso a una actividad o su ejercicio sin un establecimiento permanente se supedita al cumplimiento de determinados requisitos (Capítulo IV, sección I), la Directiva Bolkestein establece en el apartado 1 del artículo 16 que «los Estados miembros no supeditarán el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio en sus respectivos territorios a requisitos que no respeten los principios siguientes: a) no discriminación: el requisito no podrá ser directa o indirectamente discriminatorio por razón de la nacionalidad o, en el caso de las personas jurídicas, por razón del Estado miembro en que estén establecidas; b) necesidad: el requisito deberá estar justificado por razones de orden público, de seguridad pública, de salud pública o de protección del medio ambiente; c) proporcionalidad: el requisito deberá ser el adecuado para conseguir el objetivo que se persigue y no ir más allá de lo necesario para conseguirlo».

Asimismo la Directiva Bolkestein establece en el apartado 2 del artículo 16 que los Estados miembros no podrán restringir la libre prestación de servicios por parte de un prestador establecido en otro Estado miembro, mediante la imposición de una serie de requisitos que enumera⁵⁰.

Esencialmente y en lo que nos interesa, la Directiva Bolkestein supone, además de la prohibición a los Estados miembros de establecer determinados requisitos para poder acceder o ejercer una determinada actividad de servicio, el sometimiento de aquellas condiciones que establezcan los Estados miembros para la prestación de servicios, bien a través de un establecimiento bien sin establecimiento, al respeto del principio de proporcionalidad.

2. La falta de adecuación del contenido de la Directiva a la finalidad exigida por las bases jurídicas citadas

Mientras que la prohibición a los Estados miembros de establecer determi-

⁵⁰ Tales requisitos prohibidos son: a) obligación de que el prestador esté establecido en el territorio nacional; b) obligación de que el prestador obtenga una autorización concedida por las autoridades competentes nacionales, incluida la inscripción en un registro o en un colegio o asociación profesional que exista en el territorio nacional, salvo en los casos previstos en la presente Directiva o en otros instrumentos de Derecho comunitario; c) prohibición de que el prestador se procure en el territorio nacional cierta forma o tipo de infraestructura, incluida una oficina o un gabinete, necesaria para llevar a cabo las correspondientes prestaciones; d) aplicación de un régimen contractual particular entre el prestador y el destinatario que impida o limite la prestación de servicios con carácter independiente; e) obligación de que el prestador posea un documento de identidad específico para el ejercicio de una actividad de servicios, expedido por las autoridades competentes; f) requisitos sobre el uso de equipos y material que forman parte integrante de la prestación de servicios, con excepción de los necesarios para la salud y la seguridad en el trabajo; g) las restricciones de la libre circulación de servicios contempladas en el artículo 19.

nados requisitos para poder acceder o ejercer una determinada actividad de servicio es susceptible de suponer en alguna medida la supresión de las distorsiones sensibles de la competencia generadas por la pluralidad regulatoria y por tanto quedaría amparado por las bases jurídicas citadas en la Directiva (arts. 47.2 y 55 TCE), en cambio el sometimiento de las condiciones o requisitos de acceso o ejercicio de los servicios al principio de proporcionalidad no tiene como consecuencia la supresión de las posibles distorsiones de la competencia generadas por la diversidad regulatoria, pues tal diversidad se puede potencialmente seguir produciendo.

En efecto, el sometimiento de los requisitos que puedan adoptar los Estados miembros para el acceso o ejercicio de una determinada actividad al principio de proporcionalidad no excluye que la pluralidad regulatoria, causa esencial de las distorsiones de la competencia, se pueda seguir produciendo.

Tras la Directiva los requisitos a los que se someten las actividades de prestación de servicio con o sin establecimiento por los Estados miembros deberán estar suficientemente justificados, pero ello no significa que se haya producido una armonización de tales requisitos. Los requisitos a los que se someten las actividades de prestación de servicio con o sin establecimiento en cada uno de los Estados miembros pueden continuar siendo divergentes, aun cuando tengan ahora que ser proporcionados, y tal divergencia puede seguir produciendo distorsiones de la competencia.

Así, es posible considerar que la Directiva Bolkestein no es una norma de armonización de las condiciones de acceso o ejercicio para la prestación de servicios –fuera de los supuestos en los que prohíbe a los Estados miembros el establecimiento de determinados requisitos– y por lo tanto no es una norma que promueva el establecimiento o el funcionamiento del mercado interior.

Las distorsiones de la competencia generadas por la pluralidad regulatoria únicamente podrán suprimirse con el establecimiento de una regulación armonizada pero no con el sometimiento de las plurales regulaciones al principio de proporcionalidad.

Incluso en el supuesto de que se hubiese mantenido en la Directiva definitivamente adoptada el principio del país de origen que se encontraba en el proyecto original, la Comunidad sería incompetente para dictarla. La razón es que tal principio, que garantiza la prestación de servicios en todo el territorio comunitario a aquellos prestadores de servicios que cumplan con las condiciones del país donde están establecidos, no sería un principio que tuviese como consecuencia la supresión de las distorsiones de la competencia.

Ciertamente, una norma que recogiese el principio del país de origen permitiría la prestación de servicios en toda la Comunidad a aquellos que cumplan con las normas del país donde están establecidos pero no suprimiría la causa fundamental de las distorsiones de la competencia: la pluralidad de requisitos que se imponen en el territorio comunitario como consecuencia

¿*QUO VADIS, BOLKESTEIN?* ¿*ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...*?

de la diversidad de regulaciones estatales para el ejercicio de las actividades económicas.

