Premisas para una correcta transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento local

Ferran Torres Cobas
Secretario de Gestión Tributaria de la Diputación de Barcelona.
Profesor asociado de Derecho Constitucional de la Universidad Pompeu Fabra

1. Directiva de Servicios en el sistema de fuentes
2. La posición ordinamental de las ordenanzas locales. Presente y perspectivas de futuro
3. Premisas comunitarias clave para la correcta transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento local

1. Directiva de Servicios en el sistema de fuentes

La Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios del mercado interior, conocida coloquialmente como "Directiva de Servicios" o "Directiva Bolkestein", entró en vigor el 28 de diciembre de 2006, con la indicación de que los Estados miembros de la Unión Europea disponían de un plazo de tres años para su transposición, plazo que finalizó el 28 de diciembre de 2009.

En un artículo que escribí a mediados del año pasado en la revista electrónica del Centro de Estudios Municipales y Cooperación Internacional (en anagrama, CEMCI), número 4, correspondiente a julio-septiembre de 2009,[1] manifesté que, aunque no resultaba oportuno que las entidades locales se anticipasen a las decisiones normativas que debían adoptar el Estado y las comunidades autónomas en relación a la transposición de la Directiva de Servicios (en adelante DS), dado que el tiempo para realizar la transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico local se echaba encima, convenía iniciar el proceso sin esperar la adaptación de los otros niveles de gobierno, porque las entidades locales ya conocían perfectamente las intenciones del legislador estatal contenidas en lo que denominó Proyecto de Ley Paraguas, actual Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el li-

1. El artículo, que se titula "Los desafíos de la Directiva Bolkestein para las entidades locales: el adiós a las licencias y el posible renacer de las ordenanzas locales", puede ser consultado a través de Internet en la http: //www.cemci.org/revista/revista4, correspondiente a julio-septiembre de 2009.

bre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en el Proyecto de Ley Ómnibus, hoy Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, en el Proyecto de Ley de reforma de la Ley 7/1996, de 15 de Enero, de Ordenación del Comercio Minorista, actual Ley 1/2010, de 1 de marzo, y, en la proyectada modificación parcial del viejo Reglamento de servicios de las corporaciones locales de 1955, modificación aprobada por el Real Decreto 2009/2009, de 23 de diciembre.

Por tanto, y aun siendo cierto que las comunidades autónomas han retrasado el proceso de transposición de la Directiva de Servicios, tanto de la normativa que ellas mismas aplican como de la que regula materias de competencia ejecutiva de las entidades locales, la falta de transposición en plazo de la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico local iba a provocar, de hecho ya se ha producido, importantes lagunas legales en las normas autonómicas y en las ordenanzas locales que regulan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio.

En el presente estudio no se va a describir el proceso de transposición de la Directiva de Servicios realizado por el Estado o las comunidades autónomas, porque en un excelente libro sobre la incorporación de la Directiva de Servicios al Derecho interno, del que es autor el profesor Rafael Jiménez Asensio,[2] se hace una descripción precisa de dicho proceso con todo lujo de detalles. Nos interesa, en cambio, abordar los problemas que se vayan a derivar de la no transposición en plazo de la Directiva de Servicios o de su incorrecta transposición para lo que, con carácter previo, debemos abordar someramente el problema de las fuentes del Derecho y, en concreto, nos interesa examinar las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el derecho interno.

Respecto a la obligación que pesa sobre las entidades locales españolas de transponer la Directiva de Servicios, y de aplicarla bien incluso cuando una ley o norma de Derecho la contradiga, creo que vale la pena aportar dos datos significativos. Por un lado, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas es clara e inequívoca, en el sentido de que las entidades locales se encuentran vinculadas a las directivas de forma más fuerte que a la Ley interna, y cuando la Directiva es lo suficientemente precisa y no está sujeta a condición alguna, debe aplicarse con preferencia a la Ley interna en caso de antinomia. Por la importancia de esta cuestión y la existencia de cierto desconocimiento por parte de los operadores jurídicos, me parece conveniente transcribir un fragmento de la sentencia del

2. Libro editado por el Instituto Vasco de Administración Pública (IVAP), Oñati 2010.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

TJCE de 22 de junio de 1989 (Caso Fratelli Constanzo S.p.A., contra Comuni di Milano), en la que el Alto Tribunal dio respuesta a la cuestión prejudicial que le había sido planteada de la forma siguiente:

"Sobre la cuarta cuestión

"28.

"Mediante su cuarta cuestión, el órgano jurisdiccional nacional pretende que se establezca si, como ocurre con el Juez nacional, a toda Administración Pública, incluida la Administración Local, le incumbe la obligación de aplicar lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo, inaplicando aquellas disposiciones de Derecho nacional no conformes al mismo.

"29.

"Procede recordar que, en sentencias de 19 de enero de 1982 (Becker 8/81, Rec. 1982, p. 53 y ss., especialmente p. 71) y 26 de febrero de 1986 (TJCE 1986, 47) (Marshall 152/84, Rec. 1986, p. 737 y ss., especialmente p. 748), este Tribunal observó que cuando las disposiciones de una directiva, desde el punto de vista de su contenido, no estén sujetas a condición alguna y sean lo suficientemente precisas, los particulares están legitimados para invocarlas ante los órganos jurisdiccionales nacionales contra el Estado, bien cuando éste no haya adaptado el Derecho nacional a la Directiva dentro del plazo señalado, bien cuando haya procedido a una adaptación incorrecta.

"30.

"Se debe señalar que si los particulares están legitimados para, en las condiciones arriba apuntadas, invocar lo dispuesto en una Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, es porque las obligaciones contempladas en la misma se imponen a todas las autoridades de los Estados miembros.

"31.

"Sería, por otra parte, contradictorio considerar a los particulares legitimados para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales, y en contra de la Administración Publica, las disposiciones de una directiva que respondan a las condiciones arriba mencionadas; y estimar, no obstante, que a la referida Administración Pública no le incumbe la obligación de aplicar la directiva y de inaplicar las disposiciones de Derecho nacional que la infrinjan. De lo dicho se desprende que, cuando se den

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924

Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

los requisitos exigidos por la doctrina jurisprudencial de este Tribunal para que los particulares puedan invocar las disposiciones de una directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales, todos los órganos de la Administración Pública, incluso los no integrados en la Administración Central, como pueda ser el caso de un municipio, están obligados a aplicar dichas disposiciones.

"32.

"Por lo que respecta, más en concreto, al apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305, del análisis de la primera cuestión se desprende que dicha disposición no está sujeta a condición alguna y es lo suficientemente precisa como para que los particulares puedan ampararse en ella frente al Estado. Así pues, éstos están legitimados para invocar la Directiva ante los órganos jurisdiccionales nacionales y, como se desprende de lo expuesto, todos los órganos de la Administración Pública, incluso los no integrados en la Administración Central, como pueda ser el caso de un municipio, están obligados a aplicarla.

"33.

"Procede, por consiguiente, responder a la cuarta cuestión que, al igual que al Juez nacional, a la Administración Pública, incluida la Administración Local, le incumbe la obligación de aplicar lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 del Consejo , así como la de no aplicar aquellas disposiciones de Derecho nacional que infrinjan dicho precepto."

Quiere ello decir que en caso de antinomia o contradicción entre un precepto de la Directiva de Servicios y un precepto de una norma interna, con independencia de su rango, las entidades locales de los Estados miembros están obligadas a aplicar el precepto de la Directiva, dejando inaplicada la norma de Derecho interno.

El Tribunal Constitucional español, en la Declaración del Pleno 1/2004, de 13 de diciembre, que resolvió la consulta del Gobierno español sobre la constitucionalidad o no de que España ratificará la malograda Constitución Europea, dejó claramente establecido que[3] "la supremacía de la Constitución es, pues, compatible con

3. Inmediatamente antes del fragmento trascrito, el Alto Tribunal argüía: "Primacía y supremacía son categorías que se desenvuelven en órdenes diferenciados. Aquélla, en el de la aplicación de normas válidas; ésta, en el de los procedimientos de normación. La supremacía se sustenta en el carácter jerárquico superior de una norma y, por ello, es fuente de validez de las que le están infra ordenadas, con la consecuencia, pues, de la invalidez de éstas si contravienen lo dispuesto imperativamente en

regímenes de aplicación que otorguen preferencia aplicativa a normas de otro ordenamiento diferente del nacional siempre que la propia Constitución lo haya dispuesto así, que es lo que ocurre exactamente con la previsión contenida en su Art. 93, mediante el cual es posible la cesión de competencias derivadas de la Constitución a favor de la institución internacional así habilitada constitucionalmente para la disposición normativa en materias hasta entonces reservadas a los poderes internos constituidos y para su aplicación a éstos. En suma, la Constitución ha aceptado, ella misma, en virtud de su Art. 93, la primacía del Derecho de la Unión en el ámbito que a este Derecho le es propio, según se reconoce ahora expresamente en el Art. 1-6 del Tratado."

Por si todo esto fuera poco, la disposición final cuarta de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio (LAASE), establece la regla de que las Administraciones Públicas que, en el ejercicio de sus competencias, incumplan lo dispuesto en esta Ley o en el derecho comunitario afectado, dando lugar a que el Reino de España sea sancionado por las instituciones europeas, asumirán, en la parte que les sea imputable, las responsabilidades que de tal incumplimiento se hubieran derivado. Además, la norma habilita a la Administración del Estado para compensar la deuda contraída por la Administración responsable del incumplimiento con las cantidades que le deba transferir la Hacienda Pública estatal.

En definitiva, las entidades locales deben dar cumplimiento a la Directiva de Servicios y a la Ley Paraguas porque es su obligación y porque, en caso de incumplimiento, las entidades locales serán responsables y deberán abonar, en la parte que les sea imputable, la hipotética sanción que las instituciones de la Unión Europea impongan al Reino de España, mediante la deducción de las transferencias que reciben de la Hacienda Pública estatal en concepto de participación en los tributos del Estado.

Nótese que el supuesto que acabamos de exponer es el de una condena o sanción impuesta por las instituciones de la Unión Europea al Reino de España, porque son los Estados miembros los sujetos responsables frente a las instituciones de la Unión Europea; condena que el Estado Español abona y traslada mediante una especie de acción de regreso a la Administración Pública responsable, en la parte

---

aquélla. La primacía, en cambio, no se sustenta necesariamente en la jerarquía, sino en la distinción entre ámbitos de aplicación de diferentes normas, en principio válidas, de las cuales, sin embargo, una o unas de ellas tienen capacidad de desplazar a otras en virtud de su aplicación preferente o prevalente debida a diferentes razones. Toda supremacía implica, en principio, primacía (de ahí su utilización en ocasiones equivalente, así en nuestra Declaración 1/1992, FJ 1), salvo que la misma norma suprema haya previsto, en algún ámbito, su propio desplazamiento o inaplicación."

que le es imputable. En cambio, cuando la violación del derecho comunitario es alegada por los particulares ante los jueces o tribunales nacionales, la apreciación de los criterios que permiten determinar la responsabilidad por daños causados a los particulares por violaciones del Derecho comunitario corresponde, en principio, a los órganos jurisdiccionales nacionales, conforme a lo establecido en reiterada jurisprudencia del TJCE, cuya cita recoge el parágrafo 58 de la sentencia de 1 de junio de 1999 (asunto C-302/97).

Dicha sentencia resolvió, también, la cuestión prejudicial planteada por el órgano judicial austriaco referida a si en los Estados miembros de estructura federal la reparación de los daños causados a los particulares, por medidas de naturaleza interna contrarias al Derecho comunitario, debe ser necesariamente asumida por el Estado federal o puede ser asumida por los Estados federados. El TJCE respondió a la cuestión prejudicial formulada de la forma siguiente:

> "62. Incumbe a cada Estado miembro garantizar que los particulares obtengan la reparación del daño ocasionado por el incumplimiento del Derecho comunitario, sea cual fuere la autoridad pública que haya incurrido en dicho incumplimiento y sea cual fuera aquella a la que, con arreglo al Derecho del Estado miembro afectado, le corresponda en principio hacerse cargo de dicha reparación. Por tanto, un Estado miembro no puede invocar el reparto de competencias y responsabilidades entre las entidades existentes en su ordenamiento jurídico interno para eximirse de su responsabilidad a este respecto.
>
> "63. Hecha esta salvedad, el Derecho comunitario no impone a los Estados miembros ninguna modificación del reparto de competencias y responsabilidades entre las entidades públicas que existen en su territorio. Siempre que los cauces procesales que ofrezca el ordenamiento interno permitan una protección efectiva de los derechos que a los particulares les otorga el ordenamiento comunitario, sin que les resulte más difícil ejercer dichos derechos que aquellos que les otorga el ordenamiento jurídico interno, quedan satisfechas las exigencias comunitarias.
>
> "64. En consecuencia, procede responder a la cuarta cuestión que, en los Estados miembros de estructura federal, la reparación de los daños causados a los particulares por normas de naturaleza interna contrarias al Derecho comunitario no debe ser necesariamente asumida por el Estado federal para que se cumplan las obligaciones comunitarias del Estado miembro de que se trata."

Si a esta doctrina jurisprudencial unimos que en nuestro Derecho interno la Ley de la Jurisdicción permite solicitar y obtener en un mismo recurso contencioso-administrativo la anulación de la norma o acto administrativo impugnado y la indem-

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

nización de los daños y perjuicios causados,[4] ésta debe ser, sin duda, una fuente importante de preocupación para las entidades locales respecto a la correcta transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento local.

De todas formas, como la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico, de forma horizontal y con carácter de norma básica, la practica totalidad de las determinaciones contenidas en la Directiva de Servicios y, además, deroga cuantas disposiciones de igual o inferior rango se oponen a lo establecido en la misma, todo indica que en España la transposición de la DS se ha producido de forma correcta, al menos formalmente, puesto que dentro del plazo de transposición de la Directiva han quedado derogados o desplazados todos los preceptos de las leyes no orgánicas, de los reglamentos y de las ordenanzas locales cuyo contenido se opone a lo establecido en la LAASE, que es prácticamente lo mismo que decir que han sido derogadas o desplazadas todas las normas cuyo contenido contravenía la DS, ya que la regulación contenida en la Directiva y en la LAASE es coincidente, cuando no idéntica, en muchos de sus preceptos.

En definitiva, aunque la disposición derogatoria de la LAASE no específica qué normas han quedado derogadas por ser contrarias a lo establecido en la misma, las antinomias formales que nos encontraremos las deberemos resolver aplicando los criterios de resolución de antinomias de la temporalidad, conforme a los cuales la norma posterior de igual o superior rango deroga la anterior, y de jerarquía, que propugna que la norma superior deroga la norma inferior, con lo que salvaremos la mayoría de conflictos de normas que se produzcan entre la LAASE y el resto de normas.

