
Cuestiones jurídicas sobre la aplicación de la Directiva de servicios

Eduard Paricio Rallo

Magistrado

1. Planteamiento general

- 1.1. Contenido de la Directiva
- 1.2. La adaptación prevista
- 1.3. La posición municipal

2. Alguna precisión sobre el alcance de la Directiva

- 2.1. El concepto de servicios
- 2.2. Sectores excluidos
- 2.3. Concepto de restricción
- 2.4. Razones imperiosas de interés general

3. Servicio público y servicio de interés general

- 3.1. El planteamiento de la Directiva de servicios y del Proyecto de ley
- 3.2. La clasificación según el ordenamiento español. Dificultades de encaje
- 3.3. Conclusiones

4. Afectación de la Directiva a la gestión del dominio público

5. La adaptación del marco jurídico general

6. Conclusiones generales

Anexo. Jurisprudencia

1. Planteamiento general

1.1. Contenido de la Directiva

Uno de los principios que fundamentan el ordenamiento de la Unión Europea es la libertad de establecimiento de los ciudadanos europeos, libertad que es indispensable para hacer efectivo el principio estructural de libre competencia. En efecto, los artículos 49 y 56 TFUE prohíben las restricciones a la apertura de agencias o sucursales, o al establecimiento de actividades económicas, y proclaman la libertad de prestación de servicios de los nacionales de un Estado miembro en el territorio de los otros estados.

Inicialmente, los anteriores principios de libre competencia y libertad de establecimiento se formulan por oposición a las discriminaciones entre nacionales de estados diferentes. La libertad de establecimiento

no impone necesariamente el desarme general de las administraciones públicas con respecto a los controles y a las autorizaciones, sino sencillamente el trato igualitario a los nacionales de los diversos estados; esto es, la proscripción de las restricciones discriminatorias. En definitiva, se trata de respetar la libre competencia, y este principio, junto con la libertad de establecimiento, quedan garantizados si el régimen de controles y restricciones se aplica de forma igual a todos los competidores en un mercado económico determinado; o sea, si se evitan las desventajas competitivas.

Por otra parte, el principio de libre competencia no impone tampoco la necesaria apertura de todos los mercados a la libertad de empresa y a la iniciativa privada. El Tratado parte, en este sentido, de la neutralidad de la Unión Europea en relación a los servicios públicos de los estados miembros y el respeto a las consecuencias que su establecimiento comporta, en el sentido de limitar la libertad de empresa o, sencillamente, cerrar

un sector económico a la iniciativa privada (apartado 8 de la exposición de motivos de la Directiva 2006/123). Este es, hoy por hoy, un principio general de la Unión, aunque haya tenido algunas excepciones a partir de la prohibición de determinados monopolios estatales, y en una línea de progresiva liberalización de sectores económicos tradicionalmente ocupados o intervenidos por la iniciativa pública. Así ha sucedido con los servicios postales o las telecomunicaciones, por ejemplo. En este contexto se enmarca la Directiva 2006/123 de servicios en el mercado interior, Directiva que tiene el objetivo inicial de hacer efectiva la libertad de establecimiento y de prestación de servicios en los términos expresados. Pero la Directiva va más allá y se plantea, asimismo, un desarme de las administraciones públicas en su actividad de intervención y control de las actividades privadas (EM 43).

De esta forma, nos encontramos ante una nueva revolución en la actividad de las administraciones públicas, después del impacto que el Derecho comunitario ha tenido ya en materia de contratación pública, también en el ámbito de la actividad de fomento y subvención de actividades productivas, o en la misma configuración del sector público. Ahora, el ordenamiento comunitario se proyecta sobre la actividad de intervención y de policía de las administraciones públicas, que era un sector hasta ahora esencialmente libre del Derecho comunitario. Ciertamente, la tradición mediterránea se ha caracterizado por un uso sumamente intensivo de algunas técnicas de intervención, especialmente la autorización administrativa, que ha operado como instrumento de clientelización en las relaciones de los poderes públicos con los ciudadanos. Tradición que contrasta con la anglosajona, menos intervencionista y más propensa a la libertad del individuo ante el Estado.

Ahora bien, como se verá, la intervención intensiva de la Administración, a partir de la sumisión de la actividad privada a una previa autorización, comporta algunas ventajas, como la mayor garantía que debe esperarse de la función que asume la Administración con respecto a la verificación de las actividades particulares y la correlativa posición de responsabilidad que toma frente a los ciudadanos, eventualmente afectados por aquellas actividades.

Sea como sea, en diciembre del año 2006 se aprobó la Directiva de servicios, que impone los siguientes efectos generales:

1.– La eliminación de autorizaciones y otros filtros previos a las actividades de los particulares, como la

imposición de garantías, la obligación de registro previo de la actividad, la necesidad de esperar una confirmación de recepción de la comunicación previa, etc.

Las autorizaciones solo son posibles cuando queden justificadas indispensablemente por razones imperiosas de interés general.

La limitación del número de autorizaciones solo es posible en casos de escasez de recursos naturales o capacidad técnica. La adjudicación de estas autorizaciones queda referida estrictamente a un procedimiento que asegure la libre competencia, la transparencia y la imparcialidad, y no tiene por qué tener una duración excesiva.

La regla general es el silencio positivo, situación que no nos es extraña, ya que esta ha sido siempre la regla en el ámbito local.

2.– La clarificación y simplificación de los procedimientos, con el fin de eliminar retrasos, costes y restricciones. Esta obligación comporta, en primer lugar, la eliminación de trámites que no sean indispensables, o su aligeramiento, y, en segundo lugar, la determinación clara de los requerimientos necesarios para cada procedimiento relativo a la instalación o prestación de servicios. Estos requerimientos tienen que estar plenamente justificados en razones de interés general. Por otra parte, no se puede exigir el cumplimiento de requerimientos ya acreditados en otros países miembros.

Otra imposición referida a los procedimientos es la tramitación por medios electrónicos.

3.– Ventanilla única. La Directiva impone un único interlocutor para realizar todos los procedimientos y trámites, aunque este mandato no tiene que afectar a la distribución de competencias.

La ventanilla única tiene que facilitar información sobre las autoridades competentes y sobre los requerimientos necesarios para el establecimiento y la prestación de los servicios, tiene que permitir la presentación de los documentos y de las solicitudes correspondientes, tiene que facilitar la información sobre las resoluciones adoptadas, y también tiene que suministrar a los usuarios la información correspondiente a los prestadores de servicios que estén operando y los servicios que prestan, permitiendo al mismo tiempo presentar reclamaciones.

Parece inicialmente que la ventanilla única la promoverá el Estado en un portal nacional, portal al que los ayuntamientos tendrán que añadir la información sobre las competencias que les afectan. El MAP está emprendiendo una prueba piloto en este sentido. Sin

embargo, el Anteproyecto de ley *ómnibus* incluye una modificación de la Ley de bases del régimen local, atribuyendo puntualmente a los municipios la obligación de informar y tramitar el establecimiento de servicios a través de ventanilla única electrónica, deduciéndose inicialmente que se trata de una ventanilla municipal electrónica para informar y tramitar el establecimiento de servicios.

1.2. La adaptación prevista

Todos los poderes públicos quedan vinculados directamente por la normativa europea, de forma que la aplicación de la Directiva la tiene que asumir y la tiene que llevar a cabo cada nivel de gobierno, en aquello que afecte a sus respectivas competencias. No obstante, el responsable de la transposición ante la Comisión Europea es el Estado español, y es el Estado quien asume el impulso de la transposición.

La Directiva impone la obligación de revisar sistemáticamente la normativa con el fin de evaluar todas las previsiones que afecten al establecimiento y la prestación de servicios, las autorizaciones existentes hoy por hoy, y los procedimientos y los requerimientos o imposiciones que afecten a la apertura o encauzamiento de actividades. El resultado de este análisis se tiene que comunicar a la Comisión Europea antes del 28 de diciembre, y posteriormente se inicia una fase de evaluación recíproca entre los estados miembros.

El Consejo de Ministros ha aprobado recientemente el Proyecto de ley de libre acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio, proyecto destinado a ser una primera norma de transposición. Este proyecto introduce un nuevo régimen jurídico general y básico referido a la instalación de actividades, con el objetivo central de eliminar las autorizaciones y los requerimientos no compatibles con la Directiva y simplificar los procedimientos. El Proyecto de ley aborda también las demás exigencias de la Directiva, estableciendo un sistema de información y las previsiones correspondientes a la ventana única para la tramitación de procedimientos. Al mismo tiempo, el Gobierno prepara un segundo Proyecto de ley, que tendrá que modificar las leyes sectoriales afectadas, en concreto un total de 46 leyes.

Estos proyectos de ley introducen la regla general de libertad de establecimiento y de prestación de servicios, limitando drásticamente autorizaciones y restricciones a la instalación y al funcionamiento de

actividades. Restricciones que pasan a ser una excepción, admisible únicamente cuando una razón imperiosa de interés general lo justifique y no exista posibilidad de una intervención más ligera, como la mera comunicación.

Al mismo tiempo, la Generalidad de Cataluña tiene previsto, en aquello que afecta a su ámbito de responsabilidades, la elaboración de una normativa con una finalidad similar. No se conoce todavía el contenido de esta futura legislación, pero el caso es que tendrá que abordar la modificación de la normativa sobre régimen local y la normativa sectorial que incide más directamente en el ejercicio de las competencias municipales.