El principio del país de origen es, en buena medida, una expresión del principio de reconocimiento mutuo llevado a sus últimas consecuencias.

En efecto, de acuerdo con lo que es posible denominar el reconocimiento mutuo en sentido estricto, que es el que se ha acogido en la jurisprudencia comunitaria, por ejemplo, en la Sentencia *Cassis* para el supuesto de la libre circulación de mercancías, un Estado debe permitir la circulación en su territorio de personas y bienes si éstos se adecuan a las reglamentaciones del país de origen, siempre que las exigencias establecidas por éste sean equivalentes a las establecidas por la normativa del país «importador».

De acuerdo con una posible segunda variante de tal principio que podemos denominar principio de reconocimiento mutuo en sentido amplio, un Estado debería permitir la circulación en su territorio de personas y bienes si estos se adecuan a las reglamentaciones del país de origen, con independencia de la equivalencia entre las reglamentaciones del país importador y del país de origen. El principio del país de origen supondría una expresión de esta segunda concepción del principio de reconocimiento mutuo.

El principio de país de origen, ciertamente, serviría para echar abajo los obstáculos a la libre circulación, pues supondría suprimir aquella característica esencial que tienen las medidas obstaculizadoras: los efectos diferenciados que puedan tener las regulaciones nacionales sobre las personas o bienes procedentes de fuera del Estado que regula. El principio del país de origen supone la supresión del proteccionismo económico.

Por el contrario, el principio del país de origen no serviría para suprimir las distorsiones sensibles de la competencia, pues la pluralidad regulatoria, causante última de las distorsiones subsistiría.

Sea como fuere, lo cierto es que tal como ha quedado finalmente la Directiva, y fuera de los supuestos en los que prohíbe a los Estados miembros el establecimiento de determinados requisitos para poder prestar servicios con o sin establecimiento, no es una norma que promueva el establecimiento o el funcionamiento del mercado interior.

Es la propia jurisprudencia del Tribunal de Justicia la que ha considerado que la Comunidad no puede dictar una regulación fundamentada en una competencia armonizadora cuyos efectos no sean la armonización de las disposiciones de los Estados miembros y, por tanto, cuya consecuencia no sea promover el establecimiento o el funcionamiento del mercado interior.

Así, en la Sentencia de 5 de octubre de 2000⁵¹ se juzgaba, entre otras cosas, la conformidad, precisamente, con los artículos 95, 47 y 55 del TCE de los preceptos de una Directiva comunitaria sobre publicidad del tabaco que

⁵¹ STJCE de 5 de octubre de 2000, Asunto sobre publicidad de tabaco, C-376/98, Rec. 2000, pg. I-8419,

reconocían a los Estados miembros la potestad para establecer requisitos más estrictos que los que figuran en la propia Directiva para poder comercializar determinados productos (la Directiva no prohibía totalmente la publicidad del tabaco; por ejemplo, los denominados productos de diversificación⁵², en principio, se permitían salvo que un Estado miembro estableciese requisitos más estrictos)⁵³.

El Tribunal de Justicia consideró que la norma comunitaria no promovía realmente la supresión de los obstáculos a la libre circulación de los productos al no garantizar la libre circulación de los productos que se ajusten a sus disposiciones, pues la misma norma comunitaria admitía la existencia de requisitos adicionales impuestos por las regulaciones estatales, lo cual implicaba la posibilidad de que los Estados mantuviesen los obstáculos a la libre circulación de mercancías o erigiesen obstáculos nuevos⁵⁴. La consecuencia de ello es que según el Tribunal de Justicia, en este punto concreto, «procede declarar que el legislador comunitario no puede basarse en la necesidad de eliminar obstáculos a la libre circulación de los soportes publicitarios y a la libre prestación de servicios para adoptar la Directiva sobre la base de los artículos 95, 47, apartado 2, y 55 del Tratado CE»⁵⁵.

⁵² Los productos denominados de diversificación son aquellos productos o servicios distintos del tabaco que utilizan un nombre, marca, símbolo u otro signo distintivo relacionado con el tabaco sin ser tabaco. Por ejemplo, una marca de ropa Marlboro.

⁵³ La Directiva tras afirmar en su artículo 3.1 que queda prohibida en la Comunidad toda clase de publicidad o de patrocinio del tabaco en su artículo 3.2 establece que «lo dispuesto en el apartado 1 no será óbice para que un Estado miembro pueda permitir que un nombre que ya se utilice de buena fe a la vez para productos del tabaco y para otros bienes o servicios que hayan sido comercializados u ofrecidos por una misma empresa o por empresas distintas antes del 30 de julio de 1998, pueda utilizarse para la publicidad de los otros bienes o servicios».

La Directiva en el artículo 5 establece que «de conformidad con la Directiva, los Estados miembros conservan la facultad de establecer, dentro de los límites del Tratado, requisitos más estrictos con respecto a la publicidad o al patrocinio de productos del tabaco, cuando los consideren necesarios para proteger la salud de las personas».