Ahora bien, cuando el conflicto de normas se produzca entre la norma básica estatal, la LAASE, y una ley o reglamento autonómico de desarrollo, anterior a la misma, tropezaremos con el fenómeno de las llamadas inconstitucionalidades sobrevenidas. Ciertamente, la doctrina no se pone muy de acuerdo sobre si en estos casos la norma autonómica anterior es nula o, simplemente, ha sido desplazada por la norma estatal posterior, pero a los efectos prácticos que ahora nos interesa el resultado es el mismo, la norma autonómica anterior no es de aplicación en ningún caso.

La reciente STC 162/2009, de 29 de junio, recoge la línea jurisprudencial descrita en un supuesto de contradicción entre la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, posterior y de carácter básico en el as-

4. *Vid.* los artículos 31, 34, 65.3 y 71.1, apartado d), de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

pecto enjuiciado, y la Ley de Administración local de Aragón, anterior en el tiempo a dicha Ley de Patrimonio. En la sentencia se arguye:

"5. Una vez que hemos constatado que el Art. 107.1 de la Ley 33/2003 es una norma básica tanto en sentido formal como material, de conformidad con el Art. 149.1.18 CE, nos resta examinar si existe una efectiva contradicción entre esa norma legal estatal y el Art. 184.2 de la Ley 7/1999, de 9 de abril, de Administración local de Aragón y, de ser así, si esa contradicción resulta insalvable por vía interpretativa.

"Pues bien, llegados a este punto hemos de dar la razón al Abogado del Estado cuando sostiene que el precepto autonómico cuestionado contradice de forma abierta e insuperable por vía interpretativa lo dispuesto con carácter básico por el Art. 107.1 de la Ley 33/2003, pues mientras que este precepto prescribe el concurso como forma general de adjudicación de cualquier "contrato para la explotación de los bienes y derechos patrimoniales" (salvo en los casos excepcionales en que se admite la adjudicación directa), por el contrario el Art. 184.2 de la Ley aragonesa impone la subasta como forma de adjudicación en los arriendos o cualquier otra forma de cesión del uso de bienes patrimoniales "siempre que la duración de la cesión sea superior a cinco años y su precio exceda del cinco por ciento de los recursos ordinarios del presupuesto", admitiendo sólo excepcionalmente el concurso, en los supuestos especificados en el párrafo 2 del propio Art. 184.2. Es decir, para un mismo supuesto de hecho la consecuencia jurídica del precepto legal autonómico es radicalmente distinta a la prevista en la norma básica estatal sobrevenida.

"Así pues, teniendo el Art. 107.1 de la Ley 33/2003 formal y materialmente carácter de norma básica, al amparo del Art. 149.1.18 CE, y siendo insalvable la contradicción existente entre este precepto y el Art. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, de 9 de abril, ha de concluirse que el precepto autonómico es inconstitucional.

"6. Sentada esta conclusión resulta obligado precisar, finalmente, los efectos de la declaración de inconstitucionalidad. Y es que, dado que la disconformidad constitucional del precepto autonómico tuvo lugar no originariamente, en el momento de promulgación de la Ley aragonesa 7/1999, sino con posterioridad, en el de entrada en vigor de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de patrimonio de las Administraciones públicas, los efectos de la inconstitucionalidad y nulidad (Art... 39.1 LOTC) del Art. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999 deben desplegarse exclusivamente a partir de la fecha de entrada en vigor de la Ley estatal (SSTC 27/1987, de 27 de febrero, FJ 9 in fine, y 1/2003, de 16 de enero, FJ 9), no siendo susceptibles de ser revisadas como consecuencia de esta declaración de nulidad las

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

situaciones jurídicas consolidadas, tanto las decididas mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (Art.. 40.1 LOTC) en las que se haya aplicado el Art.. 184.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 7/1999, como, por exigencia del principio de seguridad jurídica (Art. 9.3 CE), las establecidas en aplicación de ese mismo precepto mediante acto administrativo firme (por todas, SSTC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 11, y 179/2006, de 13 de junio, FJ 11)."

En definitiva, como sabemos que la LAASE ha transpuesto en norma básica y con carácter horizontal la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico español, de forma que a veces va más allá de lo exigido por la Directiva, en los trabajos de transposición de la normativa local a la Directiva de Servicios no sólo deberemos tener en cuenta la Directiva de Servicios, sino también la LAASE, la Ley Ómnibus y las restantes leyes y normas cuyo ámbito de aplicación afecte al ordenamiento jurídico local.

Ahora bien, cuando encontremos una antinomia entre la Directiva de Servicios y el ordenamiento interno de transposición que no sea salvable por vía interpretativa, deberemos hacer caso a la Directiva de Servicios porque el ordenamiento comunitario vincula de forma más fuerte a las entidades locales que el ordenamiento jurídico interno.

2. La posición ordinamental de las ordenanzas locales. Presente y perspectivas de futuro

En mi artículo sobre los desafíos de la Directiva Bolkestein, ya citado, propugnaba que las entidades locales tuvieran una actitud valiente a la hora de transponer la referida Directiva. En efecto, en el epígrafe 2, bajo el título "Incidencia en el proceso de revisión normativa de las ordenanzas locales de la nueva concepción de la potestad normativa local contenida en los estatutos de autonomía de nueva generación", defendía la tesis de que la interiorización que habían hecho los estatutos de autonomía de nueva generación de la Carta Europea de Autonomía Local y, en especial, de su concepto de autonomía local, entendido –artículo 3.1– como el derecho y la capacidad efectiva de las entidades locales para ordenar y gestionar una parte importante de los asuntos públicos, en el marco de la ley, bajo su responsabilidad y en beneficio de sus habitantes, abría un nuevo horizonte jurídico, en el que los gobiernos locales resultan habilitados para gestionar, pero también para normar, en las materias de su competencia, actuando, eso sí, en el marco de la ley, al igual que lo hacen el Gobierno del Estado y los gobiernos de las comunidades autónomas.

Las consecuencias que se derivarían de imponerse dicha tesis, que por lo demás me parece la más plausible conforme a las normas que integran el actual bloque de la constitucionalidad, las relaciones entre los reglamentos estatales y autonómicos y

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

las ordenanzas locales no se regirían por el principio de jerarquía, como ahora, sino por el principio de competencia, al igual que lo hacen las relaciones entre los reglamentos estatales y los reglamentos autonómicos. Cabalmente, en un Estado que se organiza territorialmente en tres niveles de gobierno y que constitucionalmente –artículo 137 CE– reconoce autonomía a municipios, provincias y comunidades autónomas para la gestión de sus intereses respectivos, es lógico que las relaciones entre los niveles de gobierno y sus voluntades autónomas expresadas en normas reglamentarias se rijan por el principio de competencia y no por el principio de jerarquía, principio este último que es propio de las relaciones entre órganos de una misma Administración Pública, pero no tiene razón de ser en las relaciones entre administraciones territoriales distintas, cuyas asambleas son elegidas tras la celebración de elecciones periódicas distintas, y cuyos presidentes de los respectivos gobiernos son escogidos tras la realización de votaciones de investidura distintas para cada caso.

Si se desea que los gobiernos locales sean auténticos gobiernos y no gestorías públicas que ejecutan, en las materias de su competencia, lo que deciden y expresan mediante reglamentos el Gobierno del Estado o el Gobierno autonómico respectivo, debemos dar sentido a la idea de que en el marco de las leyes los gobiernos locales no sólo gestionan, sino también "ordenan" los asuntos de su competencia, puesto que las entidades locales son administraciones públicas territoriales dotadas de autonomía y de poder público para el ejercicio de sus competencias respectivas.

En el caso español, en la transposición de la Directiva de Servicios concurren distintos ámbitos competenciales, ante lo que hay que recordar la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional (SSTC de 8 de marzo y 22 de abril de 1993), cuando establece que la traslación de la normativa comunitaria al Derecho interno "ha de seguir necesariamente los criterios constitucionales y estatutarios de reparto de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas, criterios que (…) no resultan alterados ni por el ingreso de España en la CEE ni por la promulgación de normas comunitarias"; "por consiguiente, la ejecución del Derecho comunitario corresponde a quien materialmente ostenta la competencia según las reglas de Derecho interno, puesto que no existe una competencia específica para la ejecución del Derecho comunitario"[5]. Por tanto, no cabe duda de que corresponde a las en-

5. Desde la sentencia TJCE de 22 de febrero de 1982 (Comisión vs. Bélgica), el Alto Tribunal viene declarando que "la ejecución de directivas por medio de actos normativos de carácter regional es admisible desde el punto de vista comunitario, al ser libre cada Estado miembro de repartir como considere oportuno las competencias normativas a nivel interno, pero la cuestión radica en que el Estado miembro, cualquiera que sea su estructura, es responsable hacia la Comunidad cuando la ejecución sólo tiene lugar para una parte del territorio."

tidades locales transponer el Derecho comunitario al Derecho interno en aquellas materias que sean de su competencia.

De hecho, la doctrina del Tribunal Constitucional antes mencionada ha sido positivizada, respecto a las Administraciones autonómicas, en los estatutos de autonomía de nueva generación; por ejemplo, la Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de Reforma del Estatuto de Autonomía de Cataluña, en su artículo 189, dispone que "La Generalitat aplica y ejecuta el derecho de la Unión Europea en el ámbito de sus competencias. La existencia de una regulación europea no modifica la distribución de competencias que establecen la Constitución y este Estatuto". En el mismo sentido, el artículo 235.1 del Estatuto de Autonomía de Andalucía establece que la Junta de Andalucía desarrolla y ejecuta el Derecho de la Unión Europea en materias de su competencia, de acuerdo con lo que establezca una ley del Parlamento de Andalucía.

Nótese que para abordar el tema que nos ocupa, que no es otro que la transposición de la Directiva de Servicios y la adaptación a las leyes internas ya vigentes, es fundamental fijar si la premisa de partida es que corresponde a los gobiernos locales transponer, en el marco de las leyes, las normas reglamentarias que afectan al ejercicio de sus competencias, que según hemos visto son de gestión pero también de ordenación, o si por el contrario los gobiernos locales deben esperar a que el Gobierno del Estado o el Gobierno autonómico respectivo ordenen, con carácter reglamentario, el ejercicio de las competencias que los estatutos de autonomía y las leyes atribuyen como de competencia de los gobiernos locales.[6]

De hecho, la tesis que propugno no es revolucionaria, puesto que ya figuraba como una de las propuestas de la Comisión de Expertos nombrada en el seno del entonces Ministerio de Administraciones Públicas, que elaboró el denominado Libro Blanco para la Reforma del Gobierno Local, cuya primera edición es de julio de 2005. En efecto, en la página 42 del Libro, en su edición en papel, donde se recogen las propuestas del epígrafe II referido al Marco Europeo de la Reforma del Gobierno y la Administración Local en España, se contiene la propuesta siguiente:

> "Segunda: Proteger el debilitado poder normativo de las entidades locales españolas contra el desarrollo excesivo del poder reglamentario estatal y autonómico sobre asuntos de competencia local. En concreto, la medida propone introducir un

6. El estudio de la cuestión del alcance de la potestad normativa local a la luz de los estatutos de autonomía de nueva generación excede, con mucho, el objeto del presente trabajo. No obstante, si se quiere una referencia algo más extensa puede consultarse mi artículo sobre los desafíos de la Directiva Bolkestein en la revista electrónica CEMCI, núm. 4, ya citada, p. 14 a 22.

nuevo precepto en la Ley básica de Gobierno Local donde se establezca que cuando la ley, estatal o autonómica, atribuya a las entidades locales una competencia con carácter de propia, las normas reglamentarias de desarrollo que aprueben la Administración del Estado o la de la Comunidad Autónoma, de acuerdo con el orden constitucional de distribución de competencias, tendrán carácter supletorio respecto de las ordenanzas o reglamentos que aprueben las entidades locales sobre esa materia.

"Esta fórmula permite cohonestar, de forma adecuada, la capacidad normativa del Estado y de las comunidades autónomas con la capacidad reglamentaria de los entes locales. Además, de esta forma se evitan las temidas lagunas legales y se posibilita que nuestras entidades locales puedan ordenar una parte importante de los asuntos públicos, conforme lo que establece el artículo 3.1 de la CEAL."

Esta propuesta de los redactores del Libro Blanco ha sido recogida, si bien parcialmente, por los redactores del Anteproyecto de Ley de Gobiernos locales de Cataluña, donde se establece, artículo 4.4, que "En aquellas materias en las cuales la potestad normativa corresponda a los entes locales, las normas reglamentarias estatales o autonómicas tendrán carácter supletorio respecto de las que aprueben las entidades locales."[7]

También el Proyecto de Ley de Autonomía Local de Andalucía que ya se tramita en el Parlamento de Andalucía (BOPA núm. 392, de 5 de febrero de 2010) se dirige en la línea apuntada cuando establece, artículo 4.1, que los municipios y provincias de Andalucía gozan de autonomía para la ordenación y gestión de los

7. En esta misma línea, la Disposición final primera del proyecto de de Reglamento catalán de espectáculos públicos y actividades recreativas dispone que 28 de sus preceptos tienen carácter supletorio de las ordenanzas municipales, lo que justifica el segundo párrafo de la exposición de motivos diciendo que "este reglamento incluye también disposiciones relativas a las licencias municipales y otros asuntos propios de las competencias de los ayuntamientos. Éstas, no obstante, son debidamente respetadas, ya que queda clara la naturaleza supletoria de estos preceptos, que solo son de aplicación en aquellos municipios que no tengan ordenanzas propias o que en ellas no se disponga otra cosa."

Esta regulación sería muy positiva desde el punto de vista de la autonomía local si no fuera porque, en mi opinión, la competencia exclusiva que el artículo 141.3 del EAC atribuye a la Generalidad de Cataluña en materia de espectáculos y actividades recreativas juega en las relaciones Estado-Comunidad Autónoma, pero no en la relación Generalidad-Administración local, en la que el propio EAC aclara –artículo 71.1– que la Administración de la Generalidad es la organización que ejerce las funciones ejecutivas atribuidas por el Estatuto a la Generalidad, sin perjuicio de las competencias que corresponden a la Administración local, y el propio EAC –artículo 84.2 e)– atribuye competencias a los gobiernos locales sobre la regulación de las condiciones de seguridad en las actividades organizadas en espacios públicos y en locales de concurrencia pública, lo que significa que en esta materia de la seguridad en los locales de concurrencia publica las competencias de desarrollo de la ley son de los gobiernos locales.

asuntos de interés público en el marco de las leyes, y cuando dispone, artículo 7.1, que "las competencias locales facultan para la regulación, dentro de su potestad normativa, de las correspondientes materias".