Paralelamente a la adaptación normativa, se está efectuando en los dos ámbitos una tarea de identificación y evaluación de los actuales requerimientos y procedimientos. Para dar idea de la trascendencia de este proceso, se puede decir que, en el ámbito del Estado, se han identificado 7.000 casos, con 22 leyes sectoriales y 360 decretos afectados por la Directiva. Al mismo tiempo, en el ámbito de las comunidades autónomas, la afectación llega a 500 leyes y 1.700 decretos autonómicos.

El caso es que la transposición de la Directiva no es una cuestión neutra. Hay muchas formas de afrontar la aplicación de la Directiva en el ámbito interno. La trascendencia material de la transposición puede ser muy variable, desde una adaptación que comporte bien pocas modificaciones de la situación actual, hasta una auténtica revolución liberalizadora. La misma ambigüedad característica de la normativa europea y la introducción de fuertes precauciones con respecto a sus mandatos, permiten interpretaciones que minimicen significativamente el impacto material de esta.

En este contexto, la intención que apuntan tanto el Estado como la Generalidad de Cataluña es la de aprovechar la ocasión para dar la máxima proyección al impulso liberalizador, impulso que se identifica como un estímulo a la economía. Es posible que el levantamiento de trabas burocráticas no acabe siendo una panacea para la creación de riqueza ni un incentivo a la competencia, en el sentido de que una simplificación burocrática no tiene que aumentar los competidores ni modificar el equilibrio competitivo, al menos significativamente; tan solo hará más sencillos la entrada y el mantenimiento en el mercado, pero no necesariamente mejorará la competencia.

Hay que hacer notar, al mismo tiempo, que, detrás de la política comunitaria, en general, y específicamente detrás de la libre competencia, en particular, no solo existe una razón material sólida como la generación de un mercado económico único. La liberalización y el desarme de las administraciones en sus potestades de intervención representan, desde el punto de vista ideológico, el triunfo de un modelo sajón o nórdico sobre un modelo mediterráneo. Modelo este caracterizado por una idea adelantada del servicio público, y también por una actividad de control sobre la actividad privada probablemente exagerada.

1.3. La posición municipal

Las entidades locales, por su parte, deberán promover también el proceso de identificación, de evaluación y de modificación de las restricciones existentes. Proceso que se tendría que referir, en principio, a los requerimientos y a los procedimientos derivados de la normativa o de los protocolos de actuación propios de cada entidad, esto es, los que son imposición instaurada de nuevo por la misma entidad, no necesariamente los que se derivan de la normativa del Estado o de la Generalidad, que en principio corresponde evaluar al nivel de gobierno correspondiente.

Este proceso de evaluación y reforma se debería finalizar antes del 26 de diciembre de este año. En este sentido, la disposición adicional 4.^a del Proyecto de ley mencionado dispone que las entidades locales tienen que remitir las nuevas disposiciones adoptadas en este proceso de evaluación y reforma al Ministerio de Asuntos Exteriores, para su remisión a la Comunidad Europea.

Claro está que la adaptación municipal queda directísimamente condicionada por los planteamientos y por las modificaciones legislativas que tienen que finalizar el Estado y la Comunidad Autónoma en las materias de su respectiva competencia, especialmente si se tiene en cuenta que la liberalización irá probablemente más lejos de lo que impone la Directiva.

Por lo tanto, e independientemente de la necesidad de ir adelantando trabajo, habrá que esperar a la publicación de la normativa estatal y autonómica, normativa que, bien probablemente, no saldrá hasta el último suspiro del plazo de transposición, que era de tres años. Ahora bien, hay que tener en cuenta, al mismo tiempo, que, en primer lugar, los retrasos en la

transposición de directivas no suelen comportar ninguna consecuencia más allá de la aplicabilidad directa de estas. En segundo lugar, la responsabilidad de la transposición la tiene el Estado ante la Unión Europea, y aunque la disposición final 4.^a del Proyecto de ley de libre acceso prevé la compensación de las multas eventualmente impuestas al Estado español por la Unión Europea a consecuencia del retraso, con bien poca legitimación el Estado podría repetir esta responsabilidad a los entes locales cuando ha agotado prácticamente el plazo de transposición sin dictar la normativa que tiene que enmarcar la actuación municipal.

2. Alguna precisión sobre el alcance de la Directiva

2.1. El concepto de servicios

El concepto de servicios que utiliza la Directiva es amplio, y se refiere tanto al sector de los servicios propiamente dicho como también a las actividades industriales y agrícolas.

El artículo 57 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea define su ámbito de aplicación en el siguiente sentido:

“Con arreglo a los Tratados, se considerarán como servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración, en la medida en que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas.

“Los servicios comprenderán, en particular:

“a) actividades de carácter industrial;

“b) actividades de carácter mercantil;

“c) actividades artesanales;

“d) actividades propias de las profesiones liberales.”

Esta misma concepción, sumamente amplia, se pone de manifiesto en el apartado 33 de la exposición de motivos de la Directiva, y también en el artículo 2.1 del Proyecto de ley de libre acceso.

2.2. Sectores excluidos

La Directiva excluye algunos sectores económicos específicos, sectores que, por lo tanto, pueden quedar en la misma situación en que se encuentran ahora.

En aquello que afecta más directamente al ámbito de actuación local, se puede destacar la exclusión

del sector del transporte, particularmente los taxis; los servicios audiovisuales, incluidas las salas de cine; el juego; los servicios que suponen el ejercicio de autoridad pública, o los servicios sociales prestados directamente por la Administración o por acuerdo o convenio con esta.

Al margen de estas exclusiones sectoriales, la Directiva contiene otras dos cláusulas de exclusión que son relevantes. La una, referida a los servicios de interés general, exclusión que más adelante se analizará. La otra es la aludida en el apartado 35 de la exposición de motivos, en los términos siguientes: "Las actividades de deporte aficionado no lucrativas revisten una importancia social considerable. A menudo persiguen objetivos enteramente sociales o recreativos. Por consiguiente, no pueden constituir actividades económicas en el sentido de la legislación comunitaria y deben quedar fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva."

El anterior planteamiento abre la puerta a la posibilidad de extender eventualmente la exclusión a otras actividades en que los objetivos sociales y recreativos sean preponderantes.

Ahora bien, una cosa es que haya sectores de actividad excluidos, y otra cosa es que la exclusión sea interpretada de forma absoluta. Es decir, la cuestión es si la exclusión de actividades como servicios bancarios, seguridad privada o juego, se refiere exclusivamente a las restricciones específicamente referidas a este sentido de la autorización o la restricción sectorial correspondiente, o la exclusión permite mantener también los controles generales que no son específicos de la actividad en cuestión, como la licencia municipal de actividades.

2.3. Concepto de restricción

Según se ha dicho, el Tratado de la Unión Europea formula un modelo de liberalización de los servicios prestados por particulares. El Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea lo ha expresado en los siguientes términos: "22.— Los artículos 52 y 59 del Tratado exigen, respectivamente, la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. Deben considerarse como tales restricciones todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dichas libertades." (TJCE, sentencia de 15 de enero de 2002, asunto núm. C-439/99).

En consecuencia, la implantación del modelo comporta desde el principio la reducción de cualquier tipo de restricción aplicada a la apertura o a la prestación de servicios, en lo que afecta desde las prohibiciones o limitaciones establecidas de forma normativa, hasta los actos singulares de control o fiscalización. En este sentido, la Directiva se refiere en principio a los requerimientos en general, tanto en el apartado 69 de la exposición de motivos, como en el artículo 4.7., que define los requisitos que son objeto de la Directiva en el siguiente sentido:

"7. Requisito: cualquier obligación, prohibición, condición o límite previstos en las disposiciones legales, reglamentarias o administrativas de los Estados miembros o derivados de la jurisprudencia, de las prácticas administrativas, de las normas de los colegios profesionales o de las normas colectivas de asociaciones o de organismos profesionales y adoptados en ejercicio de su autonomía jurídica; las normas derivadas de convenios colectivos negociados por los interlocutores sociales no se considerarán requisitos a efectos de la presente Directiva."

No obstante, si bien la Directiva alude inicialmente a los requerimientos en general, el caso es que se centra específicamente en las autorizaciones (DS, artículo 9), y no tanto en otras formas de intervención que puedan comportar restricciones, desde la pura y simple prohibición de la actividad o del servicio a las restricciones parciales u otros mecanismos disuasorios. El Proyecto de ley de libre acceso centra, asimismo, la cuestión en las autorizaciones (artículos 5 y 7), aunque también incorpora algunas previsiones sobre otras restricciones o limitaciones diferentes. Así, el artículo 10 se refiere a las prohibiciones discriminatorias, y los artículos 9 y 11 limitan otras restricciones diferentes a la autorización previa.

Con todo, el objeto esencial de la Directiva y de la normativa de transposición son las autorizaciones.

La exposición de motivos (EM 39) incorpora un concepto amplio de autorización en el sentido de incluir todas las técnicas que comportan la necesidad de un acto o una toma de conocimiento específica de la Administración: "El concepto de 'régimen de autorización' debe abarcar, entre otros, los procedimientos administrativos mediante los cuales se conceden autorizaciones, licencias, homologaciones o concesiones, pero también la obligación, para poder ejercer una actividad, de estar inscrito en un colegio profesional o en un registro, en una lista oficial o en una base de datos, de estar

concertado con un organismo o de obtener un carné profesional. La concesión de una autorización puede ser resultado no solo de una decisión formal, sino también de una decisión implícita derivada, por ejemplo, del silencio administrativo de la autoridad competente o del hecho de que el interesado deba esperar el acuse de recibo de una declaración para iniciar la actividad en cuestión o para ejercerla legalmente.”