⁵⁴ Señala el Tribunal de Justicia que la Directiva no contiene ninguna disposición que establezca la libre circulación de los productos que se ajusten a lo dispuesto en ella, a diferencia de otras Directivas que dejan a los Estados miembros la posibilidad de adoptar medidas más estrictas para la protección de un interés general. Precisamente por lo que se refiere a los productos de diversificación, el Parlamento y el Consejo habían señalado que, a diferencia de lo que sostiene la demandante, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva era una disposición precisa y debía interpretarse en el sentido de que un Estado miembro no podía impedir la comercialización de un producto comercializado de manera legal en otro Estado miembro que hubiese utilizado la posibilidad que le ofrece dicha disposición. Sin embargo, el Tribunal de Justicia afirmará que «a diferencia de lo que sostienen el Parlamento y el Consejo, el artículo 3, apartado 2, de la Directiva, relativo a los productos de diversificación, no puede interpretarse en el sentido de que, cuando se cumplen los requisitos previstos en la Directiva, los productos de esta clase cuyo comercio está autorizado en un Estado miembro pueden circular libremente en los demás Estados miembros, incluso en aquellos Estados en que tales productos están prohibidos» Apartado 102.

⁵⁵ Apartado 105

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

La jurisprudencia reproducida supone considerar que no es posible afirmar que la Comunidad sea competente para dictar una regulación armonizadora cuando ésta no tenga como resultado una verdadera armonización que derive en la supresión de los obstáculos a las libertades de circulación, doctrina que es perfectamente trasladable al ámbito de aquellas regulaciones comunitarias armonizadoras de las disposiciones estatales que tienen la finalidad de suprimir las distorsiones de la competencia. Una disposición que no tuviese como resultado la supresión de las distorsiones de la competencia, supresión que únicamente se podría producir a través del establecimiento de una regulación uniforme, no se podría legitimar en las competencias comunitarias de armonización.

Es cierto que, al tiempo que se ha establecido la doctrina anterior, la propia jurisprudencia comunitaria habría flexibilizado la misma como consecuencia de la necesidad de garantizar la capacidad de adaptar las regulaciones comunitarias al paso del tiempo. En efecto, en la Sentencia de 10 de diciembre de 2002⁵⁶, se suscitó la cuestión de si una vez que el legislador comunitario ha armonizado completamente en un ámbito determinado, cabe que el legislador comunitario intervenga de nuevo en ese ámbito para regular sobre la base del artículo 95 CE derogando su propia regulación armonizadora anterior. La duda se plantea como consecuencia de que una vez está un ámbito armonizado, ya no se produce ninguno de los dos supuestos que de acuerdo con la jurisprudencia establecida por el Tribunal de Justicia en la primera sentencia sobre la publicidad del tabaco justificarían el uso por la Comunidad de su competencia armonizadora: bien la necesidad de eliminar obstáculos al comercio intracomunitario o bien la necesidad de suprimir las distorsiones sensibles de la competencia. Y no se produce ninguno de los dos supuestos precisamente porque la primera regulación comunitaria armonizadora ha hecho imposibles ya tales obstáculos o tales distorsiones.

Sin embargo, en el Tribunal de Justicia afirmará que el legislador comunitario debe poder adaptar la legislación comunitaria a raíz de cualquier modificación de las circunstancias o de cualquier evolución de los conocimientos científicos. Sólo si se reconoce esta capacidad puede el legislador comunitario cumplir correctamente «su tarea de velar por que se protejan los intereses generales reconocidos por el Tratado, como la salud pública»⁵⁷.

Ello supone que aun cuando una disposición comunitaria haya garantizado ya la supresión de los obstáculos a los intercambios o la supresión de la distorsión de la competencia en el ámbito que armoniza, esta circunstancia no puede privar al legislador comunitario de la posibilidad de adaptar posteriormente tal disposición en atención a otras consideraciones. Para el Tribunal de Justicia la evolución de los conocimientos científicos no es la única consideración que permitiría al legislador comunitario optar por la adaptación de una legislación comunitaria, pues considera que en el caso concreto

⁵⁶ STJCE de 10 de diciembre de 2002, Asunto sobre fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco C-491/01. Rec. 2002.

⁵⁷ Apartado 77.

que esta resolviendo –una regulación comunitaria que modifica algunos de los criterios ya armonizados en una norma comunitaria previa de fabricación, presentación y venta de los productos del tabaco– una Directiva anterior se podría modificar por una posterior en el ejercicio de la facultad discrecional de que dispone el legislador comunitario en la materia, pudiéndose tener en cuenta otras consideraciones además de la evolución de los conocimientos científicos, como la importancia creciente que se concede en el ámbito político y social a la lucha contra el consumo de tabaco⁵⁸.

Esta interpretación supone en la práctica reconocer que la Comunidad tiene la competencia para regular el mercado interior una vez que la primera regulación comunitaria armonizando una materia se produjo efectivamente con la finalidad de suprimir obstáculos a la libre circulación o de suprimir distorsiones sensibles a la competencia.

Ciertamente, la flexibilización producida en la Sentencia de 10 de diciembre de 2002 de la exigencia de que las medidas armonizadoras comunitarias tengan que tener efectivamente como consecuencia la supresión de los obstáculos a la libre circulación o la supresión de las distorsiones de la competencia no deja de carecer de lógica, pues de no haberse admitido se congelarían las regulaciones comunitarias que no podrían ser modificadas en atención a la necesidad de responder a nuevos supuestos y evoluciones.

El supuesto de la Directiva Bolkestein es, sin embargo, muy distinto al anterior, pues no trata de modificar una regulación comunitaria anterior que hubiese suprimido ya los obstáculos a la libre circulación o hubiese suprimido ya las distorsiones de la competencia y que requiriese ser actualizada. En este sentido, la Directiva Bolkestein no es ni una norma que armoniza las disposiciones nacionales que distorsionan la competencia ni una norma que actúa sobre un ámbito ya armonizado.