En definitiva, aunque no sabemos si el nuevo Proyecto de Ley básica de los Gobiernos locales, o de la Autonomía local o como se llame, será aprobado o no en esta legislatura, si se quiere facilitar la transposición de la Directiva de Servicios y el desarrollo de las leyes internas que regulan las competencias locales, sería de lo más apropiado que, aprovechando la tramitación del Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, que proyecta introducir diversas modificaciones relacionadas con la transposición de la Directiva de Servicios y modifica parcialmente la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, se introdujera un nuevo precepto en la Ley de Bases del Régimen Local en el sentido antes apuntado. De esta forma, los gobiernos locales, el Gobierno estatal y los gobiernos autonómicos sabrán a qué atenerse, y la normativa reglamentaria que regula las competencias de los gobiernos locales no habrá de ser modificada dos veces, primero por los gobiernos estatales y autonómicos y, después, otra vez, por los gobiernos locales; máxime cuando el plazo para la transposición de la Directiva de Servicios ya ha sido agotado, y procede simplificar las cosas y dar a las reformas normativas una cierta estabilidad en el tiempo.

Hasta la fecha, la tesis aquí propugnada no ha sido la adoptada para la incorporación al Derecho interno de la Directiva de Servicios en las entidades locales, con lo que la duplicación del trabajo de realizar la transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento jurídico local, si las cosas evolucionan en el sentido apuntado, está prácticamente asegurada. Corrobora este hecho el informe sobre la transposición de la Directiva de Servicios del Gobierno español, de fecha 20 de enero de 2010, en su epígrafe VI,[8] bajo el título Incorporación al Derecho interno de la Directiva de Servicios en las entidades locales, donde se describe el proceso de transposición de la Directiva de Servicios realizado hasta la fecha, respecto a las entidades locales, de la forma siguiente:

> "Como se ha analizado, una de las cuestiones centrales en la transposición de la Directiva de Servicios, que hacen que el proceso sea particularmente complejo, es que afecta a los procedimientos de los tres niveles de Administración Territorial en que está estructurado el Estado español, y a múltiples sectores de actividad, dado el carácter transversal del sector servicios en todas las economías desarrolladas.

8. P. 66 a 70.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924

Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

"En el caso de las entidades locales les afectan tanto las disposiciones de la Directiva de Servicios relativas a las adaptaciones normativas de los regímenes de autorización y requisitos para el acceso y ejercicio de actividades de servicios, como las relativas al sistema de cooperación administrativa y al establecimiento de la ventanilla única y el acceso electrónico a los trámites.

"Hay que tener en cuenta que existen en España 8.114 ayuntamientos y 50 diputaciones provinciales que poseen potestad reglamentaria, y que tienen múltiples procedimientos y normas que regulan el acceso y ejercicio de actividades de servicios. Además, debido a la heterogeneidad del mapa municipal español, existen ayuntamientos cuya insuficiente capacidad de gestión, debido a su escaso tamaño y básica estructura, complica el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la Directiva de Servicios. Como mecanismo para incluir a las entidades locales en la cooperación horizontal, se invitó a la Federación Española de Municipios y Provincias a designar a su propio interlocutor único, que participa en las reuniones horizontales de cooperación, y asimismo se invitó a los representantes municipales a participar en las reuniones sectoriales de coordinación.

"Los ayuntamientos tienen que evaluar su propia normativa para ver el grado de compatibilidad de la misma con la Directiva de Servicios en cuanto a los regímenes de autorización y a los requisitos prohibidos y evaluables recogidos en la misma. Si bien en la medida en que sus ordenanzas sean desarrollo de la normativa estatal y autonómica tendrán que ajustarse a los nuevos criterios que dicha legislación adopte como consecuencia a su vez de la adaptación de su propia normativa a la Directiva de Servicios.

"Por lo que se refiere a las adaptaciones normativas, en relación con las entidades locales deben tenerse en cuenta las siguientes cuestiones:

"1. A pesar del elevado número global de normas locales afectadas por la Directiva de Servicios, éstas se proyectan sobre ámbitos materiales similares. En concreto, se ha detectado que los ámbitos sectoriales donde se concentran la mayor parte de ordenanzas afectadas son comercio, sanidad, transportes, medioambiente, energía, deportes, espectáculos públicos y sociedad de la información y comunicaciones. Es decir, 8 áreas del total de 22 sobre las que se está trabajando en la transposición.

"2. Un porcentaje importante de las ordenanzas locales reguladoras de procedimientos y trámites afectados por la Directiva de Servicios traen causa de la legislación estatal o autonómica reguladora del sector de actividad de que se trate. En estos supuestos, resulta imprescindible conocer con carácter previo el sentido de la

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

modificación de estas leyes para compatibilizarlas con la Directiva de Servicios a fin de proceder a la modificación de la normativa local. Y ello con independencia de que, una vez aprobadas las correspondientes modificaciones legislativas, y la propia Ley paraguas, devendrán inaplicables los requisitos previstos en las ordenanzas que resulten incompatibles con dichas leyes.

"3. Debido a la heterogeneidad de los municipios españoles, se ha planteado la necesidad de acometer alguna actuación que permitiera a los responsables municipales conocer, tanto el contenido de la Directiva de Servicios y de la Ley horizontal de transposición, como las obligaciones concretas que se derivan para las entidades locales como consecuencia de esta normativa. Por ello, se decidió llevar a cabo una Estrategia de Actuación específica.

"Considerando todos estos aspectos, se procedió a la:

"1. Realización de un estudio para la detección de los ámbitos sectoriales en los que existen ordenanzas potencialmente afectadas por la Directiva de Servicios seleccionados por su diferente complejidad de organización y capacidad de gestión. En concreto han sido: Madrid, Valencia, Toledo, Valladolid, Granada, Huesca, L`Hospitalet de Llobregat, Rubiá, Vilamarín, Viana Do Bolo, Ourense, Xinzo de Limia, Castro Caldelas, Cortejada, Bande, Verín, Rivadavia y Barbadás. El estudio permitió concluir que los principales ámbitos sectoriales sobre los que se proyectan las ordenanzas afectadas son comercio, sanidad, transportes, medioambiente, energía, deportes, espectáculos públicos y sociedad de la información y comunicaciones.

"2. Realización de un manual práctico de evaluación específico dirigido a las entidades locales, tomando como referencia la información obtenida en el estudio mencionado en el apartado anterior. El Manual va acompañado de una "Guía rápida", con objeto de facilitar los trabajos que deben realizar los responsables municipales.

"3. Difusión del Manual a todas las entidades locales, y organización de jornadas técnicas.

"Una vez llevadas a cabo las anteriores actuaciones, los Ministerios de Economía y Hacienda y de Política Territorial elaboraron (junio de 2009) un programa de trabajo para el impulso de la adaptación de la normativa local a la Directiva de Servicios que fue aprobada por el GTDS.

"Dicho programa se articula en torno a dos líneas de actuación. Por un lado, con el fin de impulsar la transposición de la Directiva en todas las entidades locales, se

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

acordó involucrar a las Direcciones Generales de política local de cada Comunidad Autónoma, de modo que colaboren e impulsen el proceso de transposición de la Directiva en las entidades locales de su Comunidad y trasladen orientaciones y criterios generales, sin perjuicio de que cada Comunidad Autónoma pueda decidir el órgano adecuado para impulsar la transposición en las entidades locales de su territorio.

"En segundo lugar, en paralelo, se acordó trabajar más estrechamente y de modo directo desde el Grupo de Trabajo interministerial para la transposición de la Directiva de Servicios (GTDS), con determinados municipios de mayor población si bien con la salvedad de incluir al menos uno por Comunidad Autónoma (en anexo se incluye el listado de municipios), con los que se abordarían las fases de identificación, modificación de ordenanzas y comunicación de resultados a la Comisión Europea.

"El resultado de la modificación de la normativa llevada a cabo por estos municipios de mayor población se trasladaría al resto de entidades locales con objeto de que éstas puedan disponer de esta referencia para revisar el ejercicio que hayan desarrollado en su municipio.

"Esta segunda línea de actuación se inició el pasado 16 de julio, mediante una reunión presidida por el Secretario de Estado de Cooperación Territorial, a la que asistieron representantes de 28 ayuntamientos españoles, los Directores Generales de Administración local de las comunidades autónomas, así como representantes de los Ministerios de Política Territorial, Economía y Hacienda y Presidencia.

"En dicha reunión se propuso a dichos ayuntamientos, la remisión de la identificación de ordenanzas afectadas de sus respectivos ordenamientos, para posteriormente comunicar las líneas generales de las modificaciones a efectuar.

"Conforme se reciben las correspondientes fichas identificativas, se da traslado de las mismas a las Direcciones Generales de Administración Local de la correspondiente Comunidad Autónoma, con objeto de que puedan servir para orientar a otros ayuntamientos de la misma Comunidad a la hora de realizar la transposición, y asimismo para ofrecer información acerca de la legislación sectorial autonómica de la que traen causa las ordenanzas identificadas.

"Por otra parte, varias comunidades autónomas han organizado en los últimos meses jornadas formativas con objeto de dar a conocer a los responsables municipales, tanto de nivel técnico como político, las obligaciones que comporta la Directiva. En concreto, la DG de Cooperación Local del Ministerio de Política Territorial ha

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

participado, mediante el envío de ponentes, en la celebración de jornadas en las siguientes comunidades autónomas: Baleares, Andalucía, Cantabria, Asturias, Canarias, Madrid, Valencia, Castilla-La Mancha (celebrada la de Toledo, pendiente de celebrar en las otras provincias.)

"De la información extraída de las fichas de identificación recibidas, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

"1. De la identificación de ordenanzas afectadas en los ayuntamientos del grupo de trabajo, y a pesar de las notables diferencias existentes en la información aportada por los mismos, puede señalarse con carácter general que las ordenanzas afectadas versan fundamentalmente sobre las siguientes materias:

– Quioscos
– Publicidad exterior
– Venta ambulante
– Mercados municipales (mayoristas y minoristas)
– Terrazas y veladores
– Licencias de actividad, apertura y funcionamiento de establecimientos (en general): en esta tipología se encuentran tanto las ordenanzas sustantivas, reguladoras del correspondiente procedimiento, como las fiscales, reguladoras de las tasas exigibles.
– Protección contra el ruido
– Protección del medio ambiente atmosférico
– Telecomunicaciones
– Energía solar
– Servicios funerarios.

"2. La mayor parte de las ordenanzas locales afectadas por la Directiva de Servicios, traen causa de la legislación sectorial autonómica correspondiente, por lo que cualquier cambio en la normativa local debe coordinarse con los cambios que previamente se hayan efectuado por la Comunidad Autónoma en su propia legislación.

"3. La propia decisión que tomen las comunidades autónomas respecto a la legislación sectorial que vayan a modificar, como consecuencia de su proceso de identificación y evaluación de su propia normativa, supone para las entidades locales un criterio fundamental a tener en cuenta a la hora de determinar si una ordenanza está afectada o no por la Directiva de Servicios, y dado el principio de jerarquía normativa, resulta prácticamente imprescindible conocer el sentido de las modificaciones en la legislación autonómica antes de abordar la modificación de las ordenanzas de que se trate. Por este motivo, muchos ayuntamientos han trasladado al

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924

Ministerio de Política Territorial la dificultad que supone proceder a efectuar las modificaciones sin conocer con carácter previo el sentido y amplitud de las modificaciones que vayan a realizar las correspondientes comunidades autónomas.

"4. Asimismo, algunas diputaciones provinciales se han planteado la conveniencia de elaborar ordenanzas tipo en los sectores afectados. No obstante, manifiestan también la dificultad de proceder a elaborar dichas ordenanzas tipo antes de la aprobación de la correspondiente legislación sectorial."

No me voy a entretener en describir las diferentes propuestas que han ido apareciendo, a lo largo del tiempo, para facilitar la adaptación de la normativa local a la Directiva de Servicios, desde el denominado Manual de Evaluación para las Entidades Locales, elaborado por el MAP, la FEMP y COSITAL, hasta algunas propuestas y acciones formativas adoptadas por asociaciones de municipios y entidades locales (FEMP, EUDEL, ACM, FMC, así como la Diputación de Barcelona y Ayuntamientos como los de Jerez de la Frontera, Vitoria, Tarragona y Reus), ya que ese proceso se encuentra perfectamente descrito por Rafael Jiménez en su monografía, a la que ya he hecho mención y a la cual me remito.

Afirma en dicha monografía el profesor Jiménez Asensio,[9] citando la línea doctrinal aquí apuntada, que hasta la fecha las entidades locales no han sabido extraer toda la savia que ofrece la DS para revitalizar las potestades normativas locales, pues ciertamente se ha perdido una oportunidad de oro para imprimir un sello innovador a esas potestades normativas, dado que la adaptación hubiese permitido una conexión directa con los principios y reglas de la DS, pudiendo haber entendido desplazadas muchas reglas que aparecían recogidas en la legislación autonómica o estatal que no se había adaptado con carácter previo.

Por excepción, donde las propuestas locales van por delante de los cambios normativos es en la materia fiscal y así en los modelos de ordenanzas fiscales municipales aprobados por la Diputación de Barcelona y publicados en Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona número 233, de 29 de septiembre de 2009, las ordenanzas de tasas por licencias números 20 (urbanísticas), 21 (de actividades) y 34 (de publicidad dinámica) han extendido su denominación y el hecho imponible de la tasa correspondiente a la posterior comprobación de la actividad comunicada, mientras que la extraña previsión contenida en el artículo 100.1 del Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, aprobado por RDL 2/2004, de 5 de marzo, conforme a la cual el hecho imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras está constituido por la realización, dentro del término municipal, de cualquier cons-

9. P. 231 de su monografía.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

trucción, instalación u obra "para la que se exija obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística, se haya obtenido o no dicha licencia, siempre que su expedición corresponda al ayuntamiento de imposición", ha sido salvada en el modelo de Ordenanza reguladora del Impuesto con la previsión contenida en el número 2 de la disposición adicional 1ª de la Ordenanza-tipo aprobada por la Diputación de Barcelona, del siguiente tenor: "Si se modificase el alcance jurídico de las licencias de obras o urbanísticas de competencia municipal, esta Ordenanza también será aplicable a todas las construcciones, instalaciones y obras que pasen del régimen de intervención al de comunicación previa o al de declaración responsable."[10]

Ciertamente, el requisito de que para que nazca el hecho imponible del Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras se exija la obtención de la correspondiente licencia de obras o urbanística estaba pensando en aquellos supuestos en que sea la Administración del Estado o de las Comunidades autónomas la que realice la obra, normalmente de infraestructuras públicas, que no se autorizan a través de una licencia, sino a través de un informe municipal y si la infraestructura no es compatible con el planeamiento se ordena que se modifique el planeamiento; en cambio, ningún sentido tiene que en función de si el control de la construcción, instalación o obra se realiza a través de licencia, o no, la construcción, instalación u obra esté sujeta, o no, al pago del Impuesto.