–Se trata por encima de todo de limitar los filtros previos al establecimiento de actividades, no tanto otras formas de control, de manera que solo se podrán mantener las autorizaciones que se corresponden con supuestos en los que no sería eficaz el control a posteriori o se generaría un peligro o un riesgo (DSEM 54).

Aparte de la depuración de autorizaciones, la Directiva incluye también la evaluación y depuración de otras restricciones, como comprobaciones, inspecciones e investigaciones desproporcionadas (DSEM 110).

Sin duda que el Proyecto de ley va más allá que la Directiva en la limitación de autorizaciones, ya que esta admite todas las que resulten justificadas, mientras que el Proyecto de ley impone, además, su excepcionalidad. De esta forma se cuestiona la posibilidad de que se mantenga un régimen generalizado de autorizaciones, aunque las mismas pudieran encontrar justificación. Por otra parte, se establece, en todo caso, una reserva de ley para las autorizaciones que sobrevivan (artículo 5.1):

“Artículo 5. Regímenes de autorización.

“1. La normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o del ejercicio de la misma no podrá imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo excepcionalmente y siempre que concurran las siguientes condiciones, que habrán de motivarse suficientemente en la ley que establezca dicho régimen.”

–La Directiva se aplica solo a los requerimientos que afecten al acceso a una actividad o servicio (EMDS 9), de forma que no afecta a las otras restricciones, aunque sean instrumentalmente necesarias para ejercer la actividad. Así sucede, por ejemplo, con la autorización de conducir u otras autorizaciones que deriven de las normas relativas a ordenación del territorio, urbanismo u ordenación rural.

Este planteamiento excluye inicialmente a las licencias urbanísticas. Otra cosa es si las licencias urbanísticas de uso pueden sobrevivir, dado que se refieren específicamente al establecimiento de actividades. En este caso, habría que justificar que su funcionalidad, ligada al cumplimiento del planeamiento y de la

normativa urbanística, no se puede garantizar por otros medios menos restrictivos. De momento, hay que remarcar que el Anteproyecto de ley *ómnibus* no hace ninguna referencia a la normativa urbanística, aunque esta es una materia que, inicialmente, entra en la competencia de las comunidades autónomas, de forma que el impacto de la Directiva en las licencias urbanísticas no está todavía definido.

Ahora bien, en materia de planeamiento urbanístico, sí que pueden quedar inicialmente afectadas las restricciones que no estén formuladas en términos generales, sino que regulen específicamente el establecimiento de determinados servicios, por ejemplo, la imposición de distancias o de una superficie mínima a algún tipo específico de establecimiento. La limitación del número de establecimientos queda limitada al supuesto de escasez de recursos naturales o físicos, o de limitación de la capacidad técnica a utilizar en el desarrollo de la actividad (PLLA, artículo 8.1). Es posible defender el mantenimiento de limitaciones de estas características al planeamiento, ya que los límites de densidad en determinadas actividades pueden tener una justificación urbanística, para evitar clusters o ghettos urbanos (prostitución), o molestias por concentración (bares). Ahora bien, la presencia de una limitación geográfica del número de actividades admisible en una zona, y, al mismo tiempo, la sumisión a licencia de estas actividades, producen una situación difícil, ya que, en esta situación, las autorizaciones –las licencias urbanísticas de uso– deberían ser temporales y concedidas en licitación pública, según imponen inexorablemente el artículo 12 de la Directiva y el artículo 8 del Proyecto de ley de libre acceso.

–No quedan afectados los tributos. Ahora bien, sí que queda afectada la imposición de tarifas fijas a prestadores de servicios (DSEM 73; DS artículo 15.2.g/; PLLA artículos 2.3 y 11.g/). Eso significa que, inicialmente, no quedan afectadas las tasas (DS artículo 2.3), aunque sí pueden quedar afectadas las tarifas, y también los precios públicos, si se aplica el concepto técnico de tributo. En consecuencia, el cobro de tasas por instalación o mantenimiento de actividades no queda afectado, ni tampoco la imposición de un precio de prestación del servicio si este se configura como una tasa, no si se configura de otra forma.

–La exigencia de un seguro al prestador del servicio no entra en el concepto de restricción a cuestionar en el proceso de aplicación de la Directiva (EMDS 98, DS artículos 14.7 y 23). La Directiva incluye un tratamiento

relativamente abierto para la imposición de seguros a los prestadores de servicios, pero el Proyecto de ley de libre acceso introduce una reserva de ley en este sentido (artículo 21).

–Limitación del número de licencias. Como ya se ha adelantado, en caso de limitación de recursos naturales o físicos, o limitaciones de las capacidades técnicas, se puede limitar el número de licencias. En este caso, resulta obligado un proceso abierto de selección con el fin de garantizar en la medida en que se pueda la libre competencia. También hay que limitar la duración de la autorización al plazo necesario para amortizar la inversión y una remuneración equitativa del capital –aunque, en este punto, el Proyecto de ley no es tan concreto–. Eso, sin perjuicio de que también sean aplicables los restantes aspectos de la Directiva (DSEM 62; DS, artículo 12; PLLA, artículo 8). Hay que revisar, al mismo tiempo, las limitaciones de establecimiento de carácter cuantitativo o territorial (DS, artículo 15.2.a; PLLA, artículo 11.a); esto es, la imposición de un número máximo de establecimientos o una densidad determinada, aunque, como ya se ha dicho, se puede argumentar una justificación de estas previsiones en el marco de la ordenación urbanística. El Proyecto de ley va más allá de la Directiva, al impedir el establecimiento de limitaciones temporales no solo con respecto a las autorizaciones (DS, artículo 11), sino también con respecto a las meras comunicaciones y declaraciones responsables (PLLA, artículo 7).

–Hay que hacer una consideración específica a propósito de la declaración de recepción obligatoria de los servicios locales por parte de los usuarios. Esta posibilidad, que prevé el artículo 155 del Reglamento de obras y servicios, no comporta una restricción directa sobre los servicios prestados por particulares que puedan competir con la Administración, pero sí puede constituir una medida de efecto equivalente, al imponer obligatoriamente al usuario una opción determinada, de forma que se trata de una posibilidad cuestionable en sectores en que la Administración no opera monopolísticamente.

–En línea con la eliminación de restricciones y la liberalización, está la imposición del silencio positivo en los procedimientos relativos al establecimiento y ejercicio de servicios. Este es un planteamiento ya asumido primeramente en el ámbito de las licencias locales, tanto urbanísticas como de actividades. La cuestión es en qué medida esta previsión permite mantener los actuales supuestos de silencio negativo, como en el caso

de que la licencia presunta comporte la adquisición de facultades relativas al dominio público o al servicio público (artículo 43 L 30/92 y artículo 81 ROAS), o el supuesto de la licencia *contra legem* (esto es, la que otorgaría facultades o derechos contrarios al ordenamiento jurídico en general (artículo 32.4 L 3/98), o la falta de informes determinantes (artículo 82.2 ROAS).

La Directiva de servicios solo admite restricciones al silencio positivo por razones imperiosas de interés general o para la protección de intereses de terceros (DS artículo 13.4).

Pues bien, el Proyecto de ley de libre acceso impone el silencio positivo, aunque admite los supuestos de silencio negativo establecidos hasta ahora, siempre que se trate de excepciones previstas en una norma con rango de ley, y, aparte, se justifiquen en razones imperiosas de interés general (artículo 6). En consecuencia, habrá que revisar los supuestos actuales de silencio negativo, particularmente los supuestos singulares que establece la normativa sectorial. Se puede cuestionar, en este sentido, la regla general de silencio negativo en caso de procedimiento de impugnación de actos y disposiciones, y quizás también la excepción relativa a los supuestos en que el silencio positivo tenga que transferir al particular facultades relativas al servicio público o al dominio público, ya que quizás es discutible que haya razones imperiosas de interés general que justifiquen estos supuestos de silencio negativo. Sin duda que el Proyecto de ley no afronta estas cuestiones como haría falta, sino que las despacha prácticamente con una mera reproducción de la Directiva. En la misma línea, el Anteproyecto de ley *ómnibus* se limita a reproducir los actuales supuestos generales de silencio negativo, tal como ahora están formulados, en la normativa general, y a dar por buenos los otros supuestos puntuales si han sido establecidos por norma con rango de ley (artículo 2.1 y disposición transitoria 2.ª del Anteproyecto de ley de modificación).

2.4. Razones imperiosas de interés general

En los sectores o actividades incluidos en la Directiva se podrán mantener las restricciones –singularmente, las autorizaciones– cuando exista una razón imperiosa de interés general que lo justifique, con la condición de que la restricción superviviente no podrá ser discriminatoria y deberá ser proporcionada, de forma que no pueda lograrse el mismo fin mediante una res-

tricción menor como la mera comunicación (DS EM 54, 56; TJCE Sala 2.^a, sentencia de 2 de octubre de 2008, Rec. núm. C-360/2006).

La Directiva se remite inicialmente a las razones de imperiosa necesidad que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha ido estableciendo hasta ahora. En este sentido, se acepta expresamente un listado de razones concretas que, en lo que afecta más directamente a la actividad local, incluye las siguientes (DS, artículo 4.5 y PLLA, artículo 3.11):

Orden público; seguridad pública y protección civil; salud pública; política social; protección de consumidores y usuarios; prevención de fraudes; bienestar animal; prevención de la competencia desleal; protección del medio ambiente y entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural; seguridad vial; política cultural; garantía de un alto nivel de educación; fomento de la lengua; patrimonio nacional, histórico y artístico.