El análisis anterior desemboca necesariamente en que la Comunidad carecería de competencia para dictar la Directiva tal como está, pues no ha suprimido las distorsiones sensibles de la competencia generadas por la pluralidad regulatoria a través del establecimiento de una regulación armonizada sino que únicamente ha sometido a las potenciales plurales regulaciones estatales al principio de proporcionalidad.

IV. EL EFECTO FUNDAMENTAL DE LA DIRECTIVA BOLKESTEIN: EL SOMETIMIENTO DE DETERMINADAS REGULACIONES DE LOS ESTADOS MIEMBROS ORDENADORAS DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA AL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU CONSECUENCIA: LA DESREGULACIÓN

La Directiva Bolkestein, dejando ahora a un lado la incompetencia de la

⁵⁸ Apartado 80.

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

Comunidad para dictarla tal como está analizada en los epígrafes anteriores, tendría como efecto fundamental el sometimiento de aquellas condiciones que establezcan los Estados miembros para la prestación de servicios, con o sin establecimiento permanente, al respeto del principio de proporcionalidad.

A la necesidad de respetar tal principio son reconducibles las exigencias establecidas en diversos preceptos de la Directiva para aquellos requisitos que los Estados miembros establezcan para el acceso o el ejercicio de servicios, con o sin establecimiento permanente:

- a) no discriminación: que los requisitos no sean discriminatorios, ni directa ni indirectamente, en función de la nacionalidad o, por lo que se refiere a las sociedades, del domicilio social;
- b) necesidad: que los requisitos estén justificados por una razón imperiosa de interés general;
- c) proporcionalidad: que los requisitos sean adecuados para garantizar la realización del objetivo que se persigue y no vayan más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado.

Bien es verdad que se trataría de un mutilado principio de proporcionalidad ya que aparentemente no incluiría la tercera comprobación que, de acuerdo con la dogmática, lo conformaría: el control de la proporcionalidad en sentido propio que supondría la necesidad de ponderar los costes de la medida con los beneficios de la misma.

Con carácter previo a la aplicación propiamente dicha del principio de proporcionalidad y de las dos comprobaciones que lo conforman –las comprobaciones de la adecuación de la medida estatal para garantizar la realización del objetivo que se persigue y de su necesidad mediante la confirmación de que la medida estatal no va más allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo⁵⁹–, una vez descartada la aplicación de la tercera –la ponderación costes/beneficios–, es necesario examinar la legitimidad de los intereses en presencia.

Es, por tanto, necesario comprobar tanto la existencia de un interés restringido por la regulación estatal como la existencia de un interés que es pretendido con la regulación estatal y que debe ser legítimo⁶⁰.

El interés restringido por aquellas regulaciones estatales que establecen condiciones para la prestación de servicios no puede ser la libre circulación de

⁵⁹ Comprobaciones que se encuentran explicitadas en la Directiva Bolkestein en el tercer requisito enunciado de 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.

⁶⁰ A ello se refiere la Directiva con la exigencia de una razón imperiosa de interés general.

personas o bienes entre Estados miembros, pues las regulaciones estatales que establecen condiciones para la prestación de servicios que obstaculizan la libre circulación de personas o bienes entre Estados miembros –como consecuencia del efecto diferenciado que tienen sobre los bienes o personas provenientes de fuera– ya se someten al principio de proporcionalidad en virtud de los preceptos del Tratado CE que establecen las cuatro libertades comunitarias.

La Directiva Bolkestein, precisamente, somete al principio de proporcionalidad a todas aquellas regulaciones estatales que establecen condiciones para la prestación de servicios independientemente de que obstaculicen la libre circulación de personas o bienes entre Estados miembros.

Pues bien, aquellas regulaciones estatales que establecen condiciones para la prestación de servicios, sin obstaculizar la libre circulación de personas o bienes entre Estados miembros, restringen esencialmente el interés comunitario en que no se produzcan distorsiones de la competencia derivadas de la diversidad de condiciones de ejercicio de la actividad económica en el territorio comunitario generadas por la pluralidad regulatoria⁶¹.

El sometimiento de las normas de los Estados miembros que regulan las condiciones para la prestación de servicios, con o sin establecimiento permanente, al principio de proporcionalidad se justificaría en la restricción que producen tales normas estatales del interés señalado.

Determinado el interés o intereses restringidos por las normas estatales que regulan las condiciones para la prestación de servicios, es necesario determinar el interés promovido por tales normas estatales, que debe ser un interés legítimo (salud, protección del consumidor, protección del medio ambiente, orden público...). Sólo una vez que se haya considerado que el interés u objetivo que se dice promover con la regulación es legítimo, debe entrar en juego el principio de proporcionalidad⁶².

⁶¹ Interés que tiene como interés reflejo el de los operadores económicos en actuar en el mercado libres de trabas.

⁶² Recordemos que para aplicar el principio de proporcionalidad se deben realizar tres, controles o comprobaciones sucesivas con el fin de determinar la conformidad de una regulación pública con tal principio. Tales comprobaciones a realizar por el órgano judicial son consecutivas, considerándose que si no se supera una de ellas, no es necesario realizar la siguiente pues la medida ya habría vulnerado el principio de proporcionalidad.

La primera comprobación sería la verificación de la *adecuación* o idoneidad de la medida; comprobación que busca determinar que la medida restrictiva no sea inidónea, inadecuada o inútil para alcanzar el objetivo legítimo que dice perseguir.

La segunda comprobación sería la verificación de la *necesidad* de la intervención, verificación a través de la cual se busca determinar que no se imponga un sacrificio innecesario por existir alternativas menos gravosas susceptibles de satisfacer el objetivo legítimo pretendido *con igual efectividad*.