En este orden de cosas, el artículo 46 del Anteproyecto de Ley de Economía Sostenible, Anteproyecto que puede ser consultado en la página web del Ministerio de Economía y Hacienda, puesto que en el momento en que escribo estas páginas todavía no ha tenido entrada en las Cortes Generales, da cierta cobertura legal *a posteriori* a las modificaciones de las ordenanzas fiscales municipales, al modificar la letra i) del artículo 20.4 del TRLRHL, en el sentido de habilitar a las entidades locales para establecer tasas por:

"i) Otorgamiento de las licencias de apertura de establecimientos, así como por la realización de la actividad de verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación sectorial cuando se trate de actividades no sujetas a autorización o control previo."

Ciertamente, el precepto no se refiere a las licencias urbanísticas ni al Impuesto sobre Construcciones, Instalaciones y Obras, pero la referida omisión obedece a la discusión sobre si el urbanismo y sus licencias están o no afectados por la Directi-

10. "Models tipus d'ordenances per als ajuntaments de la provincia de Barcelona per a l'any 2010", publicados en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, núm. 233, de 29 de septiembre de 2009, anexo I, p.42.

va de Servicios, no al hecho de que por la verificación del cumplimiento de los requisitos establecidos en la legislación urbanística, cuando se trate de obras o usos no sujetos a autorización o control previo, se pueda percibir la tasa, extremo este que no parece dudoso, ya que el listado del artículo 20.4 no tiene carácter exhaustivo, sino ejemplificativo.

A mi juicio, para profundizar sobre la bondad de los modelos de ordenanzas fiscales de la Diputación de Barcelona y, en general, sobre la Directiva de Servicios y la Fiscalidad, es de consulta obligada el artículo del magistrado Emilio Aragonés titulado "Incidencia en la tributación local de la Directiva de Servicios".[11]

De cualquier forma, bien entrado ya el año 2010 creo que para realizar una buena transposición de la Directiva de Servicios y adaptar el ordenamiento jurídico de las entidades locales a la misma y a las leyes internas sectoriales ya aprobadas, es fundamental conocer y manejarse adecuadamente con la normativa citada, pero también con la regulación de las libertades de establecimiento y de la libre prestación de servicios del Tratado de la Unión Europea, y con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas recaída en la interpretación de las mencionadas libertades comunitarias. A esta relevante cuestión dedicaré el epígrafe siguiente de este estudio.

3. Premisas comunitarias clave para la correcta transposición de la Directiva de Servicios al ordenamiento local

Como todo instrumento de Derecho derivado, la Directiva de Servicios ha de contemplarse en el contexto del Derecho primario, es decir, el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (TCE) y sobre todo las libertades relativas al mercado interior. La Directiva debe interpretarse y transponerse en este contexto.

Como se advierte en el Manual de transposición de la Directiva de Servicios, elaborado por los servicios de la Dirección General del Mercado Interior y Servicios de la Unión Europea, página 8, debe de quedar claro, asimismo, que las materias excluidas del ámbito de la Directiva seguirán rigiéndose plenamente por el TCE.

A modo de ejemplo podemos traer a colación el caso resuelto por la STJCE de 9 de noviembre de 2006, Sala Primera, en la que el Alto Tribunal tuvo que diluci-

11. En la actualidad dicho artículo puede ser consultado en la página web de la Fundación Democracia y Gobierno Local; http:www.gobiernolocal.org

dar sobre un asunto de fiscalidad, excluido de la Directiva de Servicios, conforme a lo establecido en el artículo 2.3 DS, pero que afectaba a la libre prestación de servicios consagrada en el artículo 49 del TCE. El caso, a mi juicio, es de sumo interés, porque en él se aborda, en una misma sentencia, la cuestión de la discriminación por razón de residencia, el principio de proporcionalidad, la consideración de la construcción como un servicio a efectos de la aplicación del artículo 49 del Tratado y, como ya he dicho, la aplicación del TCE a la libre prestación de servicios de actividades excluidas de la Directiva de Servicios. Los parágrafos que me interesa reproducir de la referida sentencia, son los siguientes:

> "28. Con carácter preliminar, debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada, el artículo 49 CE no sólo exige eliminar toda discriminación en perjuicio del prestador de servicios establecido en otro Estado miembro por razón de su nacionalidad, sino también suprimir cualquier restricción a la libre prestación de servicios, aunque se aplique indistintamente a los prestadores de servicios nacionales y a los de los demás Estados miembros, cuando pueda prohibir, obstaculizar o hacer menos interesantes las actividades de los prestadores de servicios de los demás Estados miembros que, en sus respectivos Estados miembros de origen, presten legalmente servicios análogos (en este sentido, véanse las sentencias de 25 de julio de 1991, Säger, C-76/90, Rec. p. I-4221, apartado 12; de 7 de febrero de 2002, Comisión/Italia, C-279/00, Rec. p. I-1425, apartado 31; de 13 de febrero de 2003, Comisión/Italia, C-131/01, Rec. p. I-1659, apartado 26; de 19 de enero de 2006, Comisión/Alemania, C-244/04, Rec. p. I-885, apartado 30, y de 15 de junio de 2006, C-225/04, Comisión/Francia, Rec. p. I-0000, apartado 37).
>
> "(…)
>
> "34. Al haber sostenido el Gobierno belga que las medidas controvertidas se justificaban por razones imperiosas de interés general relacionadas con la lucha contra el fraude fiscal en el sector de la construcción, es preciso comprobar si cabe admitir tal justificación.
>
> "(…)
>
> "36. En el caso de autos, aun admitiendo que en algunos supuestos citados por el Gobierno belga los prestadores de servicios no establecidos ni registrados en Bélgica pueden estar sujetos a impuestos, impuestos a cuenta y tasas cuya recaudación se pretende garantizar mediante la obligación de retención y la responsabilidad solidaria, consta que la aplicación de esas medidas no se limita a tales supuestos.

"37. Pues bien, la necesidad de combatir el fraude fiscal no es suficiente para justificar que la obligación de retención y la responsabilidad solidaria se apliquen, con carácter general y preventivo, a todos los prestadores de servicios no establecidos ni registrados en Bélgica, cuando se da la circunstancia de que una parte de ellos no está, en principio, sujeta a los mencionados impuestos, impuestos a cuenta y tasas.

"38. Al aplicarse de manera automática e incondicional, las medidas controvertidas no permiten tener en cuenta la situación individual de los prestadores de servicios no establecidos ni registrados en Bélgica.

"39. En lo que atañe a la obligación de retención, un medio menos restrictivo que privar a los prestadores de servicios de la posibilidad de disponer inmediatamente de una parte no desdeñable de sus ingresos habría sido prever un sistema, basado en el intercambio de información entre los comitentes y los empresarios, los prestadores de servicios y la Administración tributaria belga, que permitiera, por ejemplo, que los comitentes y empresarios se informaran de las eventuales deudas tributarias de las partes con las que contratan o que estableciera la obligación de informar a la Administración tributaria belga de todo contrato celebrado con personas no registradas o de todo pago efectuado a favor de las mismas.

"(…)

"42. Procede, pues, declarar que el Reino de Bélgica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 49 CE y 50 CE, al imponer a los comitentes y a los empresarios que recurren a contratar con extranjeros no registrados en Bélgica la obligación de retener el 15 % de las cantidades adeudadas por las obras realizadas y al imponer a esos mismos comitentes y empresarios la responsabilidad solidaria por las deudas tributarias de tales contratantes extranjeros."

En el TCE el derecho de libertad de establecimiento se encuentra regulado en los artículos 43 a 48, mientras que el derecho a la libre prestación de servicios se encuentra regulado en los artículos 49 a 55 del TCE. También la Directiva de Servicios regula de forma separada estas dos libertades, en el capítulo III –artículos 9 a 15– se ordena la libertad de establecimiento de los prestadores, mientras que en el capítulo IV –artículos 16 a 21– se regula la libre prestación de servicios y las excepciones. En definitiva, aunque hay preceptos de la Directiva de Servicios que se aplican a las dos libertades comunitarias, es importante saber ante qué libertad nos encontramos, puesto que ambas tienen una regulación diferenciada tanto en el TCE como en la Directiva de Servicios.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

En el Manual dirigido por las profesoras Victoria Abellán y Blanca Vilà y coordinado por el profesor Andréu Olesti, al que sigo en la exposición general de este epígrafe,[12] se entiende por establecimiento aquella instalación material, estable y permanente de una persona física o jurídica nacional de un Estado miembro, con el fin de ejercer en él una actividad no asalariada de naturaleza económica.

A su vez, esta instalación material puede ser, bien una implantación principal o, por el contrario una implantación secundaria, es decir, la creación por una persona física o jurídica que explota un establecimiento principal en el territorio de un Estado miembro, de una sucursal o filial en el territorio de otro Estado miembro.

En cambio, se entiende por prestación de servicios el ejercicio de actividades económicas no asalariadas a partir de un establecimiento situado en el territorio de un Estado miembro, con exclusión de toda instalación estable y permanente en el país destinatario de la prestación.[13]

El establecimiento y los servicios se diferencian, de un lado, porque el establecimiento supone una voluntad de permanencia y estabilidad en el Estado receptor, mientras que la prestación de servicios representa un carácter temporal y no estable. La temporalidad de la prestación se debe determinar en función de la duración, frecuencia, periodicidad y continuidad. De esto se infiere, como concluye el TJCE en el asunto Schnitzer,[14] que no puede haber límites temporales generales para distinguir entre establecimiento y libre prestación de servicios. Tampoco es decisivo que el prestador utilice una determinada infraestructura, ya que el prestador puede acogerse a la infraestructura en el Estado miembro de acogida para la prestación transfronteriza de servicios, sin estar establecido en el mismo.

En el asunto Schnitzer, el TJCE explicó[15] que incluso una actividad realizada durante varios años en otro Estado miembro, dependiendo de las circunstancias del caso, puede considerarse una prestación de servicios en el sentido recogido en el artículo 49 del Tratado CE, al igual que las prestaciones de servicios reiteradas a lo largo de un periodo amplio, como en el caso de las actividades de consultoría o de asesoramiento. El establecimiento requiere la integración en la economía del Esta-

12. *Lecciones de Derecho Comunitario,* 5ª edición, Ariel 2008.

13. El TJCE ha precisado, no obstante, que en determinadas condiciones se puede admitir que el prestador tenga cierta infraestructura en el Estado de acogida que le facilite la realización de la prestación (STJCE de 30-11-1995, asunto C-55/94, Gebhard).

14. Sentencia de 11 de junio de 2003, Schnitzer, asunto C-205-01, parágrafo 31.

15. Parágrafo 29.

do miembro, lo que conlleva la adquisición de una clientela en el mismo a partir de un domicilio profesional estable.

De otro lado, la realización efectiva del derecho de establecimiento implica necesariamente el desplazamiento de personas de un Estado a otro, mientras que la realización efectiva de la libre prestación no necesariamente supone ese desplazamiento.[16]

El ámbito de aplicación material de las normas del TCE sobre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios alcanza a todas las actividades económicas no asalariadas, con la única exclusión de las que participan en el ejercicio de la autoridad pública o las excluidas por el Consejo.[17]

En el TCE no se define el término de "actividades no asalariadas", si bien en su artículo 43 se mencionan las actividades no asalariadas, en contraposición al trabajo asalariado, que es objeto de la libre circulación de trabajadores; esto es, se trata de actividades realizadas por cuenta propia y de forma independiente. El Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de precisar que una actividad económica se ejerce de forma independiente cuando se demuestre que se ejerce sin que exista ningún vínculo de subordinación por lo que respecta a la elección de dicha actividad, ni a las condiciones de trabajo y de retribución, bajo responsabilidad propia, y a cambio de una remuneración que se paga íntegra y directamente.[18]

Como se indica en el Manual de Transposición de la Directiva de Servicios antes mencionado, para que una actividad constituya un "servicio" ha de realizarse por cuenta propia, es decir, ha de ser realizada por un prestador al margen de un contrato de trabajo. Además, debe realizarse normalmente a cambio de una remuneración; en otras palabras ha de ser de naturaleza económica. El mero hecho de que una actividad sea realizada por el Estado, por un órgano de éste o por una organización sin ánimo de lucro, no significa que no constituya un servicio. Más bien, de conformidad con la jurisprudencia del TJCE, "la característica especial de la remuneración reside en el hecho de que esta última constituye la contrapartida económica de la prestación que se discute".[19] Es irrelevante que la remuneración sea abonada por el destinatario del servicio o por un tercero. En cualquier caso, cabe señalar que el TJCE, en el contexto de los servicios de educación prestados en el

16. Sobre la distinción a efectos de la DS, véase el considerando 77 de la misma.
17. *Vid.* el artículo 45 del TCE y el artículo 2.2 de la DS cuando define las actividades que no se rigen por la misma.
18. Sentencia del TJCE de 20 de noviembre de 2001, asunto C-268/99.
19. Sentencia del TJCE de 27 de septiembre de 1998, Humbel, asunto 263/86.

marco del sistema educacional nacional, declaró que las matrículas que los alumnos o sus padres deben abonar en ocasiones para contribuir en cierta medida a sufragar los costes de funcionamiento del mismo no constituyen como tales una remuneración si el sistema se financia de todos modos esencialmente mediante fondos públicos.[20]

En consecuencia, los Estados miembros tienen que garantizar que las normas de la Directiva de Servicios se aplican a una amplia gama de actividades, ya se presten a empresas o a consumidores. En el considerando 33 de la Directiva de Servicios se dice que en la Directiva el concepto "servicio" incluye actividades enormemente variadas y en constante evolución y se contiene un listado de servicios que no tiene carácter exhaustivo.

El artículo 50 del TCE establece que con arreglo al presente Tratado, se consideran servicios las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración en la medida que no se rijan por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales y personas. Y añade que 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 definición amplísima de lo que se considera servicio a efectos del Tratado, que la Directiva de Servicios reproduce, plantea un elevado número de problemas para los que desde luego no tengo una solución mágica y segura, pero sinceramente a la vista de cómo el Estado y las comunidades autónomas están transponiendo la Directiva de Servicios en España creo que las dudas las tenemos todos y, lo peor, es que no se está debatiendo y no se ha debatido suficientemente este asunto.