Como se puede ver, el listado incluye las razones de protección del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, de forma que las licencias urbanísticas pueden quedar salvadas. También se admite la razón basada en la protección del medio ambiente, de forma que también las licencias y comunicaciones medioambientales –las tradicionales licencias de actividades– pueden quedar inicialmente fuera de la Directiva, aunque habrá que atenerse a la adaptación normativa que haga la Comunidad Autónoma, adaptación que, según se ha anunciado, quiere ir mucho más allá en el movimiento liberalizador de lo que impone la Directiva en sentido estricto.

No se puede considerar que la anterior lista de motivos que pueden legitimar el mantenimiento de autorizaciones y restricciones sea un listado cerrado. Esta es una lista de razones extraída de la jurisprudencia europea, que es una jurisprudencia que se ha ido desarrollando casuísticamente hasta ahora, en un proceso que no puede considerarse necesariamente como finalizado. Se trata de una jurisprudencia en construcción, de forma que no se puede excluir la posibilidad de que se admitan nuevas razones de imperiosa necesidad. Cabe decir en este sentido que, hasta ahora, las razones imperiosas de interés general las ha ido identificando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en unos contextos diferentes, a propósito de la libertad de capitales o la libre competencia, también en el ámbito de la libertad de establecimiento, aunque más bien desde la perspectiva de la discriminación entre nacionales de

estados diferentes y no desde la concreta perspectiva de la Directiva que nos ocupa; de forma que no necesariamente las razones imperiosas de interés general deben ser las mismas desde un punto de vista que es nuevo, ni estas razones han de operar con la misma intensidad.

En este sentido, en proceso de evaluación de las actuales restricciones, se puede plantear si hay alguna nueva razón de interés general que justifique licencias como las correspondientes a establecimientos de pública concurrencia, aunque probablemente no sería difícil que alguna de las ya admitidas pueda dar cobertura. Quizá entre las eventuales nuevas razones a añadir se puede apuntar la garantía de la convivencia ciudadana, que es un interés social que se manifiesta con mucha intensidad en el ámbito local.

Ahora bien, hay que recordar que no es suficiente identificar una razón de interés general, sino que, en primer lugar, la razón debe ser lo suficientemente intensa –imperiosa necesidad– y, en segundo lugar, esta razón debe imponer necesariamente la restricción o el control previo en cuestión, de forma que la misma finalidad no se pueda conseguir con una restricción menor (TJCE Sala 2.^a, S 2-10-2008, núm. C-360/2006). Así pues, esta posibilidad de ampliación queda en un terreno fuertemente subjetivo.

3. Servicio público y servicio de interés general

3.1. El planteamiento de la Directiva de servicios y del Proyecto de ley

La Directiva de Servicios excluye de su ámbito de aplicación a los monopolios prestadores de servicios (DS artículo 1.3). Al mismo tiempo, excluye también a los servicios de interés general en la medida en que no quedan afectados por el artículo 57 TFUE (DSEM 17 y DS artículo 2.1.a/); es decir, porque en estos casos no hay prestación de servicios a cambio de remuneración. Por la misma razón, se considera que los servicios económicos de interés general quedan inicialmente incluidos, ya que se realizan a cambio de contrapartida económica.

Respecto a los SIEG, la Directiva se limita a establecer que su aplicación no debe conllevar la liberalización del SIEG ni la privatización de la entidad pública prestadora del servicio (DS artículo 1.1).

Así pues, la Directiva marca una línea divisoria entre los servicios de interés general y los servicios de interés económico general, diferencia que se establece inicialmente en que haya o no contraprestación. Sin embargo, en la práctica, esta distinción SIG-Sieg no es muy significativa, si resulta que la existencia de contraprestación económica es habitual también en los supuestos de servicios públicos tradicionales –tasas–.

Por otro lado, la Directiva (EM 34) relativiza el cobro de contraprestaciones en algunos supuestos:

“La remuneración no se da en las actividades que realiza el Estado sin contrapartida económica, o en nombre del Estado en el marco de sus obligaciones en los ámbitos social, cultural, educativo y judicial, tales como los cursos realizados en el marco del sistema educativo nacional o la gestión de regímenes de seguridad social que no constituyen una actividad económica. El pago de cuotas por parte de los destinatarios, por ejemplo, las tasas académicas o de matrícula pagados por los alumnos para hacer una contribución a los gastos de funcionamiento de un sistema no constituye por sí mismo remuneración porque el servicio se sigue financiando fundamentalmente con fondos públicos. Estas actividades no responden, pues, a la definición de ‘servicio’ del art. 50 del Tratado y, por tanto, no entran en el ámbito de aplicación de la presente Directiva.”

Este planteamiento deja la duda de si la exclusión está en función del grado de financiación del servicio obtenido mediante tasas o tarifas, o podemos entender que en los ámbitos materiales mencionados hay una exclusión de la Directiva en todo caso.

Sea como sea, como se ha dicho, en España es posible la financiación de cualquier servicio público con cargo a los usuarios, bien por precio público bien por tasa, y cualquiera de las dos posibilidades admite la repercusión del total precio del servicio en la tarifa.

3.2. La clasificación según el ordenamiento español. Dificultades de encaje

Los conceptos de servicio de interés general y servicio de interés económico general son ajenos a nuestro ordenamiento. Pero es que, pese a tener una gran tradición de servicio público, nuestro ordenamiento tampoco acierta a definir de forma clara las modalidades de intervención de las administraciones públicas y las fronteras de la actividad pública con la libertad de empresa y la libre competencia.

En efecto, la Constitución española no incluye una referencia específica al servicio público. De su articulado podemos extraer la idea de una actividad prescricional tradicional específicamente prevista como tal en relación a algunos derechos individuales (Enseñanza –artículo 27 CE–; Seguridad Social –artículos 41 y 50–, y Sanidad –artículo 43 CE–). Junto con estos servicios puntuales que la Constitución impone en todo caso, solo existe la referencia del artículo 128.2:

“2. Se reconoce la iniciativa pública en la actividad económica. Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio, y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general.”

Así pues, de la Constitución parece que se deriva un modelo limitado a unos concretos servicios públicos tradicionales, y las opciones que menciona el artículo 128.2, que son modalidades formuladas desde la perspectiva de la libertad de empresa: la iniciativa pública y la reserva de sectores esenciales.

El caso es que no existe unanimidad en la doctrina en la interpretación de este modelo, aunque ello no es el objeto de este trabajo.

La Ley de bases del régimen local no considera que las categorías constitucionales mencionadas configuren un sistema cerrado, y admite la libertad de creación de servicios públicos, con la única condición de que respondan a las competencias que los municipios tienen reconocidas (artículo 85 y, en el mismo sentido, artículo 246.1 de la LMRLC), sin perjuicio de que, además, haga una reserva específica de algunos sectores a favor de las entidades locales (artículo 86.3).

De este planteamiento se deriva la admisión de una categoría de servicio público de configuración abierta y que se encuentra más allá de la iniciativa pública y de la reserva de sectores esenciales. Una categoría ligada a las competencias genéricamente atribuidas a los entes locales.

Ahora bien, a la hora de articular materialmente las fronteras entre estas categorías y su régimen jurídico, las contradicciones legales son constantes, en parte por la utilización de conceptos equívocos, y, en ocasiones, transversales, como el de actividad económica.

La situación se vuelve más confusa si se tiene en cuenta que el mercado no está quieto, de forma que se puede constatar una progresiva entrada del sector privado en sectores históricamente publicados, situación que genera la aparición de mercados económicos

en ámbitos materiales hasta ahora ocupados exclusivamente por servicios públicos, como los servicios sociales, las agencias de empleo o incluso la seguridad privada.

La realidad es que las leyes sectoriales no ayudan a definir cuál es la situación en cada caso. Pocas leyes definen de forma precisa cómo se configura el sector, como la Ley general de telecomunicaciones, que define un servicio de interés general que se presta en régimen de libre competencia, con eventuales misiones de servicio público encomendadas. En cambio, la televisión es declarada servicio público de titularidad estatal, con una entidad de propiedad pública y unas entidades privadas concesionarias, sin que exista reserva (Ley 17/2006 de la radio-tv de titularidad estatal y Ley 10/88 de tv privada).

Es significativo en el ámbito local el caso de los servicios funerarios, que fueron liberalizados por el Real decreto ley 7/1996, sacando los servicios mortuorios del listado de sectores reservados del artículo 86 de la LRRL. A continuación, la Ley catalana 2/1997 de servicios funerarios calificó los servicios funerarios como servicios esenciales de interés general, que es un concepto que no responde ni al sistema comunitario ni al sistema constitucional, designando a los municipios responsables de garantizar la prestación del servicio a toda la población, y la posibilidad de mantener servicios funerarios municipales.

3.3. Conclusiones

1. La Directiva utiliza los conceptos de servicio de interés general y servicio económico de interés general para definir su ámbito de aplicación. Ahora bien, poca utilidad tienen estos conceptos a los efectos mencionados en nuestra lógica de servicios públicos.

De lo que se trata no es de determinar si un concreto ente instrumental que presta un servicio público –sea SIG o SIEG– queda incluido en la Directiva, sino en qué medida el sector económico en el que opera el servicio queda excluido, de forma que se pueden mantener las restricciones a los particulares que operan o quieren operar en este. Así, por ejemplo, poco sentido tiene excluir los servicios sociales prestados por el Estado o por asociaciones de beneficencia reconocidas, pues poca relevancia tiene si el Estado o las asociaciones benéficas gozan del derecho de libertad de establecimiento y se pueden ahorrar alguna restricción; lo

que importa es saber si el sector económico de los servicios sociales, en su conjunto, queda afectado por la Directiva y si las entidades privadas –incluidas o no en el sistema de servicios públicos– quedan inicialmente afectadas por la liberalización.