La tercera comprobación sería la verificación de la *proporcionalidad en sentido propio* que busca determinar que la medida no genere más perjuicios que beneficios al conjunto de intereses presentes. La aplicación de esta tercera comprobación se produce una vez superados los dos primeros tests o comprobaciones, por ser la medida adecuada para promover un fin legítimo y necesaria por no existir alternativas menos restrictivas que promue-

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

Principio que, de acuerdo con la Directiva Bolkestein, supondría la realización de dos comprobaciones sucesivas.

La primera comprobación sería la verificación de la *adecuación* de la medida; comprobación que busca determinar que la medida restrictiva no sea inidónea, inadecuada o inútil para alcanzar el objetivo legítimo que dice perseguir.

La segunda comprobación sería la verificación de la *necesidad* de la intervención, verificación a través de la cual se busca determinar que no se imponga un sacrificio innecesario por existir alternativas menos gravosas susceptibles de satisfacer el objetivo legítimo pretendido *con igual efectividad*.

El sometimiento a partir de la Directiva Bolkestein de las disposiciones nacionales no obstaculizadoras de la libre circulación a las comprobaciones referidas supone la comunitarización de un ámbito normativo nacional hasta ahora excluido del control del juez comunitario.

En efecto, hasta la adopción definitiva de la Directiva Bolkestein, las disposiciones de los Estados miembros que regulan las condiciones para la prestación de servicios, con o sin establecimiento permanente –y que no obstaculizan el comercio intracomunitario– se someten al control de los órganos internos nacionales tomándose como parámetro para ejercer tal control el derecho interno que es donde, por ejemplo, se garantizan los derechos fundamentales económicos frente a la acción de los poderes públicos estatales.

Así, las disposiciones estatales que regulan las condiciones para la prestación de servicios con o sin establecimiento se someten, por ejemplo, en el caso español al control de su conformidad con el artículo 38 de la Constitución que garantiza la libertad de empresa. Si se trata de normas con rango de Ley sólo el Tribunal Constitucional podrá eventualmente someter a tales normas a algo parecido al principio de proporcionalidad para determinar su conformidad con aquel derecho fundamental.

La Directiva Bolkestein supone, sin embargo, la comunitarización de un ámbito que hasta este momento no se sometía a limitaciones establecidas en el derecho comunitario, el ámbito de las disposiciones de los Estados miembros que regulan las condiciones para la prestación de servicios sin obstaculizar el comercio intracomunitario.

La comunitarización de este ámbito regulatorio tiene dos consecuencias fundamentales:

van el fin legítimo con la misma efectividad, y busca determinar si, pese a todo, la medida tiene unos costes superiores a sus beneficios. Tal comprobación supone la ponderación de los intereses en presencia con el fin de determinar cual prevalece en el caso concreto. La Directiva Bolkestein no somete a las regulaciones nacionales sobre prestación de servicios, con o sin establecimiento permanente a esta tercera comprobación por lo que puede hablarse del sometimiento de tales regulaciones a un mutilado principio de proporcionalidad. Mutilado en cuanto que no incluye la comprobación de la proporcionalidad en sentido propio.

1-La primera es el sometimiento de tales disposiciones nacionales a un nuevo parámetro para determinar su eficacia: el principio de proporcionalidad. Principio al que no quedarían sometidas las regulaciones nacionales antes de la entrada en vigor de la Directiva como consecuencia de la laxitud del escrutinio al que son sometidas las normas estatales que afectan a derechos fundamentales económicos nacionales. El nuevo parámetro establecido en la Directiva para juzgar las normas estatales, el test de proporcionalidad –aunque sea un mutilado test de proporcionalidad–, es, en la práctica, más intenso que el parámetro nacional utilizado hasta ahora para juzgar esas mismas normas, el test de razonabilidad. La Directiva en este aspecto supone una potencial desregulación del mercado.

2-La segunda es la alteración que supone en relación con los órganos jurisdiccionales encargados de controlar la conformidad de tales disposiciones nacionales con el ordenamiento jurídico, pues a partir de la entrada en vigor de la Directiva va a ser posible que los jueces y tribunales nacionales ordinarios, en aplicación del principio de primacía del derecho comunitario y como consecuencia de poder considerar que la Directiva tiene eficacia directa una vez transcurrido el plazo de transposición⁶³, sean los que sometan a las normas estatales, incluso las que tienen rango de ley, al principio de proporcionalidad establecido en la Directiva, contando para ello con la inestimable ayuda del Tribunal de Justicia vía cuestiones prejudiciales como ha ocurrido hasta ahora en el ámbito de las regulaciones estatales obstaculizadoras del comercio intracomunitario.

1-La primera consecuencia supone la utilización de un nuevo parámetro para juzgar a las normas de los Estados miembros que regulan las condiciones para la prestación de servicios, con o sin establecimiento permanente –y que no obstaculizan el comercio intracomunitario–, el principio de proporcionalidad, parámetro que es, en la práctica, más intenso que el parámetro utilizado hasta ahora para juzgar esas mismas normas.

En efecto, en el ámbito del control de las regulaciones públicas tomando como parámetro los derechos fundamentales económicos contenidos en las Constituciones nacionales se viene propugnando por parte de la doctrina y de la jurisprudencia de los diferentes Estados la necesidad de una cierta deferencia judicial hacia el legislador.