De entrada, el artículo 50 TCE da una noción de servicio a los efectos del Tratado que constituye una especie de cajón de sastre residual donde se incardinan las prestaciones realizadas normalmente a cambio de una remuneración en la medida que no se rijan, y esto es importante, por las disposiciones relativas a la libre circulación de mercancías, capitales o personas.

En las actividades de venta ambulante, por ejemplo, está implicada la propia actividad de venta que constituye un servicio y, también, la libre circulación de mercancías en cuanto que las mercancías circulan normalmente para ser vendidas a los consumidores o a otros prestadores. Pues bien, al menos en las dos ocasiones recientes que he localizado, el TJCE ha incardinado la venta ambulante en la libre cir-

20. Sentencia del TJCE de 7 de diciembre de 1993, Wirth, asunto C-109/92.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924

Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

culación de mercaderías (artículo 28 TCE) y no en la libre prestación de servicios (artículo 50 TCE).

En efecto, en la STJCE de 13 de enero de 2000, asunto C-254/98, el Tribunal se pronunció sobre la cuestión prejudicial planteada, declarando que "El artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28, tras su modificación) se opone a una normativa nacional que establece que los panaderos, carniceros y comerciantes de productos alimenticios sólo pueden practicar la venta ambulante en una determinada circunscripción administrativa, como un Verwaltungsbezirk austriaco, si ejercen también su actividad comercial en un establecimiento fijo, en el que ofrezcan además las mercancías que vendan de forma ambulante, situado en la misma circunscripción administrativa o en un municipio limítrofe."

Por su parte en la sentencia del TJCE de 26 de mayo de 2005, sobre celebración de contratos de suscripción de revistas de forma ambulante (asunto C-20/03), el Tribunal aborda nuclearmente la cuestión de si la venta ambulante enjuiciada se incardina dentro de la libertad de circulación de mercaderías o de la libre prestación de servicios, de la forma siguiente:

> "33. En tercer lugar, en relación con la aplicabilidad del artículo 49 CE, debe recordarse, como ya se ha indicado en el apartado 21 de la presente sentencia, que la normativa nacional sobre la venta ambulante se refiere a los requisitos que deben cumplirse para poder comercializar un determinado tipo de mercancías. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, tal normativa está sujeta, en principio, a las disposiciones del Tratado que regulan la libre circulación de mercancías y no a las disposiciones relativas a la libre prestación de servicios (véase, en este sentido, la sentencia Boscher, antes citada, apartados 8 a 10).
>
> "34. No obstante, no cabe excluir que la venta de un producto pueda ir acompañada de una actividad que presente aspectos relativos a los «servicios». Sin embargo, este hecho no es suficiente por sí solo para calificar una operación económica como la venta ambulante objeto de litigio en el asunto principal de «prestación de servicios» en el sentido del artículo 49 CE. En efecto, debe determinarse en cada caso concreto si dicha prestación constituye o no un aspecto totalmente secundario en relación con los elementos correspondientes a la libre circulación de mercancías. Pues bien, en la situación del asunto principal, parece que este último aspecto prevalece sobre el de la libre prestación de servicios.
>
> "35. A este respecto, es jurisprudencia reiterada que cuando una medida nacional se refiere tanto a la libre circulación de mercancías como a la libre presta-

ción de servicios, el Tribunal de Justicia la examina, en principio, a la luz de una sola de estas dos libertades fundamentales, si se demuestra que una de ellas es por completo secundaria con respecto a la otra y puede subordinarse a ella (véanse, en este sentido, las sentencias de 24 de marzo de 1994, Schindler, C-275/92, Rec. p. I-1039, apartado 22; de 22 de enero de 2002, Canal Satélite Digital, C-390/99, Rec. p. I-607, apartado 31, y Karner, antes citada, apartado 46).

"36. En estas circunstancias, no es necesario examinar la normativa nacional sobre la venta ambulante con arreglo al artículo 49 CE.

"37. Habida cuenta de todas las consideraciones anteriores, procede responder a las cuestiones planteadas del siguiente modo:

"– El artículo 28 CE no se opone a una normativa nacional en virtud de la cual un Estado miembro sanciona penalmente la venta ambulante en su territorio, sin autorización previa, de suscripciones a revistas, cuando tal normativa se aplica, sin distinguir según el origen de los productos de que se trate, a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en dicho territorio, siempre que dicha normativa afecte del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos originarios de dicho Estado y a la de los procedentes de otros Estados miembros.

"– Corresponde al órgano jurisdiccional remitente verificar si, habida cuenta de las circunstancias del asunto principal, la aplicación del Derecho nacional puede garantizar que dicha normativa afecte 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 y, en caso de que no sea así, determinar si la normativa objeto de litigio está justificada por un objetivo de interés general en el sentido que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia atribuye a dicho concepto y si es proporcionada a dicho objetivo…"

En España, como luego veremos, prácticamente todas las Administraciones Públicas habíamos entendido que la venta ambulante se incardinaba en la libre prestación de servicios, ni de forma remota hemos pensado que el principio jurídico implicado era el de libre circulación de mercancías. Seguramente, la previsión contenida en la nueva redacción del artículo 54 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, operada por la Ley 1/2010, de 1 de marzo,[21] ha hecho que dié-

21. El nuevo artículo 54 dispone:

"Corresponderá a los ayuntamientos otorgar las autorizaciones para el ejercicio de la venta ambulante en sus respectivos términos municipales, de acuerdo con sus normas específicas y las contenidas

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

ramos todos por evidente que la venta ambulante caía, en todo caso, dentro del sector servicios, y ahora ya vemos que esto no es tan claro. Yo todavía mantengo dudas de que no sea así, pero sí tengo claro que puede no serlo, y encuentro a faltar la ausencia de discusión doctrinal a la vista de la jurisprudencia transcrita.

Otro punto que puede ser objeto de debate y controversia lo tenemos en la expresión, contenida en el artículo 50 del TCE, artículo 57 del TFUE que manejo,[22] conforme a la cual, a los efectos de los tratados, los servicios comprenden, en particular, a las actividades de carácter industrial. *Prima facie,* no parece que existan dudas que, a estos efectos, las actividades industriales quedan dentro del ámbito de aplicación de la DS, puesto que la Directiva remite a dicho precepto. Así se ha entendido en España, por lo que el artículo 13 de la Ley Ómnibus ha modificado diversos preceptos de la Ley de Industria para adaptarlos a la DS. También, el Proyecto de Ley de Bases de delegación en el Gobierno de Cataluña para la adecuación de normas con rango de Ley a la DS incluye entre las leyes a adaptar la Ley 12/2008, de 31 de julio, de seguridad industrial y la Ley 9/2009, de 30 de junio, de política industrial.

A mi juicio, en primer lugar resulta extraño que se dé por supuesto que la Directiva de Servicios afecte de forma nuclear a la Industria, cuando resulta que el derecho de establecimiento y libre prestación de servicios se encuentren regulados en los artículos 43 a 55 del TCE, artículos 49 a 62 del TFUE, dentro del Título IV, bajo la rúbrica "Libre circulación de personas, servicios y capitales", mientras que de la Industria se ocupa el artículo 157 TCE, actual artículo 173 del TFUE, dentro del título XVII, que lleva como rúbrica, precisamente, "Industria".

Por otro lado, mis sospechas se acrecientan al leer los diversos considerandos de la Directiva de Servicios que no parece que incluyan dentro de la noción de servicios a la industria. En el considerando 2, *in fine*, se dice que un mercado libre que obligue a los Estados miembros a suprimir barreras, proporcionará a los consumi-

---

en la legislación vigente. No obstante lo anterior, y puesto que el número de autorizaciones disponibles es limitado debido a la escasez de suelo público habilitado a tal efecto, la duración de las mismas no podrá ser por tiempo indefinido, debiendo permitir, en todo caso la amortización de las inversiones y una remuneración equitativa de los capitales invertidos.

"El procedimiento para la selección entre los posibles candidatos habrá de garantizar la transparencia y la imparcialidad y, en concreto, la publicidad adecuada del inicio, desarrollo y fin del proceso. La autorización que se otorgue no dará lugar a un procedimiento de renovación automática, ni conllevará ningún otro tipo de ventaja para el prestador cesante o las personas que estén especialmente vinculadas con él."

22. Texto de las versiones consolidadas del TUE y del TFUE publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea de 9 de mayo de 2008.

dores más posibilidades de elección y "unos servicios a precios más bajos", y no parece que con esta expresión incluya los bienes o las mercaderías, mientras que en el considerando 3 se habla de un estudio de la Comisión sobre el estado del mercado interior de los servicios, y especialmente de los servicios prestados por las PYME, añadiendo "tipos de empresa predominante en el sector servicios", expresión que tampoco parece englobar a la industria; por último, en el considerando 4 de la DS se afirma que los servicios son el motor del crecimiento económico y que representan el 70% del PIB y de los puestos de trabajo en la mayoría de los Estados miembros, lo que indica claramente que aquí no se está computando a las actividades industriales.

Además, en la página 14 del Manual de Transposición de la DS elaborado por la Unión Europea se dice: "Al aplicar la Directiva, los Estados miembros han de tener en cuenta que, aunque la fabricación de bienes no es una actividad de servicios[23], existen muchas actividades auxiliares vinculadas a ella (por ejemplo, venta minorista, instalación y mantenimiento, servicios posventa) que sí constituyen una actividad de servicios y, por tanto, deben ser objeto de las medidas de transposición."

La cuestión, por lo tanto, es cada vez más compleja, puesto que también resulta claro que algún significado debe darse a las actividades de carácter industrial a que se refiere el artículo 50 TCE, aspecto éste que no resulta clarificado en el Manual de la Comisión. Es más, si la fabricación no es una actividad de servicios a efectos de la DS, hubiera sido más lógico destacarlo suficientemente en el Manual de Transposición ahora comentado, y no que pasase camuflado en el epígrafe 2.1.4, referido a la relación entre la libre prestación de servicios y la libre circulación de mercaderías.

En definitiva, como en el punto anterior, sorprende que en España no se haya producido un debate sobre esta cuestión, y se dé por supuesto que la industria y las actividades de fabricación son una actividad de servicios a efectos de la Directiva y del propio Tratado, puesto que, como se ha expuesto, esto es dudoso, o al menos lo es el alcance que debe darse a dicha expresión utilizada por el artículo 50 TCE.

En otro orden de cosas, el artículo 51 del TFUE, antiguo artículo 45 TCE, establece que las disposiciones que rigen el presente capítulo, referidas al derecho de establecimiento, pero que también son de aplicación a la libre prestación de servicios conforme a lo establecido en el artículo 55 del TCE, no se aplicarán, en lo que

23. El Manual cita en nota a pie, en apoyo de esa categórica afirmación, las sentencias del TJCE de 7 de mayo de 1985, Comisión contra Francia, asunto 18/84 y la de 11 de julio de 1985, Cinetheque, asuntos acumulados 60-61/84.

respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que en dicho Estado estén relacionadas, aunque sólo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público. La DS, artículo 2.2, apartado i), excluye de su ámbito de aplicación a las actividades vinculadas al ejercicio de autoridad pública, de conformidad con el artículo 45 del Tratado.

Como ocurre con otros conceptos comunitarios, ni los tratados ni el Derecho derivado definen lo que debe entenderse por actividades vinculadas al ejercicio de autoridad pública. En la página 13 del Manual de la Comisión Europea se afirma que la exclusión de la DS refleja lo dispuesto en el artículo 45 del Tratado CE, con arreglo al cual las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública no se someten a las disposiciones relativas a la libertad de establecimiento y a la libertad de prestación de servicios. Además, se dice, el mero hecho de que un Estado miembro considere una actividad como ejercicio de autoridad pública, o que sea desempeñada por él, por un órgano administrativo o por una entidad a la que se hayan asignado tareas públicas, no significa que tal actividad encaje en lo dispuesto en el artículo 45 del Tratado CE. Cuando se enfrente a casos en los que tenga que evaluar si una actividad de servicios cae dentro del artículo 45 del Tratado CE, con lo que quedaría excluida de la DS, los Estados miembros deben tener en cuenta el estrecho ámbito de aplicación que el TJCE ha reconocido al referido artículo.

El TJCE ha declarado que el artículo 45 no atañe a las actividades de índole meramente auxiliar y preparatoria en relación con el ejercicio de la autoridad pública (sentencia de 13 de julio de 1993, Thijssen, asunto C-42/92), ni a las actividades de naturaleza meramente técnica, como las que conciernen al diseño, la programación, y la operación de sistemas de proceso de datos (sentencia de 5 de diciembre de 1989, Comisión contra Italia, asunto 3/88). Por otra parte, hay varias actividades de servicios que el TJCE ha considerado ya excluidas del ámbito del artículo 45 del Tratado CE, como las de abogado (sentencia de 21 de junio de 1974, Reyners, asunto 2/74), las actividades de empresas de seguridad (sentencia de 31 de mayo de 2001, Comisión contra Italia, asunto C-283/99, sentencia de 26 de enero de 2006, Comisión contra España, asunto C-514/03, y otras), las actividades de auditores autorizados, ante entidades aseguradoras (sentencia de 13 de julio de 1993, Thijssen, asunto C-42/92).

En la página 24 de mi artículo sobre los desafíos de la Directiva Bolkestein ya citado, afirmaba que desde una perspectiva material como la DS sólo se aplica a los requisitos que afecten al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio (considerando 9) y excluye de su ámbito de aplicación las actividades vinculadas al ejercicio de la autoridad pública; las concesiones demaniales y las licencias sobre bienes de dominio público, uso público, previstas en la normativa sobre patrimonio de las Administraciones Públicas quedan claramente fuera del ámbito de aplicación de

la Directiva de Servicios. El uso de la calle por los ciudadanos y la necesidad de mantener un cierto orden y seguridad en la misma constituyen, a mi juicio, actividades claramente vinculadas al ejercicio de la autoridad pública.

Cierto que la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, incluye modificaciones liberalizadoras en la legislación sectorial de algunos sectores del dominio público del Estado, como los puertos, las costas, las aguas y los montes, pero es más cierto que la citada Ley Ómnibus no ha modificado el artículo 84.1 de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, precepto que abre el Capítulo I bajo la rúbrica "Utilización de los bienes y derechos de dominio público" con la previsión, que tiene carácter básico, de que "Nadie puede, sin título que lo autorice otorgado por la autoridad competente, ocupar bienes de dominio público o utilizarlos en forma que exceda el derecho de uso que, en su caso, corresponde a todos."

A juicio del legislador estatal, por tanto, la utilización del dominio público no queda afectada por la Directiva de Servicios, porque, al menos en nuestro Derecho interno, nadie tiene un derecho preexistente a utilizar los bienes de dominio público de forma privativa.