2. El Derecho comunitario ha ignorado tradicionalmente la idea de servicio público, considerándola como una peculiaridad de algunos estados miembros, específicamente los situados en la tradición francesa. Este planteamiento ha variado especialmente a partir del Tratado de Ámsterdam, y el cambio se ha plasmado en una cláusula de respeto y neutralidad de la Unión en cuanto a los servicios económicos de interés general definidos por los estados miembros (artículo 16 TFUE). Esta evolución ha quedado particularmente reiterada en el Protocolo núm. 26 del Tratado de Lisboa. Así pues, hoy por hoy, el papel de los servicios de interés general queda reconocido en el Derecho original de la Unión, como también ha quedado reconocida la soberanía de los estados miembros en su definición y configuración, excepción hecha de los sectores que han sido objeto de liberalización específica, como correos o telecomunicación.

El caso es que el origen de la idea de servicio económico general está en su utilización tangencial en el Tratado –actual artículo 106 TFUE– para determinar las empresas que podían quedar parcialmente excluidas de las normas sobre la competencia. No se trata de un concepto elaborado en el marco de una clasificación de los servicios públicos o las formas de intervención de las administraciones públicas, menos aún para definir sectores económicos excluidos de los principios comunitarios.

La Comunicación de la Comisión Europea de 2001/C/04, sobre los servicios de interés general en Europa, sitúa la diferencia entre SIG y SIEG en que este último es un servicio de mercado, mientras que el primero es un servicio de no mercado. Una referencia no exenta de ambigüedad, ya que el mercado se puede generar incluso en sectores tradicionalmente monopolizados por los poderes públicos, como la seguridad, el correo o la ocupación laboral, o en sectores con presencia de servicios públicos históricos, como la enseñanza o los servicios sociales.

La jurisprudencia comunitaria admite que el concepto de SIEG es un concepto jurídico no consolidado, aunque parece que lo identifica como una misión concreta de interés general que se proyecta sobre los operadores de un mercado económico, lo que requiere, en

primer lugar, la necesidad de definir de forma precisa la misión en cuestión, y, en segundo lugar, un acto formal de adjudicación de esta misión a uno, o varios, o a todos los operadores que actúan en el mercado afectado (TPICE Sala 3.^a, sentencias de 12-2-2008 –núm. T/289/2003–, y de 1-7-2008 –núm. T/266/2002–). En el mismo sentido se pronuncia la Comunicación de la Comisión Europea antes citada (punto 22). Este planteamiento coloca a las administraciones públicas en la tesitura de definir correctamente los respectivos servicios económicos de interés general.

Por lo tanto, lo relevante es el impacto que esta misión SIEG tiene sobre un mercado económico (TPICE Sala 5.^a, S 26-6-2008, núm. T-442/2003), y es en este contexto en el que el artículo 106 TFUE determina el régimen de exclusión de las empresas encargadas del SIEG.

Por tanto, en la lógica europea las referencias de la Directiva a los servicios de interés económico general no pueden ser tomadas como exclusiones de sectores materiales de actividad en la aplicación de la Directiva, sino en todo caso como una razón que permite justificar determinadas restricciones o autorizaciones si estas resultan indispensables para garantizar la eficacia de la misión SIEG.

3. Por contra, el servicio de interés general es un concepto que se identifica con funciones de autoridad o servicios de solidaridad, que son sectores excluidos de la aplicación de las reglas del Tratado, y, específicamente, de la libre competencia (autoridad: STJCE Lagauche de 27/10/93; solidaridad: STJCE Poucet y Pistre de 17/2/93), y, por tanto, también del ámbito de la Directiva. La Comunicación de la Comisión Europea antes mencionada incluye en este concepto servicios como la educación nacional, o los regímenes básicos obligatorios de la Seguridad Social, servicios sobre los que el Estado “no pretende dedicarse a una actividad lucrativa sino que cumple su deber para con su propia población en los campos social, cultural y educativo” (en este sentido, la STJCE “Humbel” de 27 de septiembre de 1988). Así pues, aparte del concepto relativamente claro de ejercicio de autoridad, se utiliza un segundo concepto menos claro que es la finalidad solidaria del servicio, o su función social, y en todo caso su espíritu no lucrativo.

Sea como sea, otra cosa es si, una vez identificado un servicio de interés general, se produce una exclusión de la Directiva limitada a la organización prestacional del servicio, o esta exclusión se proyecta sobre el sector material de actividad afectado. Por ejemplo, si una vez identificada la enseñanza como un servicio de interés

general, la exclusión de la Directiva afecta solo a las entidades públicas que asumen el servicio, o también a las entidades privadas que operan en el sector de la enseñanza. No hay una respuesta indiscutible a esta cuestión. Lo que sería razonable en todo caso es que en los sectores en los que se ha excluido el mercado –en la lógica constitucional, los sectores reservados– no hay razón para que se aplique la Directiva aunque se permita la iniciativa privada, ya que se trata de sectores excluidos de la libre competencia y de la libertad de establecimiento.

4. Sea como sea, hay que poner de relieve que algunas previsiones de la Directiva tienen efectos significativos sobre los servicios públicos, como la imposición de un régimen especial en el caso de que el número de prestadores del servicio esté limitado (adjudicación por licitación, limitación del plazo de la autorización,...), o en los supuestos de imposición de tarifas obligatorias mínimas o máximas (DS artículo 15.2/ y .4/; PLLA artículo 11.g/).

Por otra parte, el artículo 16 DS excepciona a la vez la libertad de prestación de los servicios establecidos en otro Estado miembro, en el caso de los servicios económicos de interés general, de forma que en estos ámbitos pueden mantener las restricciones, como la exigencia de un establecimiento en el lugar de prestación.

4. Afectación de la Directiva a la gestión del dominio público

La Directiva de servicios afecta a los municipios en varios terrenos, singularmente en el ámbito del control de actividades y establecimientos. Este ámbito municipal ha sido tradicional, desde las antiguas licencias de actividades molestas, nocivas, insalubres y peligrosas, a las actuales licencias ambientales, incluyendo las licencias derivadas de la legislación de espectáculos o autónomamente instauradas, como las relativas a los establecimientos de pública concurrencia. Este es el primer ámbito municipal afectado por la Directiva de servicios. Aparte del control de actividades, el dominio público es otro ámbito en el que existe una gran cantidad de restricciones y licencias municipales. En efecto, tradicionalmente, el aprovechamiento privativo y el uso común especial del dominio público por particulares ha quedado sometido a concesión o autorización, como sucede también en el caso de las concesiones o auto-

rizaciones mixtas de dominio público y servicio público –por ejemplo, las paradas de mercado–. La cuestión está en determinar en qué medida la Directiva de servicios afecta también a este ámbito.

En efecto, la Directiva impone una liberalización respecto a los servicios que promueven los ciudadanos. Algunos de estos servicios son realizados a partir del dominio público, de forma que, en ocasiones, el control derivado de la protección del dominio público se confunde con el control o las restricciones sobre la actividad del particular que opera, como en el caso de la prostitución, la propaganda en la vía pública, la publicidad desde propiedades particulares, o la distribución de periódicos.

No hay duda de que la aplicación en bloque de la Directiva de servicios al régimen jurídico de gestión del dominio público tendría una repercusión devastadora. En efecto, la eventual desaparición de las autorizaciones conllevaría muy probablemente el descontrol sobre la utilización que los particulares dan a los bienes de uso público o en los comunales; pero es que, en el mejor de los casos, y manteniendo el actual régimen de autorización previa, la Directiva tendría una gran repercusión en aspectos como la eliminación de los límites de duración de la autorización o la imposición de la renovación automática de la misma, excepto en los casos en que el número posible de autorizaciones sea limitado, supuesto en que regiría el principio inverso: la imposición del plazo más corto posible, sin renovación automática (DS, artículos 11 y 12).

Así pues, hay que ver hasta qué punto la Directiva de servicios se proyecta sobre el dominio público y afecta a su régimen jurídico.

En términos generales, las autorizaciones y las restricciones establecidas en relación al dominio público responden a dos motivos principales: Uno es la protección misma del dominio público, y el otro la garantía de utilización del dominio público conforme a su destino, así como la organización y la compatibilización de los usos.

El caso es que ni la protección del dominio público ni la ordenación de los usos son finalidades que hayan quedado incluidas hoy por hoy como razones imperiosas de interés general en el listado de la Directiva (artículo 4.8) y del Proyecto de ley de libre acceso (artículo 3.11).

Quizá la protección del dominio público se podría encajar, al menos parcialmente, en la razón imperiosa consistente en la “protección de los destinatarios de

los servicios”, al menos las restricciones que tienen el objetivo de garantizar la compatibilización de usos; o quizás se podrían invocar las razones consistentes en la “protección del entorno urbano” u “objetivo de política social”. Sea como sea, ya se ha mencionado que la relación de razones imperiosas que aparece en la Directiva, y que se reproduce en el Proyecto de ley de transposición, no puede ser considerada como una lista cerrada, y, si el dominio público finalmente queda afectado por la Directiva, habrá que considerar seriamente la protección de este y la armonización de usos con razones adicionales de justificación de restricciones.

Pero es que no se trata tanto de ver en qué medida hay, en la lógica de la Directiva, elementos que permitan excepcionar los aspectos más conflictivos para la protección y la gestión del dominio público. Lo que se trata de ver es si la Directiva se llega a aplicar en este campo.

El apartado 9 de la exposición de motivos de la Directiva de servicios limita claramente su ámbito de aplicación “a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio”, no a los otros requerimientos o restricciones que el ordenamiento jurídico pueda establecer respecto a actividades que pueden ser instrumentales o necesarias para el establecimiento o la prestación de servicios, pero que se imponen con carácter general y no específicamente para el ejercicio de una profesión o el establecimiento y la prestación de una actividad económica.