Tal deferencia se justificaría en la idea de la neutralidad económica de la Constitución que supone que en determinados casos, como es el de la determinación del modelo económico el constituyente, se habría remitido a los

⁶³ La eficacia directa de la Directiva es difícilmente discutible si se asume que el TJCE ha reconocido eficacia directa a los preceptos comunitarios que establecen las 4 libertades que, al igual que lo que ocurre con la Directiva Bolkestein, implican a la hora de concretar el reconocimiento de derechos a los particulares la aplicación del principio de proporcionalidad para excluir la existencia de una justificación de la regulación nacional.

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

poderes constituidos para que lo conformasen en cada momento⁶⁴. Bajo esta concepción sería necesario admitir una cierta deferencia por parte de los tribunales constitucionales a lo decidido por los poderes políticos a la hora de someter a control las regulaciones públicas tomando como parámetro los derechos económicos, lo que supondría una cierta renuncia práctica de aquéllos a realizar su clásica función contramayoritaria en el ámbito de protección de los derechos fundamentales económicos. Renuncia que no es total, pues se mantiene un control de razonabilidad de las regulaciones públicas, pero que sí se traduciría en la negación de la competencia de los tribunales para realizar un intenso escrutinio de las regulaciones de los poderes públicos a través de la utilización del principio de proporcionalidad⁶⁵.

El propio Tribunal de Justicia cuando de controlar la conformidad de las regulaciones realizadas por las instituciones comunitarias con los derechos fundamentales económicos comunitarios se trata, parece haber acogido esta misma concepción. En efecto, el Tribunal de Justicia se ha mostrado deferente con las instituciones comunitarias al controlar sus regulaciones adoptando como parámetro los derechos económicos que estarían reconocidos en los principios generales del Derecho Comunitario.

El Tribunal de Justicia no suele aplicar, en la práctica, la comprobación de la proporcionalidad en sentido propio, tercera comprobación que conforma

⁶⁴ La tesis de la «neutralidad económica de la Constitución» fue adoptada por el Tribunal Constitucional Alemán y supone considerar que en el texto fundamental no se habría constitucionalizado ningún modelo económico:

Para el Tribunal Constitucional Alemán «el constituyente no se ha decidido expresamente por ningún sistema económico» (Sentencia sobre la Ley de ayudas a la inversión, Investitionshilfegesetz de 20 de julio de 1954 BVerfGE 4, 7, 17). Ello supondría que la existencia de intereses y visiones políticas distintas en el ámbito económico justificaría que los tribunales encargados de realizar el control de constitucionalidad se mostrasen deferentes con lo decidido por los poderes públicos. Así para el Tribunal Constitucional Federal Alemán:

«En un Estado liberal moderno siempre existirán diferentes visiones en relación a la extensión de las políticas económicas y sociales y que medidas específicas sirven al interés público. La transacción política es probablemente inevitable en un Estado moderno que se ve forzado a intervenir en la vida social, y ello no debe ser desaprobado por razones constitucionales» Sentencia 12 BverfGE 354 (1961) sobre la privatización de Volkswagen.

Ciertamente tal y como ha señalado Aragón la tesis acerca de la neutralidad constitucional sobre el modelo económico, muy extendidas en Alemania e Italia en los años sesenta y setenta, habría sido mayoritariamente abandonada y sustituida por la idea de que tal neutralidad no puede ser absoluta puesto que la Constitución garantiza, al menos en sus líneas básicas, la economía de mercado (con limitaciones impuestas por el Estado social, claro está) impidiéndose la completa erradicación de la libertad a través de la instauración de un sistema económico totalmente intervenido por el poder público. ARAGÓN REYES, M., *Libertades Económicas y Estado Social*. McGraw-Hill. Madrid. 1995. pg. 8. Sin embargo, sí que es posible afirmar una neutralidad relativa que producirá la necesidad de otorgar un margen de apreciación al poder público.

⁶⁵ Esencialmente se produce la renuncia a la utilización de la tercera comprobación que conforma el principio de proporcionalidad, la ponderación costes/beneficios, pero incluso también se renuncia a la utilización de la comprobación de la necesidad.

el principio de proporcionalidad, para declarar la disconformidad con el ordenamiento comunitario de una medida comunitaria que afecte a un derecho fundamental económico. Pero es que incluso, el Tribunal de Justicia parece haber ido algo más lejos, pues ha llegado a afirmar que el control de conformidad de la medida con los derechos individuales económicos se debe limitar a comprobar si la medida es «manifiestamente inadecuada» para promover el objetivo pretendido⁶⁶.

Sirva de ejemplo de esta línea jurisprudencial la Sentencia *Alemania v. Consejo* de 5 de octubre de 1994⁶⁷, en la que Alemania impugna un Reglamento comunitario que restringe la capacidad de importar plátanos de países que no formen parte de la ACP (African Caribbean Pacific). Alemania considera que, al suprimir a largo plazo cuotas de mercado de los operadores que comercializaban tradicionalmente plátanos de países terceros, el Reglamento impugnado ha violado el derecho de propiedad de estos operadores y perjudica el libre ejercicio de sus actividades profesionales.

A este respecto, el Tribunal de Justicia afirmará que tanto el derecho de propiedad como el libre ejercicio de una actividad profesional forman parte de los principios generales del Derecho Comunitario. No obstante, estos derechos no constituyen prerrogativas absolutas, sino que deben tomarse en consideración en relación con su función en la sociedad. Por consiguiente, pueden imponerse restricciones al derecho de propiedad y al libre ejercicio de una actividad profesional en especial, en el marco de una organización común de mercados, siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituyan, habida cuenta del objetivo perseguido, una «intervención desmesurada (desproporcionada en la versión inglesa) e intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados»⁶⁸.