Desde otra perspectiva, en el Manual sobre Lecciones de Derecho Comunitario Europeo, dirigido por las profesoras Victoria Abellán y Blanca Vilà, ya citado,[24] se afirma que el recurso al interés general no está previsto en ninguna disposición del TCE,[25] sino que se trata de un concepto que ha sido elaborado por la jurisprudencia comunitaria. De hecho, el "interés general" se alega por los Estados miembros para justificar la existencia de determinados requisitos que se exigen para el ejercicio de determinadas actividades económicas no asalariadas.

Es decir, para acceder y ejercer determinadas actividades económicas, los Estados miembros consideran que se debe cumplir con unas determinadas condiciones que, aunque pueden restringir la libre circulación comunitaria, son necesarias para salvaguardar el interés general. Centrándonos en el derecho de establecimiento, que es

24. P. 293 y 294.

25. Aunque, a mi juicio, el artículo 46.1 del TCE contempla tres razones de interés general aplicables a la libertad de establecimiento, pero también a la libre prestación de servicios (artículo 55 del TCE), como son el orden público, la seguridad y la salud pública, que constituyen el germen del resto de razones que, efectivamente, ha evolucionado y se han extendido a otras por la jurisprudencia comunitaria. En materia de libre circulación de mercancías, véase el listado más amplio de razones de interés general contenido en el artículo 30 del TCE.

el normalmente regulado por las entidades locales a través de sus ordenanzas, su regulación nuclear se encuentra en los artículos 9 a 15 de la Directiva de Servicios, que tienen su correspondencia en los artículos 4 a 11 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

De acuerdo con lo establecido en artículo 5 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre (LAASE), la normativa reguladora del acceso a una actividad de servicios o su ejercicio no puede imponer a los prestadores un régimen de autorización, salvo que excepcionalmente, y siempre que concurran las condiciones que después examinaremos, que deben motivarse suficientemente, en la Ley se establezca dicho régimen. Por tanto, se introduce una especie de reserva de Ley no prevista en la Constitución para regular la materia, cosa de difícil justificación desde la perspectiva de la división de poderes y que deja fuera del alcance de las entidades locales someter el acceso o el ejercicio de una actividad de servicios a licencia.

Además, la Ley que establezca dicho régimen habrá de justificarlo suficientemente, se supone que en la exposición de motivos, debiendo concurrir las condiciones siguientes: a) que el régimen no resulte discriminatorio ni directa ni indirectamente en función de la nacionalidad, o que el establecimiento se encuentre o no en el territorio de la autoridad competente; b) que el régimen de autorización esté justificado por una razón imperiosa de interés general, y c) que dicho régimen sea el instrumento más adecuado para garantizar la consecución del objetivo que se persigue, porque no existen otras medidas menos restrictivas que permitan obtener el mismo resultado, en particular cuando un control *a posteriori* se produjese demasiado tarde para ser realmente eficaz. Así, en ningún caso, el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se sujetará a un régimen de autorización cuando sea suficiente una comunicación o una declaración responsable del prestador mediante la que se manifieste, en su caso, el cumplimiento de los requisitos exigidos, y se facilite la información necesaria a la autoridad competente para el control de la actividad.

Por su parte, el artículo 9 de la LAASE dispone que las Administraciones Públicas no podrán exigir requisitos, controles previos o garantías equivalentes o comparables, por su finalidad, a aquéllos a los que ya esté sometido el prestador en España o en otro Estado miembro y, también, que todos los requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deberán ajustarse a los siguientes criterios: a) no ser discriminatorios; b) estar justificados por una razón imperiosa de interés general; c) ser proporcionados a dicha razón imperiosa de interés general; d) ser claros e inequívocos; e) ser objetivos f) ser hechos públicos con antelación, y g) ser transparentes y accesibles. Además, el apartado 3 del precepto establece que el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio se regirá por el principio de igualdad de trato y no discriminación.

En definitiva, el mantenimiento excepcional de regímenes de autorización para el establecimiento de los prestadores de servicios y el mantenimiento de requisitos que supediten el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio deben ajustarse a las condiciones expuestas.

Nótese, que las condiciones o criterios requeridos para el mantenimiento excepcional de los regímenes de autorización (no discriminación, necesidad justificada por una razón imperiosa de interés general y proporcionalidad) también son de aplicación a los requisitos que supeditan el acceso a una actividad de servicios y su ejercicio y que a los efectos de la LAASE el concepto de autorización y el concepto de requisito no son coincidentes.[26] Por cierto, que el artículo 3.11 de la LAASE haya limitado las razones imperiosas de interés general a la lista de razones del artículo 4.8 de la Directiva de Servicios,[27] cuando de la propia redacción del precepto de la Directiva se desprende que ese listado no tiene carácter limitativo porque no incluye todas la razones ya reconocidas por el TJCE y porque el concepto puede seguir evolucionando[28] es del todo desafortunada y supone poner puertas al campo, puesto que si la imperiosa necesidad de interés general existe para establecer una autorización o para imponer un requisito a un prestador de servicios, no tiene sentido alguno que nuestras autoridades no puedan imponerlo y esa imperiosa necesidad de interés general quede desatendida de forma completamente gratuita.

Llegados a este punto, es preciso traer a colación la acertada aseveración del profesor Rafael Jiménez[29] en el sentido de que el proceso de transposición de la Directiva de Servicios levantará resistencias indudables y dará lugar a "transposiciones de mínimos" (o si se prefiere mentirosas). Este proceso de "adaptaciones relativas o relativizadas" del marco normativo vigente a la Directiva de Servicios ya ha comenzado. El proceso de transposición en marcha tiene algo, incluso si se me per-

---

26. El artículo 3 de la LAASE establece que a los efectos de la misma se entenderá por:

7. "Autorización": cualquier acto expreso o tácito de la autoridad competente que se exija, con carácter previo, para el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio.

8. "Requisito": cualquier obligación, prohibición, condición o límite al acceso al ejercicio de una actividad de servicios previstos en el ordenamiento jurídico o derivados de la jurisprudencia o de las prácticas administrativas o establecidos en las normas de los colegios profesionales.

27. El precepto lo define así: "8) 'Razón imperiosa de interés general', razón reconocida como tal en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, incluidas las siguientes: el orden público, la seguridad pública, la protección civil, la salud pública, la preservación del equilibrio financiero del régimen de seguridad social, la protección de los consumidores, de los destinatarios de servicios y de los trabajadores, las exigencias de la buena fe en las transacciones comerciales, la lucha contra el fraude, la protección del medio ambiente y del entorno urbano, la sanidad animal, la propiedad intelectual e industrial, la conservación del patrimonio histórico y artístico nacional y los objetivos de la política social y cultural".

28. Tal y como se recoge en el considerando 40 de la propia Directiva de Servicios.

29. Monografía citada, página 10.

mite la expresión, de esa tendencia muy arraigada entre nosotros de "hacerse trampas jugando al solitario". Hay que ganar a toda costa, y por "ganar" se entiende mantener en todo lo que sea posible, el *status quo*. Sin duda, la "falsa" adaptación que se está haciendo de nuestra legislación de ordenación comercial a la Directiva es el ejemplo más evidente de lo que venimos señalando.

Sin duda éste es un buen ejemplo, pero no es el único. A grandes rasgos, lo que yo he venido observando de las transposiciones de las normas sectoriales a la Directiva de Servicios, ya realizadas o simplemente en tramitación, pone de manifiesto que se ha procurado eliminar los requisitos prohibidos (la denominada lista negra del artículo 14 de la DS y del artículo 10 de la LAASE) y de los requisitos por evaluar (la denominada lista gris del artículo 15 DS y del artículo 11 LAASE), olvidándonos que no sólo las autorizaciones, sino también los requisitos que supeditan el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio, deben cumplir todos los requisitos de no discriminación, necesidad justificada por una razón imperiosa de interés general y proporcionalidad, previstos en los artículos 10.2 de la DS y 9.2 de la LAASE.

Sobre cómo ha interpretado la jurisprudencia del TJCE estos requisitos es algo que necesariamente hemos de abordar para realizar una correcta transposición de la Directiva de Servicios y, como ya ha quedado expuesto, creo que no se ha hecho hasta ahora en España o, al menos, no se ha hecho con el suficiente rigor.

Examinar esa jurisprudencia comunitaria es obligado, puesto que en el considerando 69 de la DS se explicita que, con el fin de coordinar de forma coherente las modernizaciones de las reglamentaciones nacionales con los requisitos del mercado interior, procede evaluar determinados requisitos nacionales no discriminatorios que, por sus características, puedan restringir sensiblemente o, incluso, impedir el acceso a una actividad o su ejercicio, acogiéndose a la libertad de establecimiento. Y, añade, "Ese ejercicio de evaluación debe limitarse a la compatibilidad de aquellos requisitos con los criterios ya establecidos por el Tribunal de Justicia sobre la libertad de establecimiento. No debe afectar a la aplicación de la legislación comunitaria en materia de competencia. Cuando dichos requisitos sean discriminatorios o no se justifiquen objetivamente por razones imperiosas de interés general, o cuando sean desproporcionados, deben suprimirse o modificarse. El resultado de esa evaluación diferirá conforme el carácter de la actividad y el interés público de que se trate. En especial, tales requisitos podrían justificarse plenamente cuando los motiven objetivos de política social."

Entre las sentencias del TJCE referidas al derecho de establecimiento destaca la Sentencia de la Sala Cuarta del TJCE de 22 de octubre de 2009, asunto C-438/08 (Comisión contra Portugal), donde se planteó la cuestión de la conformidad con el

artículo 43 del TCE (derecho de establecimiento) de una normativa nacional que imponía determinados requisitos para autorizar el ejercicio de la inspección técnica de vehículos, en particular la sujeción de las autorizaciones administrativas al criterio de interés público, la exigencia de que las empresas que pretenden establecerse en el mercado tengan un capital mínimo de 100.000 euros, la limitación del objeto social de dichas empresas y la imposición de normas en materia de incompatibilidad de sus socios, gerentes y administradores.

El Alto Tribunal resolvió el litigio declarando que la República Portuguesa había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 43 TCE, al haber impuesto restricciones a la libertad de establecimiento de los organismos de otros Estados miembros que pretendan ejercer en Portugal la actividad de inspección de vehículos fundamentándose, entre otros, en los siguientes considerandos:

"29. Es jurisprudencia reiterada que deben considerarse restricciones a la libertad de establecimiento todas las medidas que prohíban, obstaculicen o hagan menos interesante el ejercicio de dicha libertad (véanse, en particular, las sentencias de 17 de octubre de 2002, Payroll y otros, C-79/01, Rec. p. I-8923, apartado 26; de 5 de octubre de 2004, CaixaBank France, C-442/02, Rec. p. I-8961, apartado 11, y de 23 de octubre de 2008, Krankenheim Ruhesitz am Wannsee-Seniorenheimstatt, C-157/07, Rec. p. I-8061, apartado 30).

"30. Pues bien, aun cuando las exigencias establecidas por la normativa portuguesa se aplican de la misma forma tanto a los operadores establecidos en Portugal como a los procedentes de otros Estados miembros, pueden impedir a los operadores que no cumplan los criterios establecidos en dicha normativa establecerse en Portugal para ejercer en dicho país una actividad de inspección de vehículos. En particular, como señala la Comisión, el criterio del interés público, al que está supeditada la concesión de la autorización administrativa, puede abrir el camino a una utilización arbitraria de la facultad de apreciación de las autoridades competentes, permitiéndoles denegar dicha autorización a algunos operadores interesados, aun cuando éstos cumplan los demás requisitos establecidos en la normativa.

"31. Por lo tanto, los requisitos controvertidos impuestos por la normativa portuguesa para el acceso a la actividad de inspección técnica de los vehículos constituyen un obstáculo a la libertad de establecimiento.

"Sobre la aplicabilidad del artículo 45 CE, párrafo primero

"32. La República Portuguesa, que no niega de forma específica el carácter restrictivo de la normativa de que se trata, alega que la actividad de inspección de ve-

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924

Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

hículos es una actividad «relacionada con el ejercicio del poder público», en el sentido del artículo 45 CE y, por lo tanto, se sitúa fuera del ámbito de aplicación del artículo 43 CE. La Comisión invoca a este respecto que se trata de una actividad económica que no constituye una participación directa y concreta en el ejercicio del poder público y que el artículo 45 CE se aplica tan sólo a medidas de carácter discriminatorio.

"(…)

"36. Según reiterada jurisprudencia, la excepción prevista por dicho artículo debe limitarse a las actividades que, consideradas en sí mismas, estén directa y específicamente relacionadas con el ejercicio del poder público (véanse las sentencias Reyners, antes citada, apartado 45; de 13 de julio de 1993, Thijssen, C-42/92, Rec. p. I-4047, apartado 8, y de 31 de mayo de 2001, Comisión/Italia, C-283/99, Rec. p. I-4363, apartado 20), lo cual excluye que se consideren 'relacionadas con el ejercicio del poder público' a efectos de dicha excepción las funciones meramente auxiliares y preparatorias con respecto a la entidad que ejerce efectivamente el poder público al adoptar la resolución final (sentencias antes citadas Thijssen, apartado 22; Comisión/Austria, apartado 36, y Comisión/Alemania, apartado 38).

"(…)

"41. Sin embargo, a este respecto, ha de señalarse que la decisión de certificar o no certificar la inspección técnica se limita, en esencia, a constatar los resultados de la inspección, por lo que, de una parte, carece de la autonomía decisoria propia del ejercicio de las prerrogativas de poder público, y, por otra parte, se adopta en el marco de una supervisión estatal directa.

"42. Efectivamente, se desprende del artículo 2 de la Directiva 1996/96 que, cuando el Estado miembro ha encomendado la gestión de los establecimientos de control técnico a entidades privadas, debe seguir ejerciendo, no obstante, una supervisión directa sobre éstas.

"43. Efectivamente, incumbe al Estado miembro, en virtud de la primera frase de este artículo, designar los establecimientos competentes, establecer un procedimiento de autorización y mantener a éstos bajo su vigilancia directa. A tenor de la segunda frase del citado artículo, que menciona las precauciones que deberán adoptarse en caso de conflicto de intereses entre la actividad de inspección y la de reparación de vehículos, los Estados miembros deben velar especialmente por el mantenimiento de la objetividad y de una alta calidad de la inspección técnica de los vehículos. De la utilización del término 'muy especialmente' se desprende que la

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

Directiva 1996/96 contempla una realización estricta por el Estado de estos dos objetivos cualitativos concretos, a saber la objetividad y una alta calidad de la inspección técnica de vehículos, en caso de conflicto de intereses, pero también, con mayor razón, en el cumplimiento de su misión de vigilancia de los establecimientos privados de inspección de vehículos descrita en la primera frase del artículo 2 de la Directiva 1996/96.