Esta es la razón que habría que considerar en el caso del dominio público, al menos en la mayor parte de las restricciones ligadas a su protección y organización. Otra cosa es que, en la actual regulación del dominio público, y de forma mezclada con la regulación de la convivencia, pueda haber algunas restricciones específicamente establecidas respecto a la prestación de determinadas profesiones o actividades económicas desarrolladas en la vía pública o en el dominio público, como la venta ambulante, o quizás la prostitución. En estos casos, solo si la restricción no está formulada en términos generales, sino específicamente configurada respecto a una concreta profesión o servicio, la exclusión de la Directiva puede ser más discutible. En estos supuestos, tal vez la Directiva entraría en acción, y habría que buscar razones imperiosas de interés general para dar cobertura a las restricciones en cuestión. Ahora bien, el caso es que la transposición que se plantea el Estado se extiende, en algunos casos, al dominio público. El Anteproyecto de ley de modificación afec-

ta al régimen jurídico de gestión del dominio público en materia de costas, vías pecuarias, aguas, montes y parques nacionales. Estas referencias incluyen la transformación de algunas autorizaciones en declaraciones responsables o meras comunicaciones, así como la garantía de procedimientos de concurrencia competitiva en la adjudicación de las autorizaciones. Es cierto que las anteriores previsiones no suponen una afectación en bloque del régimen jurídico del dominio público. Las modificaciones afectan solo a algunos aspectos relativamente menores, de forma que hay que entender que el Estado no ha considerado que la Directiva se proyecte en términos generales sobre el dominio público, aunque aproveche la ocasión para hacer llegar el aliento liberalizador también a algunos aspectos en este ámbito.

Otra cuestión a considerar, en el caso de que la Directiva de servicios se tuviera que aplicar al dominio público, sería la relativa a las tarifas. En efecto, la Directiva supone la revisión de las tarifas obligatorias mínimas o máximas impuestas a los servicios (DSEM 73; DS artículo 15.2.g/; PLLA 11.g/), previsión que puede afectar a las tarifas o a la restricción de precios impuestas eventualmente respecto a los servicios prestados por titulares de autorizaciones o concesiones de dominio público, o especialmente concesiones mixtas, como un aparcamiento o un establecimiento. Ya se ha mencionado, sin embargo, que, si las tarifas adoptan la forma de tributos, inicialmente no quedan afectadas por la Directiva, ya que los tributos quedan expresamente excluidos y la tasa es la forma que la jurisprudencia constitucional ha impuesto en los casos de aprovechamiento privado del dominio público.

5. La adaptación del marco jurídico general

La Directiva de servicios impone la liberalización del régimen de implantación y prestación de actividades económicas, la eliminación o la suavización de las restricciones existentes y el desarme correlativo de las administraciones públicas respecto a los instrumentos de control previo. Así, en el mejor de los casos, se pasa de las autorizaciones a las comunicaciones y declaraciones responsables. Ahora bien, este traspaso no se puede resolver con una simple sustitución de técnicas de intervención. Hay que abordar la cuestión desde una perspectiva general, ya que si el sistema descansaba en la utilización recurrente de la autorización y

otras restricciones, su eliminación o sustitución puede desequilibrar el sistema en su conjunto.

Así pues, la transposición no se puede limitar a una operación puntual de identificación y eliminación o reducción de restricciones. Hay, asimismo, que redefinir otros aspectos del régimen jurídico general que inciden en el triángulo de relaciones entre administraciones públicas, prestadores de servicios y ciudadanos o usuarios. Específicamente, hay que abordar los siguientes aspectos:

–Hay que precisar de forma exacta los extremos que el prestador del servicio deberá informar o debe garantizar en las nuevas comunicaciones y declaraciones responsables. En efecto, en el sistema actual de autorizaciones es relativamente frecuente que la información a aportar y los extremos a garantizar por parte del solicitante no son una cuestión definida y cerrada previamente, sino que admite una cierta improvisación por la vía del requerimiento de enmienda. Con la comunicación y la declaración responsable se hace necesario precisar de forma exacta la documentación y los requerimientos a acompañar por el promotor de la actividad, ya que desde el momento en que el particular no queda a la espera de una autorización, hay menos margen para imponer requisitos o condiciones improvisadas.

–La intervención de la Administración queda relegada a la fase posterior de comprobación e inspección, una vez ya iniciada la actividad. En consecuencia, hay que valorar si los recursos materiales y jurídicos de que se dispone son los necesarios para esta nueva función. De entrada, se puede apuntar el hecho de que la actividad de inspección posterior –comprobación, inspección y sanción– es más costosa y requiere más recursos que una actividad previa de autorización, donde la energía la pone esencialmente el solicitante, y la Administración asume una posición esencialmente pasiva. En la autorización es el particular quien lleva las cosas a la Administración, mientras que en el control posterior es la Administración quien debe ir a buscar la situación y quien tiene la responsabilidad de construir una eventual actuación represiva, con la correspondiente carga de fundamentación y de prueba. Por consiguiente, en el contexto de la transposición de la Directiva de servicios es necesario revisar la legislación para reforzar, en su caso, la regulación de la actividad de inspección a la vista de la nueva situación, así como otros aspectos de autoridad, como mandamientos, órdenes de clausura, y las otras potestades jurídi-

cas vinculadas a la posición represiva que corresponde a las administraciones en el nuevo modelo.

El Anteproyecto de ley de modificación aborda solo parcialmente esta necesaria revisión del ordenamiento general. En efecto, este Anteproyecto incorpora un nuevo artículo a la Ley 30/92, a efectos de regular la comunicación previa y la declaración responsable, abordando la extinción de sus efectos en caso de que sean falsas o incorrectas. Este es, sin embargo, un ejemplo aislado de lo que debería ser una revisión sistemática de adaptación del régimen jurídico general a la nueva situación resultante de la Directiva.

—También hay que abordar cuál es la posición de la Administración desde la perspectiva de la responsabilidad derivada de los daños causados por las actividades liberalizadas. No hay duda de que la intervención previa conllevaba una responsabilidad por parte de la Administración autorizadora, en la medida en que se interponía, y lo hacía con una justificación, que era la de garantizar la corrección de la nueva actividad.

Por tanto, parece claro que el desarme administrativo debe ir acompañado de un traslado de la responsabilidad a los titulares de las actividades, y específicamente a los técnicos que acreditan el cumplimiento de los requerimientos legales —certificaciones, visados, etc.— En este sentido, es aconsejable que la alternativa a las autorizaciones sea la declaración responsable, de forma que quede clara la posición de garantía del titular y de los profesionales que intervienen en el diseño y la puesta en marcha de la nueva actividad.

En este contexto, el visado de los colegios profesionales puede asumir una función de garantía que conviene tener en cuenta. El caso es que el Anteproyecto de ley de modificación relativiza su exigibilidad. Habría que añadir, en este sentido, la potestad de la Administración para imponer el visado en las declaraciones responsables, sin necesidad de previsión en una norma con rango formal de ley.

También puede ser aconsejable la imposición generalizada de seguros privados, situación inicialmente compatible con la Directiva de servicios (EM 98, artículo 14.7), pero que, como se ha dicho, el Proyecto de ley de libre acceso restringe mucho, al establecer una reserva de ley (artículo 21).

En definitiva, está claro que la libertad conlleva responsabilidad. Será necesario que la legislación sea consecuente con el proceso de liberalización, responsabilizando de forma clara a los particulares, y redefiniendo a la baja el campo de responsabilidad administrativa.

Cabe decir en este punto que si bien la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas ha sido llevada en este país hasta su extremo, se puede constatar una cierta inflexión en una dimensión que es la que correspondería esencialmente a la Administración en el nuevo modelo, que es la del control a posteriori y la responsabilidad derivada exclusivamente de una eventual falta de vigilancia de las actividades privadas. En este sentido, destaca la reciente sentencia del Tribunal Supremo referida al caso Gescartera, que relativiza la responsabilidad administrativa en los supuestos de culpa *in vigilando*, estableciendo que la mera titularidad de una potestad de inspección no comporta, sin más, la responsabilidad sobre los daños ocurridos en el ámbito en cuestión, e introduciendo un juicio de razonabilidad a estos efectos (Sala contencioso-administrativa, sección 6, sentencia de 27 de enero de 2009, recurso núm. 5921/2004).

6. Conclusiones generales

—La Directiva de servicios supera los conceptos de libertad de establecimiento y de prestación del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea, imponiendo no solo la igualdad entre nacionales de los estados miembros, sino además un retroceso en la intervención de las administraciones públicas respecto al establecimiento de actividades económicas privadas. Al mismo tiempo, tanto el Estado como la Generalidad de Cataluña anuncian una aplicación maximalista de la Directiva en esta misma dirección liberalizadora.

—La Directiva utiliza conceptos ambiguos y cláusulas abiertas, situación que deberá conllevar un largo período de concreción a partir de la interpretación del TJCE. Por ejemplo, el mismo concepto de restricción o el principio de proporcionalidad respecto a las restricciones que se mantienen.

—El Proyecto de ley aprobado por el Gobierno no asume la función de transposición con el alcance que correspondería, ya que se limita prácticamente a reproducir la Directiva, sin afrontar la función de conexión de ordenamientos que corresponde. En este sentido, no aclara la situación que resulta, como los supuestos generales de silencio negativo que perviven, ni aclara la situación de algunas restricciones que no consisten en autorizaciones o comunicaciones previas, ni añade o desarrolla las razones imperiosas de interés general.