Alemania alega que el régimen de los intercambios con países terceros vulnera el principio de proporcionalidad, en la medida en que el objetivo de apoyar a los productores ACP, así como el de garantizar la renta de los productores comunitarios, podría haberse alcanzado a través de medidas que afectarían menos a la competencia y a los intereses y derechos de algunas categorías de operadores económicos. Sin embargo, a este respecto, considera el Tribunal que el legislador comunitario dispone en materia de política agrícola común de una amplia facultad de apreciación que responde a las responsabilidades políticas que los artículos 40 y 43 del Tratado le confieren. En efecto, el Tribunal de Justicia afirmará que únicamente el carácter «manifiestamente inadecuado», con respecto al objetivo que la institución competente pretende alcanzar, de una medida adoptada en este ámbito puede afectar a la legalidad de ésta.

⁶⁶ Por ejemplo en la STJCE de 13 de noviembre de 1990, C-331/88. Rec 1990, página I-4023.

⁶⁷ STJCE de 5 de octubre de 1994, C-280/93, Rec 1994 página I-04973.

⁶⁸ Apartado 78.

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

Si bien no puede descartarse que se hubieran podido considerar otros medios para alcanzar el resultado perseguido, la sentencia considera que el propio Tribunal de Justicia no puede, sin embargo, sustituir la apreciación del Consejo sobre el carácter más o menos adecuado de las medidas escogidas por el legislador comunitario, por su propia apreciación, en la medida en que no se ha aportado la prueba de que dichas medidas fueran manifiestamente inadecuadas para realizar el objetivo perseguido. El Tribunal de Justicia niega así su capacidad para comprobar la existencia de alternativas menos restrictivas, segunda comprobación que conformaba el principio de proporcionalidad.

En la misma línea se pronuncia el Tribunal de Justicia en la Sentencia *Reino Unido v. Consejo*, de 12 de noviembre de 1996⁶⁹, donde el Reino Unido solicitaba la anulación de la Directiva 93/104/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo y que se había aprobado tomando como fundamento el artículo 118 A, que permite al Consejo la adopción de Directivas para promover «la seguridad y la salud de los trabajadores». El Reino Unido solicitaba que se anulasen las medidas referentes, en particular, a la duración semanal del tiempo de trabajo, las vacaciones anuales retribuidas y los períodos de descanso por considerarlas contrarias al principio de proporcionalidad ya que el nivel de protección de la seguridad y la salud de los trabajadores, que establece la directiva, puede alcanzarse con medidas menos restrictivas y que impliquen menos obstáculos para la competitividad de la industria y la capacidad de lucro de los particulares. En cierta manera, se está resolviendo si una regulación que limita la jornada laboral restringe la libertad de empresa y de contratación de los operadores económicos de manera desproporcionada.

El Tribunal de Justicia considerará que para determinar si una disposición del Derecho comunitario está de acuerdo con el principio de proporcionalidad, es necesario verificar si los medios elegidos son aptos para la realización del objetivo pretendido y si no van más allá de lo que es necesario para lograrlo. No refiriéndose en ningún momento a si una vez superados los pasos anteriores se debe realizar una ponderación de los costes con los beneficios.

Respecto al control jurisdiccional de los requisitos explicitados, el Tribunal de Justicia considera que debe reconocerse, sin embargo, al Consejo una amplia facultad de apreciación, por tratarse de un ámbito que implica que el legislador se pronuncie sobre opciones de política social y realice valoraciones complejas. Por consiguiente, el control jurisdiccional del ejercicio de dicha competencia debe limitarse a examinar si adolece de un error manifiesto o de desviación de poder o si la referida institución se ha extralimitado claramente en su facultad de apreciación⁷⁰.

⁶⁹ STJCE de 12 de noviembre de 1996, C-84/94. Rec 1996 página I-05755.

⁷⁰ Sólo se anuló la fijación del día de descanso en domingo porque el Consejo no logró explicar por qué el domingo, como día de descanso semanal, tiene una relación más importante con la salud y la seguridad de los trabajadores que otro día de la semana.

Es, por tanto, posible afirmar que el Tribunal de Justicia, en cierta manera ha acogido la doctrina de la neutralidad económica del Tratado, en cuanto otorga a los poderes comunitarios un margen de apreciación a la hora de afectar a los derechos fundamentales económicos contenidos en los principios generales del derecho comunitario⁷¹.

Ciertamente, al realizar el control de las regulaciones comunitarias tomando como parámetro los derechos fundamentales económicos el Tribunal de Justicia afirma aplicar el principio de proporcionalidad pero del análisis de los casos concretos se desprende que no realiza una estricta aplicación de las comprobaciones que lo conforman siendo el escrutinio que realiza el Tribunal en la práctica bastante parecido al escrutinio que realizan los tribunales constitucionales nacionales al adoptar como parámetro los derechos fundamentales económicos, un mero test de razonabilidad.

El hecho de que la Directiva Bolkestein –como consecuencia de haber incluido como comprobación a realizar por el juez comunitario que los requisitos para acceder o ejercer un servicio establecidos por las regulaciones nacionales no vayan más allá de lo necesario para conseguir un objetivo legítimo y que no se puedan sustituir por otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado– pudiese ser interpretada como estableciendo un escrutinio más intenso que el tradicional escrutinio que imponen las Constituciones nacionales sobre las regulaciones económicas nacionales, o incluso estableciendo un escrutinio más intenso que el escrutinio que se impone por el Tribunal de Justicia sobre las regulaciones económicas comunitarias, supondría un cambio de envergadura en la línea de una mayor garantía de la libertad de empresa frente a las regulaciones públicas⁷².