"44. Por añadidura, como señala la Comisión, sin verse contradicha por la República Portuguesa, las entidades privadas de inspección de vehículos no disponen, en el marco de sus actividades, de facultades coercitivas, ya que la imposición de sanciones en el supuesto de incumplimiento de las normas reguladoras de la inspección de vehículos es competencia de las autoridades policiales y judiciales.

"45. Por consiguiente, las actividades de las entidades privadas de inspección técnica de vehículos de que se trata no están comprendidas en la excepción prevista en el artículo 45 CE. Por lo tanto, es preciso examinar si el régimen de acceso a la actividad de inspección de vehículos establecido por la República Portuguesa puede hallarse justificado.

"Sobre la existencia de una justificación

"46. Según reiterada jurisprudencia, una restricción a la libertad de establecimiento sólo puede admitirse si está justificada por razones imperiosas de interés general. Además, en tal caso, es preciso que la restricción sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo (véanse, en este sentido, las sentencias de 27 de octubre de 2005, Comisión/España, C-158/03, apartado 35; de 28 de abril de 2009, Comisión/Italia, C-518/06, Rec. p. I-0000, apartado 72, y de 19 de mayo de 2009, Comisión/Italia, C-531/06, Rec. p. I-0000, apartado 49).

"47. A este respecto, corresponde a las autoridades nacionales competentes demostrar, por un lado, que su normativa es necesaria para alcanzar el objetivo que persigue, y, por otro lado, que se ajusta al principio de proporcionalidad (véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de marzo de 2007, Comisión/Finlandia, C-54/05, Rec. p. I-2473, apartado 39, y de 20 de septiembre de 2007, Comisión/Países Bajos, C-297/05, Rec. p. I-7467, apartado 76).

"48. En el presente caso, la justificación invocada por la República Portuguesa durante el procedimiento administrativo previo versa sobre la necesidad de garantizar la seguridad de tráfico que constituye, según reiterada jurisprudencia, una razón imperiosa de interés general (véanse, en particular, las sentencias Comi-

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924

Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

sión/Países Bajos, antes citada, apartado 77, y de 10 de febrero de 2009, Comisión/Italia, C-110/05, Rec. p. I-0000, apartado 60).

"49. Sin embargo, ha de señalarse que la República Portuguesa no ha formulado durante la fase contenciosa del procedimiento observación alguna sobre este punto frente a las alegaciones de la Comisión, y que dicho Estado no ha demostrado ni el carácter necesario ni el carácter proporcionado de las medidas controvertidas, en relación con el objetivo perseguido. Por consiguiente, no puede considerarse que las disposiciones discutidas estén justificadas por razones relativas a la protección de la seguridad del tráfico."

Por su parte, en la sentencia de la misma Sala cuarta del TJCE de 17 de julio de 2008, Asunto C-389/05, Comisión contra Francia, el Tribunal tuvo ocasión de examinar si la existencia de una normativa nacional que otorga a los centros reconocidos el derecho exclusivo de prestar el servicio de inseminación artificial de ganado bovino en un territorio dado, y que supedita la expedición de la licencia de inseminador a la celebración de un convenio con uno de estos centros, era contraria a los artículos 43 y 49 del Tratado CE.

Tras el examen de las alegaciones de las partes, el TJCE acabó declarando que la República Francesa había incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE, al reservar el derecho de prestar el servicio de inseminación artificial de ganado bovino a los centros de inseminación artificial reconocidos, que disponen de una exclusividad territorial, y a los titulares de una licencia de inseminador cuya expedición queda supeditada a la celebración de un convenio con uno de estos centros, con fundamento, entre otras, en las siguientes apreciaciones:

"89. En lo que respecta a los objetivos de protección de la salud animal y de la salud de la persona que lleva a cabo la inseminación, procede señalar que, como ha alegado la Comisión, estos objetivos invocados por la República Francesa podrían alcanzarse con medidas menos restrictivas, en particular exigiendo una prueba apropiada de aptitud.

"90. En efecto, un mecanismo de control y reconocimiento de los títulos veterinarios o la exigencia de un certificado de aptitud permitirían demostrar que las personas de que se trate, disponen de los conocimientos y de las cualificaciones necesarias para la protección de tales intereses.

"91. Ahora bien, el régimen controvertido se basa en unas medidas mucho más restrictivas, a saber, la concesión de una exclusividad territorial a los centros de in-

seminación reconocidos y la supeditación de la expedición de una licencia de inseminador a la celebración de un convenio con uno de estos centros.

"92. Ciertamente, es legítimo que, a fin de asegurarse de la aptitud de un candidato para las funciones de inseminador, un Estado miembro exija una licencia como requisito para el ejercicio de la actividad de inseminador. Sin embargo, en el presente caso dicha licencia se concede únicamente a condición de que el candidato haya celebrado un convenio con un centro de inseminación artificial reconocido.

"93. Pues bien, tratándose de un procedimiento de autorización para el ejercicio de una actividad, es preciso poner de relieve, como hizo la Comisión, que, al proceder a aplicar sus disposiciones nacionales, el Estado miembro de que se trate debe tener en cuenta los conocimientos y cualificaciones ya adquiridos por el interesado en otro Estado miembro (véase en este sentido la sentencia Vlassopoulou, antes citada, apartado 15). En dicho procedimiento de autorización, las autoridades nacionales deben examinar las aptitudes y cualificaciones con arreglo a un procedimiento que respete las exigencias del Derecho comunitario en lo que respecta a la protección efectiva de los derechos fundamentales reconocidos por el Tratado a los nacionales comunitarios. Por consiguiente, la decisión adoptada al término de dicho examen debe ser motivada y susceptible de recurso de carácter jurisdiccional (véanse, en este sentido, las sentencias de 15 de octubre de 1987, Heylens y otros, 222/86, Rec. p. 4097, apartado 17, y Vlassopoulou, antes citada, apartado 22).

"94. Además, un régimen de autorización administrativa previa debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades, a fin de evitar que ésta se utilice de modo arbitrario (véase la sentencia Analir y otros, antes citada, apartado 38).

"95. Ahora bien, el convenio de que se trata debe ser firmado con un centro de inseminación artificial, que es un competidor potencial, en el mercado de la inseminación, del mismo operador cuyas competencias de inseminador se supone que debe verificar. Además, la celebración de dicho convenio queda a la discreción del presidente de dicho centro, que no está obligado a firmarlo aunque el candidato cumpla los criterios de aptitud objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano.

"96. Dadas estas circunstancias, la celebración del convenio no constituye un procedimiento de examen apropiado que permita que las autoridades del Estado miembro de acogida verifiquen únicamente, y de manera objetiva, las aptitudes de los inseminadores procedentes de otros Estados miembros, y no cumple los criterios mencionados en los apartados 93 y 94 de la presente sentencia.

"97. Por consiguiente, procede hacer constar que, incluso en el supuesto de que la normativa controvertida pueda garantizar la realización del objetivo de protección de la salud animal y de la salud de la persona que practica la inseminación, dicha normativa va más allá de lo necesario para alcanzar el objetivo perseguido (véanse, en este sentido, las sentencias de 29 de marzo de 2007, Rewe Zentralfinanz, C-347/04, Rec. p. I-2647, apartado 37, y de 25 de octubre de 2007, Geurts y Vogten, C-464/05, Rec. p. I-9325, apartado 24).

"98. En lo que respecta a la seguridad alimentaria y a la trazabilidad del semen, procede hacer constar que, en contra de lo que sostiene la República Francesa, no es posible interpretar el artículo 18 del Reglamento nº 178/2002 de manera que permita justificar las restricciones establecidas por el régimen controvertido. En efecto, dicho artículo se refiere al ámbito de la seguridad alimentaria, cuyas exigencias en materia de trazabilidad pueden quedar satisfechas con un régimen que disponga que la inseminación será efectuada por personas cualificadas y debidamente identificadas, sin aplicar restricciones de la índole de las que aquí se examinan.

"99. Por otra parte, es preciso poner de relieve que dicho Estado miembro no acredita en absoluto que la exclusividad territorial otorgada a los centros reconocidos y la supeditación de la expedición de licencia de inseminador a la celebración de un convenio con el presidente de uno de estos centros sean medidas necesarias y proporcionadas para garantizar la seguridad alimentaria y la trazabilidad. En efecto, no se ha presentado prueba alguna que demuestre que las obligaciones que pesan sobre los inseminadores en cuanto a la calidad del semen y a la utilización del mismo o la verificación del cumplimiento de tales obligaciones hacen indispensable dicha exclusividad territorial o el requisito del que depende la expedición de la licencia.

"100. Dadas estas circunstancias, no procede acoger la justificación invocada por la República Francesa referente a la protección de la salud pública."

También referida a la salud pública, el TJCE ha tenido ocasión de pronunciarse en la sentencia de la Gran Sala de 10 de marzo de 2009, que resolvió una cuestión prejudicial relacionada con la compatibilidad entre los artículos 43 y 48 del TCE y la necesidad de autorización para la creación de una policlínica privada en la que se pretenden prestar servicios ambulatorios odontológicos.

En la citada sentencia el Alto Tribunal declaró que los artículos 43 CE y 48 CE se oponen a disposiciones nacionales, como las controvertidas en el litigio principal, en virtud de las cuales es necesaria una autorización para abrir un centro sanitario privado consistente en una policlínica dental autónoma y según las cuales

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

debe denegarse dicha autorización cuando, a la luz de la asistencia ya ofrecida por los médicos concertados, no exista necesidad alguna que justifique la apertura de tal centro, siempre que dichas disposiciones no sometan igualmente al mismo régimen a los consultorios colectivos y no se basen en un requisito que pueda limitar suficientemente el ejercicio, por las autoridades nacionales, de su facultad de apreciación.

El Tribunal basó su veredicto, entre otras, en las consideraciones siguientes:

"44. A este respecto, debe recordarse que una restricción a la libertad de establecimiento, que es aplicable sin discriminación por razón de nacionalidad, puede estar justificada por razones imperiosas de interés general, siempre que sea adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue y no vaya más allá de lo que es necesario para alcanzar dicho objetivo (sentencia Comisión/Grecia, antes citada, apartado 34 y jurisprudencia citada).

"45. En el caso de autos, es pacífico que el régimen de autorización previa controvertido en el asunto principal se aplica sin discriminación en lo tocante a la nacionalidad.

"46. Además, la protección de la salud pública figura entre las razones imperiosas de interés general que, en virtud del artículo 46 CE, apartado 1, pueden justificar restricciones a la libertad de establecimiento.

"47. De la jurisprudencia se desprende que, más concretamente, dos objetivos pueden depender de dicha excepción, en la medida en que contribuyen a la consecución de un elevado grado de protección de la salud, a saber, por una parte, el objetivo de mantener un servicio médico y hospitalario de calidad, equilibrado y accesible a todos y, por otra, el objetivo de prevenir un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social (véase, en este sentido, la citada sentencia Watts, apartados 103 y104, así como la jurisprudencia citada).

"48. En lo que atañe al primero de dichos objetivos, el artículo 46 CE permite, en particular, a los Estados miembros restringir la prestación de servicios médicos y hospitalarios, en la medida en que el mantenimiento de una capacidad de asistencia o de una competencia médica en el territorio nacional es esencial para la salud pública, e incluso para la supervivencia de la población (véanse, en este sentido, las sentencias de 13 de mayo de 2003, Müller-Fauré y Van Riet, C-385/99, Rec. p. I-4509, apartado 67, así como Watts, antes citada, apartado 105).

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924

Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

"49. En relación con el segundo de dichos objetivos, debe recordarse que una planificación de los servicios médicos, de la que constituye un corolario la exigencia de una autorización para la apertura de un nuevo centro sanitario, tiene por objeto lograr el control de los costes y evitar, en la medida de lo posible, todo derroche de recursos financieros, técnicos y humanos, toda vez que el sector de la asistencia médica genera costes considerables y debe responder a necesidades crecientes, mientras que los recursos financieros que pueden destinarse a la asistencia sanitaria no son ilimitados, cualquiera que sea el modo de financiación utilizado (véanse, en este sentido, en lo que atañe a los cuidados hospitalarios en el marco de la libre prestación de servicios, las citadas sentencias Müller-Fauré y van Riet, apartado 80, así como Watts, apartado 109).

"50. Por consiguiente, debe comprobarse si las restricciones controvertidas en el asunto principal son adecuadas para garantizar la consecución de los objetivos de mantenimiento de un servicio médico de calidad, equilibrado y accesible a todos y para prevenir un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social.

"51. A este respecto, no puede descartarse, en principio, al igual de lo que ya declaró el Tribunal de Justicia en relación con los centros hospitalarios (sentencias de 12 de julio de 2001, Smits y Peerbooms, C-157/99, Rec. p. I-5473, apartados 76 a 80, y Watts, antes citada, apartados 108 a 110), que las infraestructuras de asistencia ambulatoria, como los consultorios de médicos y las policlínicas, igualmente pueden ser objeto de una planificación.

"52. En efecto, una planificación, que exija una autorización previa para la instalación de nuevos prestadores de asistencia, puede resultar indispensable para colmar posibles lagunas en el acceso a la asistencia ambulatoria y para evitar la creación de estructuras que existan por partida doble, de forma que se garanticen unos cuidados médicos que se adapten a las necesidades de la población, cubran la totalidad del territorio y tengan en cuenta las regiones geográficamente aisladas o que de alguna otra manera se hallan en una situación desventajosa.

"53. Desde este mismo prisma, es posible que un Estado miembro organice servicios de asistencia médica de tal forma que dé prioridad a un sistema de prestaciones en especie a fin de que cada paciente acceda fácilmente, en el conjunto del territorio nacional, a los servicios de los médicos concertados.

"54. No obstante, en el caso de autos dos consideraciones se oponen a que se reconozca que la normativa de que se trata es adecuada para garantizar la consecución de los objetivos mencionados.

"55. En primer lugar, debe recordarse que una normativa nacional sólo es adecuada para garantizar la consecución del objetivo alegado si responde verdaderamente al empeño por hacerlo de forma congruente y sistemática (véanse, en este sentido, las sentencias de 6 de marzo de 2007, Placanica y otros, C-338/04, C-359/04 y C-360/04, Rec. p. I-1891, apartados 53 y 58, y de 17 de julio de 2008, Corporación Dermoestética, C-500/06, Rec. p. I-0000, apartados 39 y 40).