–El Proyecto de ley no introduce las previsiones normativas que deben acompañar necesariamente algo tan trascendente como un cambio de paradigma en la regulación del ejercicio de actividades por parte de los ciudadanos, como el fortalecimiento de las potestades administrativas de inspección y de mandato, o la puntualización del régimen de responsabilidad derivado del ejercicio de las actividades privadas objeto de liberalización.

–Un campo singularmente falto de aclaración es el relativo a la aplicación de los conceptos de servicio de interés general y servicio de interés económico general en el ámbito de los servicios públicos y la actividad prestacional de las administraciones.

–La aplicación de la Directiva no debe afectar necesariamente a las licencias y a las restricciones existentes en materia de dominio público. En todo caso, habría que tomar en consideración razones imperiosas de interés general específicas.

–La introducción de aspectos reservados a la Ley por parte del Proyecto de ley de libre acceso (imposición de seguro a los prestadores de servicios,...) limita significativamente la autonomía municipal para establecer una regulación alternativa a la actual, dando por sentado que la liberalización ya supone, por sí misma, un retroceso en la capacidad de intervención municipal.

Anexo. Jurisprudencia

La libertad de establecimiento

Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Europea, sentencia de 15 de enero de 2002, asunto núm. C-439/99.

“22.– Los artículos 52 y 59 del Tratado exigen, respectivamente, la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios. Deben considerarse como tales restricciones todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dichas libertades (véanse, en este sentido, respecto a la libertad de establecimiento, la sentencia de 30 de marzo de 1993, Konstandinidis, C-168/91, Rec. p. I-1191, apartado 15, y, en cuanto a la libre prestación de servicios, la sentencia de 20 de febrero de 2001, Analir y otros, C-205/99, Rec. p. I-1271, apartado 21).

“23.– No obstante, conforme a reiterada jurisprudencia, cuando tales medidas se aplican a cualquier

persona o empresa que ejerza una actividad en el territorio del Estado miembro de acogida, pueden estar justificadas si responden a razones imperiosas de interés general, siempre que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y no vayan más allá de lo necesario para alcanzarlo (véanse, en este sentido, las sentencias antes citadas Gebhard, apartado 37, y Analir, apartado 25).

“ ...

“26. A este respecto, procede recordar, en primer lugar, que, con arreglo a reiterada jurisprudencia, una normativa nacional que supedita el ejercicio de determinadas prestaciones de servicios en el territorio nacional, por parte de una empresa domiciliada en otro Estado miembro, a la concesión de una autorización administrativa constituye una restricción a la libre prestación de servicios a efectos del artículo 59 del Tratado (véase, en particular, la sentencia de 9 de marzo de 2000, Comisión/Bélgica, C-355/98, Rec. p. I-1221, apartado 35).

“27. Aunque la exigencia de un reconocimiento oficial o de una autorización previa para el ejercicio de la actividad de organizador de ferias pudiera eventualmente estar justificada por el interés general de garantizar la necesaria calidad del servicio que se ofrece y la seguridad de la feria, tal exigencia no está justificada cuando dicho interés está protegido por las normas a las que el prestador está sujeto en el Estado miembro en el que está establecido.

“28. Pues bien, las disposiciones nacionales y regionales de que se trata no tienen en cuenta las normas aplicables al prestador del servicio en su Estado de establecimiento. Por lo demás, el Gobierno italiano ni siquiera ha alegado que dichas disposiciones debieron interpretarse en ese sentido.”

Razones imperiosas de interés general

TJCE Sala 2.^a, S 2-10-2008, núm. C-360/2006

“Una restricción de la libertad de establecimiento sólo puede justificarse si persigue un objetivo legítimo compatible con el Tratado y está justificada por razones imperiosas de interés general. Pero, además, en tal supuesto sería preciso que fuera adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y que no fuera más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véase, en especial, la sentencia de 21 de noviembre de 2002, X e Y, C-436/00, Rec. p. I-10829, apartado 49).”

TJCE Sala 5.^a, S 21-11-2002, núm. C-436/2000

“La reducción de ingresos fiscales que podría resultar de la concesión de la citada ventaja a las transmisiones de acciones de tipo A y de tipo B no figura entre las razones mencionadas en el artículo 46 CE y no puede considerarse como una razón imperiosa de interés general que pueda ser invocada para justificar una desigualdad de trato en principio incompatible con el artículo 43 CE (véanse, en especial, las sentencias, antes citadas, ICI, apartado 28; Metallgesellschaft y otros, apartado 59, y Saint-Gobain ZN, apartado 51). En efecto, este objetivo es de carácter meramente económico y, en consecuencia y según jurisprudencia reiterada, no puede constituir una razón imperiosa de interés general (véase, en particular, la sentencia de 6 de junio de 2000, Verkooijen, C-35/98, Rec. p. I-4071, apartado 48).

“51. En cambio, se desprende de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que la necesidad de preservar la coherencia de un régimen tributario (véanse las sentencias de 28 de enero de 1992, Bachmann, C-204/90, Rec. p. I-249, y Comisión/Bélgica, C-300/90, Rec. p. I-305), la lucha contra la evasión fiscal (véanse las sentencias, antes citadas, ICI, apartado 26, y Metallgesellschaft y otros, apartado 57) y la eficacia de los controles fiscales (véanse, en especial, las sentencias Futura Participations y Singer, antes citada, apartado 31, y de 8 de julio de 1999, Baxter y otros, C-254/97, Rec. p. I-4809, apartado 18) constituyen razones imperiosas de interés general que pueden justificar normativas que puedan restringir las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado.”

TJCE Sala 4.^a, S 17-7-2008, núm. C-389/2005

“Estas medidas restrictivas sólo pueden justificarse por tales razones cuando resulten necesarias para proteger los intereses que pretenden garantizar y en la medida en que estos objetivos no puedan alcanzarse mediante reglas menos restrictivas (sentencia de 14 de diciembre de 2006, Comisión/Austria, C-257/05, no publicada en la Recopilación, apartado 23 y jurisprudencia que allí se cita).

“... ”

“No cabe invocar una razón imperiosa de interés general si existe una armonización comunitaria que establezca las medidas necesarias para garantizar la protección de ese mismo interés (véase en este sentido la sentencia Comisión/Austria, antes citada, apartado 23).”

TJCE Pleno, S 20-5-2008, núm. C-194/2006

“La reducción de ingresos fiscales no puede considerarse una razón imperiosa de interés general que

pueda invocarse para justificar una medida contraria, en principio, a una libertad fundamental (véase, en particular, la sentencia Manninen, apartado 49, y la jurisprudencia allí citada).”

TJCE Sala 3.^a, S 13-3-2008, núm. C-248/2006

“...la necesidad de incentivar la investigación y el desarrollo en España, es preciso señalar que, si bien es cierto que la promoción de estas actividades constituye una razón imperiosa de interés general, el Tribunal de Justicia ha declarado que el incentivo fiscal vinculado a la realización de la inversión en el Estado miembro que concede el beneficio fiscal se opone frontalmente al objetivo de la política comunitaria en el ámbito de la investigación y del desarrollo tecnológico.”

TJCE Sala 3.^a, S 18-12-2007, núm. C-281/2006

“En el apartado 23 de la sentencia Laboratoires Fournier, antes citada, el Tribunal de Justicia declaró efectivamente que no podía excluirse que la promoción de la investigación y del desarrollo constituya una razón imperiosa de interés general.

“... ”

“La restricción a la libre prestación de servicios consistente en que una normativa nacional reserve la aplicación de una exención del impuesto sobre la renta a las remuneraciones pagadas, como contrapartida de una actividad docente ejercida con carácter accesorio, por universidades, personas jurídicas de Derecho público, establecidas en el territorio nacional, y la deniegue cuando esas remuneraciones sean pagadas por una universidad establecida en otro Estado miembro no está justificada por razones imperiosas de interés general.”

TJCE Pleno, S 18-12-2007, núm. C-341/2005

“El derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo con la finalidad de proteger a los trabajadores del Estado de acogida frente a una eventual práctica de dumping social puede constituir una razón imperiosa de interés general.”

Servicio de interés general

Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, sentencia “Humbel”, de 27 de septiembre de 1988, Rec. núm. 263/1986

El servicio de educación es un servicio de interés general, ya que el Estado no pretende dedicarse a una actividad lucrativa, sino que cumple su deber con su propia población en los campos social, cultural y educativo.

"...il convient de rappeler que, selon l'article 60, alinéa 1, du traité CEE, ne sont comprises dans le chapitre concernant les services que 'les prestations fournies normalement contre rémunération'.

"Même si la notion de rémunération n'est pas définie expressément par les articles 59 et suivants du traité CEE, sa portée juridique peut être déduite des dispositions de l'article 60, alinéa 2, dudit traité, selon lequel les services comprennent notamment des activités de caractère industriel et commercial ainsi que des activités artisanales et des professions libérales.

"La caractéristique essentielle de la rémunération réside, des lors, dans le fait que celle-ci constitue la contrepartie économique de la prestation en cause, contrepartie qui est normalement définie entre le prestataire et le destinataire du service.

"Or, une telle caractéristique fait défaut dans le cas de cours dispensés dans le cadre du système d'éducation nationale. D'une part, en établissant et en maintenant un tel système, l'état n'entend pas s'engager dans des activités rémunérées, mais accomplir sa mission dans les domaines social, culturel et éducatif envers sa population. D'autre part, le système en cause est, en règle générale, financé par le budget public et non par les élèves ou leurs parents.