Pero ello se hizo por considerar al Consejo incompetente tomando como base el artículo 118 para determinar el día y no por considerar tal decisión desproporcionada.

⁷¹ Recordemos que tal neutralidad no puede ser absoluta puesto que el Tratado garantiza la economía de mercado. Ver ARAGÓN REYES, M., *Libertades Económicas y Estado Social*. McGraw-Hill. Madrid. 1995. Sin embargo, sí que es posible afirmar una neutralidad relativa que producirá la necesidad de otorgar un margen de apreciación al poder público que impediría la aplicación de la ponderación costes/beneficios y quizás una comprobación más laxa de la necesidad de la medida.

⁷² Desde la segunda mitad del siglo XX un sector doctrinal viene poniendo en cuestión que la deferencia al poder legislativo en el ámbito económico sea lo más apropiado. Tal doctrina científica se muestra escéptica acerca de la posibilidad de que exista realmente un interés público detrás de las regulaciones del poder público. Tal doctrina, encuadrable en la denominada teoría de la elección pública o Public Choice Theory, utiliza el análisis económico para comprender las decisiones políticas. Una de las ideas esenciales sobre las que se fundamentan los trabajos de la teoría de la elección pública es el concepto de *homo economicus* que sostiene que los individuos tanto en el campo económico como en el político actúan para maximizar su beneficio. La idea es comprender y explicar los resultados legislativos y administrativos teniendo en cuenta el comportamiento racional de aquellos presentes en toda decisión legislativa y administrativa ya sean los votantes, los políticos o los miembros de la Administración. «El análisis de la elección pública sería a los gobiernos lo que es el análisis económico a los mercados. En ambos casos los resultados serán el reflejo de elecciones individuales y de las estructuras de incentivos que in-

¿QUO VADIS, BOLKESTEIN? ¿ARMONIZACIÓN O MERA DESREGULACIÓN...?

El riesgo de desregulación que tal interpretación conllevaría, únicamente podría ser sorteado en el caso de que se realizase por el Tribunal de Justicia una interpretación del principio de proporcionalidad establecido en la Directiva Bolkestein en la línea de la interpretación que realiza a la hora de controlar las regulaciones económicas comunitarias, desechando así una aplicación estricta del principio y realizando un mero test de «manifiesta inadecuación».

2-La segunda consecuencia de la Directiva Bolkestein es que los jueces nacionales actuando como jueces comunitarios puedan controlar el sometimiento de las normas estatales, incluidas las normas con rango de ley, al principio de proporcionalidad establecido en la Directiva. Lo que puede suponer una mayor facilidad para que se produzca la desregulación del mercado como consecuencia del sometimiento general de las normas estatales a un intenso escrutinio por parte de todos los jueces a la hora de admitir su justificación.

Ciertamente, el Tribunal de Justicia podría tratar de poner coto a una interpretación excesivamente desreguladora de la Directiva por los jueces nacionales a través de la interpretación de la misma que realice vía cuestiones prejudiciales de interpretación.

Sea como fuere, se hace necesario reiterar que la cuestión jurídica fundamental que plantea la Directiva Bolkestein no es tanto si la Directiva acaba con la histórica deferencia jurisdiccional a la hora de controlar las regulaciones económicas de los poderes públicos estatales que no obstaculizan el comercio intracomunitario pero que distorsionan la competencia, que es ciertamente una cuestión política de primer orden, sino la aparente falta de base jurídica de la Comunidad para dictarla, tal y como está, como consecuencia de ser una norma que no suprime las distorsiones de la competencia generadas por la diversidad regulatoria, lo que supone que no se pueda fundamentar en una competencia de armonización. La Comunidad Euro-

fluencian tales elecciones». Ello les lleva a rechazar uno de los principios asumidos tradicionalmente por la ciencia política y es el de que los gobernantes actúan para promover el bien común o el interés público GWARTNEY, J. D. & WAGNER, R. E., «Public Choice and the Conduct of Representative Government» en «Public Choice and Constitutional Economics». JAI Press. 1988. pag 7.

La teoría de la elección pública supone un reto fundamental a la teoría que propugna una amplia deferencia al legislativo en la adopción de regulaciones económicas. La autorrestricción judicial no es reconciliable con los fundamentos de la teoría de la elección pública que consideran que las decisiones políticas nada tienen que ver con la promoción del interés público. La solución frente al «saqueo» de los derechos económicos radicaría en el establecimiento de estrictas limitaciones sustantivas diseñadas para restringir los poderes del legislativo y garantizar la libertad de empresa o el derecho de propiedad. Correspondería a los órganos jurisdiccionales garantizar tales límites sustantivos.

La doctrina de la elección pública propugnaría la defensa de los derechos fundamentales económicos como labor esencial de los tribunales frente a los abusos de las mayorías. GWARTNEY, J. D. & WAGNER, R. E., «Public Choice and the Conduct of Representative Government» en «Public Choice and Constitutional Economics». JAI Press. 1988. pag. 37.

TOMÁS DE LA QUADRA-SALCEDO JANINI

pea únicamente podrá desregular en el supuesto de que simultáneamente armonice las disposiciones de los Estados miembros, y, por tanto, suprima efectivamente los obstáculos justificados al comercio intracomunitario o las distorsiones sensibles de la competencia generadas por la pluralidad regulatoria.