"56. Pues bien, el artículo 3, apartados 1 y 2, de la KAG y los mismos artículos y apartados de la KAKuG, a los que se dio cumplimiento en virtud de los artículos 4 de la Wr. KAG y 5 de la OöKAG, se desprende que se exige una autorización previa basada en una valoración de las necesidades del mercado para la apertura y explotación de nuevas policlínicas dentales autónomas cualquiera que sea la dimensión de éstas, y que, en cambio, el establecimiento de nuevos consultorios colectivos no está sujeto a ningún régimen de autorización, independientemente de su tamaño.

"57. Sin embargo, de la resolución de remisión se desprende que los locales y los equipos materiales de los consultorios colectivos, así como los relativos a las policlínicas dentales pueden tener características comparables y que, en numerosas ocasiones, el paciente no observa diferencia alguna entre tales estructuras.

"58. Por lo demás, en general, los consultorios colectivos ofrecen los mismos servicios médicos que las policlínicas dentales y están sujetos a las mismas condiciones del mercado.

"59. Asimismo, los consultorios colectivos y las policlínicas dentales pueden integrar un número de médicos comparable. Es cierto que los doctores que prestan servicios médicos en un consultorio colectivo tienen la condición de asociado personalmente responsable y están autorizados para ejercer la odontología de forma independiente, mientras que los médicos que ejercen su actividad en una policlínica tienen el estatuto jurídico de trabajador. No obstante, de los autos presentados al Tribunal de Justicia no se deduce que tal circunstancia influya efectivamente en la naturaleza y en el volumen de los servicios prestados.

"60. Por consiguiente, en la medida en que estas dos categorías de prestadores pueden tener características y un número de médicos comparables y prestar volúmenes equivalentes de servicios médicos, pueden influir de un modo similar en el mercado de los servicios médicos de que se trate y, en consecuencia, pueden afectar, de una manera equivalente, a la situación económica de los médicos concertados en determinadas zonas geográficas y, por lo tanto, a la consecución de los objetivos de planificación perseguidos por las autoridades competentes.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924

Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

"61. Esta incongruencia afecta igualmente a la consecución del objetivo de prevención de un riesgo de perjuicio grave para el equilibrio financiero del sistema nacional de seguridad social. En efecto, aunque se suponga que la implantación incontrolada de policlínicas dentales autónomas pueda desembocar en un aumento considerable del volumen de los servicios médicos a precios constantes a cargo de dicho sistema, el Gobierno austriaco no ha presentado ningún elemento que pueda explicar la razón por la cual la implantación de dichas policlínicas y no la de consultorios colectivos podría producir tal efecto.

"62. Por otra parte, la prestación de servicios odontológicos en dichas policlínicas autónomas puede resultar más racional habida cuenta de su modo de organización, de la pluralidad de médicos y de la puesta en común de instalaciones y equipos médicos que les permitan reducir los costes de funcionamiento. Por lo tanto, tales policlínicas deben poder prestar servicios médicos en condiciones menos gravosas en relación, en particular, con los médicos que ejercen libremente, los cuales no gozan de tales facilidades. Además, la consecuencia de la prestación de cuidados por dichos centros puede tener como consecuencia una utilización más eficaz de los fondos públicos destinados al régimen del seguro obligatorio de enfermedad.

"63. En estas circunstancias, debe declararse que la normativa nacional controvertida en el asunto principal no persigue de manera congruente y sistemática los objetivos alegados, puesto que, a diferencia de lo que ocurre con las nuevas policlínicas dentales, no somete el establecimiento de los consultorios de grupo a un régimen de autorización previa.

"64. En segundo lugar, de una jurisprudencia reiterada resulta que un régimen de autorización administrativa previa no puede legitimar un comportamiento discrecional de las autoridades nacionales que pueda privar de su eficacia a las disposiciones de Derecho comunitario, en particular, a las relativas a una libertad fundamental como la que es objeto de los procedimientos principales. Además, para que un régimen de autorización administrativa previa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a tal libertad fundamental, debe basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, que garanticen su adecuación para establecer suficientemente los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales (véanse, en este sentido, en particular, las sentencias de 20 de febrero de 2001, Analir y otros, C-205/99, Rec. p. I-1271, apartados 37 y 38, y Müller-Fauré y van Riet, antes citada, apartados 84 y 85).

"65. En los litigios principales, debe señalarse que las normativas pertinentes supeditan la expedición de la autorización para abrir una nueva policlínica dental a un único requisito, a saber, la existencia de una necesidad en lo que atañe a los servi-

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

cios ofrecidos por ese nuevo centro. Este requisito se desprende del artículo 3, apartado 2, de la KAG, así como de los mismos artículos y apartados de la KAKuG, y fue recogido en la normativa de los Länder de que se trata, en los artículos 4 de la Wr. KAG y 5 de la OöKAG.

"66. De los autos remitidos al Tribunal de Justicia se deduce que, en la práctica, se comprueba dicho requisito sobre la base de criterios distintos según el Land de que se trate.

"67. Así, en el Land de Viena la apreciación de la existencia de una necesidad se realiza sobre la base del número de pacientes por odontólogo en la zona de servicio. En el Land de Alta Austria, se basa en la importancia del tiempo de espera para una cita con tal profesional.

"68. No obstante, en relación con el Land de Viena, debe señalarse que el número de pacientes de que se trata no se fija ni se pone previamente en conocimiento de los interesados en modo alguno.

"69. En el Land de Alta Austria, la apreciación pertinente se efectúa sobre la base de las respuestas dadas por profesionales ejercientes en la zona de influencia de la policlínica dental autónoma cuya implantación se prevé, aunque aquéllos sean competidores potenciales directos de dicho centro. Tal método puede ir en detrimento de la objetividad y de la imparcialidad de la tramitación de la solicitud de autorización de que se trata.

"70. En estas circunstancias, debe señalarse que el régimen de autorización administrativa previa controvertido en el asunto principal no se basa en un requisito que pueda regular suficientemente el ejercicio, por las autoridades nacionales, de su facultad de apreciación.

"71. De todo cuanto antecede resulta que la normativa nacional controvertida en los asuntos principales no es adecuada para garantizar la consecución de los objetivos de mantenimiento de un servicio médico de calidad, equilibrado y accesible a todos ni para evitar un riesgo de grave menoscabo para el equilibrio financiero del sistema de seguridad social.

"72. En consecuencia, procede responder a la primera cuestión, que los artículos 43 CE y 48 CE se oponen a disposiciones nacionales, como las controvertidas en el litigio principal, en virtud de las cuales es necesaria una autorización para abrir un centro sanitario privado consistente en una policlínica dental autónoma y según las cuales debe denegarse dicha autorización cuando, a la luz de la asistencia ya ofre-

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924

Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic

cida por los médicos concertados, ninguna necesidad justifique la apertura de tal centro, siempre que dichas disposiciones no sometan igualmente a tal régimen a los consultorios colectivos y no se basen en un requisito que pueda limitar suficientemente el ejercicio, por las autoridades nacionales, de su facultad de apreciación."

Interesa remarcar que, en los tres casos resueltos por las sentencias transcritas, las razones imperiosas de interés general alegadas por los Estados miembros tenían encaje en normas del propio TCE, concretamente en los artículos 45 del TCE (ejercicio del poder público) y 46 TCE (orden público, seguridad y salud publica), y a pesar de ello, en los tres supuestos enjuiciados, el TJCE consideró que se había infringido el derecho comunitario de establecimiento, no porque las justificaciones invocadas no constituyeran una imperiosa necesidad de interés general, sino por haberse vulnerado el principio de proporcionalidad, principio que se recoge de forma reiterada en la Directiva de Servicios (artículos 9.1 c, 10.2 c y 16.1 c).

De hecho la lectura de las sentencias examinadas; parágrafo 49 de la sentencia del TJCE de 22 de octubre de 2009, 97 y 99 de la sentencia del TJCE de 17 de julio de 2008 y parágrafo 71 de la sentencia de 10 de marzo de 2009, y de otras sentencias referidas al derecho de establecimiento, como de los parágrafos 38 a 41 de la sentencia del TJCE de 2 de octubre de 2006 (Sala segunda, asunto C-65/05);[30] de los parágrafos 76 a 77 y 86 de la sentencia del TJCE 13 de diciembre de 2007 (Sala segunda, asunto C-465/05)[31] y de los parágrafos 29 a 34 y 57 a 58 de la sen-

30. En dicha sentencia el TJCE resolvió que la República Helénica ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 28 CE, 43 CE y 49 CE, así como del artículo 8 de la Directiva 98/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información, en su versión modificada por la Directiva 98/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de julio de 1998, al establecer, en los artículos 2, apartado 1, y 3 de la Ley núm. 3037/2002, la prohibición, bajo pena de las sanciones penales y administrativas previstas en los artículos 4 y 5 de la misma Ley, de instalar y explotar todo tipo de juegos eléctricos, electromecánicos y electrónicos, incluidos los juegos de ordenador, en cualquier lugar público o privado, con excepción de los casinos.

31. En esta sentencia el TJCE resolvió: 1) Declarar que, al disponer, en el marco del texto único de las leyes sobre seguridad pública *(Testo unico delle leggi di pubblica sicurezza),* aprobado mediante Real Decreto núm. 773, de 18 de junio de 1931, en su versión modificada, que:

– la actividad de guarda privado únicamente puede ejercerse previa prestación de un juramento de fidelidad a la República Italiana, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE;

– la actividad de seguridad privada únicamente puede ser ejercida por los prestadores de servicios domiciliados en otro Estado miembro previa concesión de una autorización del Prefetto de alcance territorial, sin que se tengan en cuenta las obligaciones a las que dichos prestadores están sujetos ya en el Estado miembro de origen, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE;

– dicha autorización tiene una validez territorial limitada y que su concesión está supeditada a que

tencia del TJCE de 19 de mayo de 2009 (Gran Sala, asuntos acumulados C-171/07 y C-172/07),[32] se deduce que el TJCE es muy riguroso a la hora de exigir a los Estados miembros el cumplimiento del principio de proporcionalidad, tanto si se somete a autorización el acceso a una actividad de servicios o su ejercicio, como a la hora de evaluar si los requisitos que debe cumplir el prestador son proporcionales a la imperiosa necesidad de interés general que la motiva, y el objetivo perseguido no puede conseguirse mediante una medida menos restrictiva y no se va mas allá de lo necesario para conseguir dicho objetivo de interés general.

Interesa advertir que en la jurisprudencia que he analizado no he encontrado referencia alguna a las técnicas que utilizan de forma habitual los tribunales constitucionales de los Estados miembros para controlar la constitucionalidad de las leyes. La deferencia al legislador democrático, las sentencias interpretativas o la idea de legislador negativo no son criterios que utilice el TJCE a la hora de enjuiciar si los ordenamientos de los Estados miembros se ajustan al derecho comunitario; contrariamente se trata de un Tribunal más activista que los tribunales constitucionales europeos, que no duda en explicitar la existencia de técnicas distintas a las adoptadas por los Estados miembros para obtener el objetivo perseguido mediante medidas menos restrictivas, e imponer su criterio a los Estados miembros.

En la esfera local española mucho me temo que si no rectificamos el rumbo y nos tomamos la jurisprudencia expuesta en serio, vamos a tener graves problemas.

---

se tengan en cuenta el número y la importancia de las empresas de seguridad privada que operan ya en el territorio de que se trate, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE;

– las empresas de seguridad privada deben tener un establecimiento de explotación en cada provincia en la que ejerzan su actividad, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE;

– el personal de las empresas debe ser autorizado individualmente para ejercer la actividad de seguridad privada, sin que se tengan en cuenta los controles y las verificaciones ya realizados en el Estado miembro de origen, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE;

– las empresas de seguridad privada deben disponer de una plantilla mínima y/o máxima para ser autorizadas, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE;

– las mismas empresas deben depositar una fianza en la Caja de Depósitos y Préstamos, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud de los artículos 43 CE y 49 CE;

– los precios de los servicios de seguridad privada se fijan en la autorización del Prefetto con relación a un margen de variación previamente establecido, la República Italiana ha incumplido las obligaciones que le incumben en virtud del artículo 49 CE.

32. En esta sentencia la Gran Sala del TJCE respondió a la cuestión prejudicial diciendo que "¿…? los artículos 43 CE y 48 CE no se oponen a una normativa nacional como la controvertida en los litigios principales, que impide a quienes no tengan la condición de farmacéutico ser titulares de farmacias y explotarlas."

Creo que el problema aflorará en la materia de disciplina, cuando las Administraciones Públicas ordenen el cierre de establecimientos o la imposición de sanciones a los prestadores por no disponer de tal o cual autorización o por no cumplir algún requisito previsto en la reglamentación. En ese momento es cuando los prestadores consultan a los abogados, que, como es sabido, se acogen a cualquier argumento, por pequeño que sea, para defender a sus clientes, porque ésa es su función.

En estas circunstancias, si la autorización o requisito que el prestador incumple o no posee, no se ajusta al principio de proporcionalidad, el conflicto está asegurado. A mayor abundamiento, si la necesidad de la obtención de una autorización o del cumplimiento de un requisito se considera no proporcionada, como no se habrá establecido en la normativa el sometimiento de la actividad a otro sistema de control o al cumplimiento de otro requisito menos restrictivo, el acceso y la prestación serán completamente libres, con todo lo que ello comporta, tanto a efectos fiscales como de supervisión y control de la actividad, que desaparecerá por completo.

Creo que es posible que a no mucho tardar lluevan las denuncias de los prestadores de servicios a la Comisión por incumplimiento de la Directiva de Servicios, para que ésta interponga los correspondientes recursos por incumplimiento, sobre todo en el sector de las grandes superficies comerciales. Y tampoco tardaremos mucho en ver cómo nuestros tribunales plantean cuestiones prejudiciales al TJCE, relacionadas con los expedientes de disciplina que tramitaran nuestras Administraciones Públicas a prestadores de servicios. En este contexto, el antídoto que deben utilizar las entidades locales para que esto no ocurra consiste en hacer, en un tiempo razonable, una transposición de la Directiva de Servicios lo más ajustada posible a la jurisprudencia comunitaria existente sobre el derecho de establecimiento y la libre prestación de servicios.

Desde esta perspectiva, antes de iniciar los trabajos de transposición, recomiendo a todos los operadores que hagan una lectura previa del artículo que el profesor Juli Ponce acaba de publicar en la Revista de Administración Pública,[33] titulado "Mejores normas: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, calidad reglamentaria y control judicial". La correcta comprensión de las consideraciones contenidas en dicho artículo es conveniente para abordar, con acierto, el reto de la correcta transposición de la Directiva de Servicios en el ámbito local.

33. *Revista de Administración Pública,* núm. 180, septiembre/diciembre de 2009.

Anuario del Gobierno Local 2009
ISSN: 2013-4924
Fundación Democracia y Gobierno Local
Institut de Dret Públic