"La nature de cette activité n'est pas affectée par le fait que, parfois, les élèves ou leurs parents sont obligés de payer des redevances ou des frais de scolarité en vue de contribuer dans une certaine mesure aux frais de fonctionnement du système. A plus forte raison, la simple circonstance que le paiement d'un minerval soit imposé aux seuls élèves étrangers ne saurait avoir un tel effet.

"Il y a, des lors, lieu de répondre à la première branche de la deuxième question que l'article 59 du traité CEE doit être interprété en ce sens que des cours dispensés à un institut technique relevant de l'enseignement secondaire dans le cadre du système d'éducation nationale ne peuvent pas être qualifiés de services, au sens de cette disposition."

Servicio de interés económico general

Concepto de SIEG

TPICE Sala 3.^a, S 12-2-2008, núm. T-289/2003

"En Derecho comunitario y a los efectos de la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado CE, no existe ni una definición legal clara y precisa del concepto de misión SIEG, ni un concepto jurídico consolidado que fije, de manera definitiva, los requisitos que deben cumplirse para que un Estado pueda válidamente invocar la existencia y la protección de una misión SIEG, ya sea en el sentido del primer requisito enunciado en la sentencia Altmark, citada en el apartado 89 supra, ya sea en el sentido del artículo 86 CE, apartado 2.

"...

"167. Esta prerrogativa de los Estados miembros con respecto a la definición de los SIEG se ve confirmada por la inexistencia tanto de una competencia especialmente atribuida a la Comunidad como de una definición precisa y completa del concepto de SIEG en Derecho comunitario. En efecto, la determinación de la naturaleza y del alcance de una misión SIEG en ámbitos de acción concretos, que o bien no son competencia de la Comunidad, en el sentido del artículo 5, o bien tienen como base una competencia comunitaria tan sólo limitada o compartida, en el sentido del párrafo segundo de este artículo, continúa, en principio, correspondiendo a los Estados miembros.

"....

"Aunque los Estados miembros disponen de una amplia potestad discrecional en cuanto respecta a la determinación de aquello que consideran como SIEG, esto no les dispensa, cuando invocan la existencia y la necesidad de la protección de una misión SIEG, de velar por que esta última satisfaga determinados criterios mínimos comunes a toda misión SIEG en el sentido del Tratado CE, tal como han sido precisados por la jurisprudencia, y de demostrar que dichos criterios se satisfacen en el caso en cuestión. En particular, se trata de la existencia de un acto del poder público que encomiende a los operadores afectados una misión SIEG, así como del carácter universal y obligatorio de esta misión. Por el contrario, el hecho de que un Estado miembro no proporcione pruebas de que estos criterios se satisfacen o los incumpla puede constituir un error manifiesto de apreciación que la Comisión está obligada a sancionar, so pena de incurrir también ella en un error manifiesto. Además, de la jurisprudencia

relativa al artículo 86 CE, apartado 2, se desprende que los Estados miembros deben indicar las razones por las cuales estiman que el servicio en cuestión merece, como consecuencia de su carácter específico, ser calificado como SIEG y distinguirse de otras actividades económicas.”

TPICE Sala 5.^a, S 26-6-2008, núm. T-442/2003

“Tal como declara la jurisprudencia (véase, en este sentido, la sentencia FFSA y otros/Comisión, citada en el apartado 144 supra, apartado 99) y expone la Comisión en el punto 22 de su Comunicación COM (2000) 580 final, de 20 de septiembre de 2000, sobre los servicios de interés general en Europa, los Estados miembros disponen de un amplio margen de apreciación a la hora de definir lo que consideran SIEG. En consecuencia, la definición de estos servicios por parte de un Estado miembro sólo puede ser cuestionada por la Comisión en caso de error manifiesto (conclusiones del Abogado General Léger en el asunto en que recayó la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, C-309/99, Rec. p. I-1577, I-1583, apartado 162; sentencia Olsen/Comisión, citada en el apartado 145 supra, apartado 216).”

TPICE Sala 5.^a, S 22-10-2008, núm. T-309/2004, T-317/04, T-329/04 y T-336/04

“Pues bien, un SIEG se define, por principio, atendiendo al interés general que pretende satisfacer y no en consideración a los medios que garantizaran su prestación. Según señaló la Comisión en el apartado 36 de la Comunicación sobre la radiodifusión, ‘la cuestión de la definición de la misión de servicio público no debe confundirse con la del mecanismo financiero elegido para prestar estos servicios.’”

TPICE Sala 5.^a, S 26-6-2008, núm. T-442/2003

“El servicio público de radiodifusión se considera un SIEG y no un servicio de interés general no económico, debe señalarse sin embargo que esta calificación de SIEG se explica mejor por el impacto que el servicio público de radiodifusión produce, de facto, sobre el sector de la radiodifusión, por otra parte competitivo y comercial, que por una supuesta dimensión comercial del servicio público de radiodifusión. Según se desprende claramente del Protocolo de Ámsterdam, el servicio público de radiodifusión está ‘directamente relacionado con las necesidades democráticas, sociales y culturales de cada sociedad.’”

Elección empresa SIEG

TPICE Sala 5.^a, S 26-6-2008, núm. T-442/2003

“137. En todo caso, ni de lo dispuesto en el artículo 86 CE, apartado 2, ni de la jurisprudencia se desprende que los Estados miembros estén obligados a seguir procedimientos específicos para la elección de las empresas encargadas de los servicios de interés económico general (en lo sucesivo, ‘SIEG’).”

Ayudas a empresas SIEG

TPICE Sala 5.^a, S 26-6-2008, núm. T-442/2003

“La posibilidad de acogerse a la excepción a la prohibición de las ayudas de Estado establecida en el artículo 86 CE, apartado 2, exige, según la jurisprudencia (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de diciembre de 1991, *Merci Convenzionali Porto di Genova*, C-179/90, Rec. p. I-5889, apartado 26; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 27 de febrero de 1997, *FFSA y otros/Comisión*, T-106/95, Rec. p. II-229, apartados 173 y 178, y de 13 de junio de 2000, *EPAC/Comisión*, T-204/97 y T-270/97, Rec. p. II-2267, apartados 125 y 126), el cumplimiento de tres requisitos: en primer lugar, que el servicio de que se trate sea un SIEG y esté claramente definido como tal por el Estado miembro; en segundo lugar, que el Estado haya confiado a la empresa de que trata la prestación de dicho SIEG; en tercer lugar, que la aplicación de las normas de competencia del Tratado –en el caso de autos la prohibición de las ayudas de Estado– obstaculice el cumplimiento de la misión específica confiada a la empresa y la excepción no afecte al desarrollo de los intercambios en una medida contraria al interés de la Comunidad.”

TPICE Sala 3.^a, S 1-7-2008, núm. T-266/2002

“A tenor del artículo 86 CE, apartado 2, las empresas encargadas de la gestión de un SIEG están sometidas a las normas del Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada.

“70. Según jurisprudencia reiterada, la calificación de ayuda de Estado exige que se cumplan todos los requisitos establecidos en el artículo 87 CE, apartado 1. El artículo 87 CE, apartado 1, enumera los requisitos siguientes. En primer lugar, debe tratarse de una intervención del Estado o mediante fondos estatales. En segundo lugar, dicha intervención debe poder afectar a los intercambios entre los Estados miembros. En ter-

cer lugar, debe conferir una ventaja a su beneficiario. Y, en cuarto lugar, debe falsear o amenazar con falsear la competencia (véase la sentencia *Altmark*, citada en el apartado 57 supra, apartados 74 y 75, y la jurisprudencia allí citada).

“ ...

“El Tribunal de Justicia ha declarado que si una intervención estatal debe considerarse una compensación que constituye la contrapartida de las prestaciones realizadas por las empresas beneficiarias para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, de forma que estas empresas no gozan, en realidad, de una ventaja financiera y que, por tanto, dicha intervención no tiene por efecto situarlas en una posición competitiva más favorable respecto a las empresas competidoras, tal intervención no está sujeta al artículo 87 CE, apartado 1 (sentencias del Tribunal de Justicia *Altmark*, citada en el apartado 57 supra, apartado 87, y de 27 de noviembre de 2003, *Enirisorse*, C-34/01 a C-38/01, Rec. p. I-14243, apartado 31).

“73. Para que a tal compensación no se le aplique, en un caso concreto, la calificación de ayuda de Estado, deben cumplirse una serie de requisitos (sentencias *Altmark*, citada en el apartado 57 supra, apartado 88, y *Enirisorse*, citada en el apartado 72 supra, apartado 31). En primer lugar, la empresa beneficiaria debe estar efectivamente encargada de la ejecución de obligaciones de servicio público y éstas deben estar claramente definidas. En segundo lugar, los parámetros para el cálculo de la compensación deben establecerse previamente de forma objetiva y transparente, para evitar que ésta confiera una ventaja económica que pueda favorecer a la empresa beneficiaria respecto de las empresas competidoras. En tercer lugar, la compensación no puede superar el nivel necesario para cubrir total o parcialmente los gastos ocasionados por la ejecución de las obligaciones de servicio público, teniendo en cuenta los ingresos correspondientes a éste y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones. En cuarto lugar, cuando la elección de la empresa encargada de ejecutar obligaciones de servicio público, en un caso concreto, no se haya realizado en el marco de un procedimiento de contratación pública, el nivel de la compensación necesaria debe calcularse sobre la base de un análisis de los costes que una empresa media, bien gestionada y adecuadamente equipada para poder satisfacer las exigencias de servicio público requeridas, habría soportado para ejecutar estas obligaciones, teniendo

en cuenta los ingresos correspondientes a éste y un beneficio razonable por la ejecución de estas obligaciones (sentencia *Altmark*, citada en el apartado 57 supra, apartados 89 a 93).” ■